MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Manual de Atuação Funcional do MPMG

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

Manual de Atuação Funcional do MPMG

Esta é uma versão offline do Manual de Atuação Funcional do MPMG voltada para o público externo. Para membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais, acesse: manual.mpmg.mp.br/ceaf.

Para utilizar a versão offline, clique nos links abaixo que direcionam para os respectivos tópicos. Para procurar uma seção específica, pressione **ctrl+F**, digite o assunto desejado e pressione **ENTER**.

- Prefácio
- Apresentação
- Nota do Conselho Editorial
- Evolução do Ministério Público e a estrutura de sua Lei Orgânica
- Princípios, Garantias, Deveres e Atribuições
- Procuradoria-Geral de Justiça
- Corregedoria-Geral do Ministério Público
- Órgãos Colegiados da Administração Superior
- Ouvidoria-Geral do Ministério Público
- Procuradorias de Justiça
- Promotorias de Justiça: Atuação Penal
- Promotorias de Justiça: Atuação Cível
- Promotorias de Justiça: Atuação Especializada
- Autores
- Expediente
- Equipe Técnica

Prefácio

Prefácio (2ª edição)

A efetivação dos valores fundamentais faz-se ao longo de um processo histórico-social que envolve lutas, conquistas e transformações.

Após mais de vinte anos da edição da Constituição de 1988, não se pode olvidar que muitas garantias jurídicas fundamentais ainda carecem de efetivação. Como reconhece a doutrina jurídica contemporânea, o grande desafio do Direito é transportar o conteúdo ético e os fins sociais dos direitos para o plano factual. O grande desafio da sociedade brasileira é converter esses direitos previstos na Magna Carta em realidade. É necessário causar efeito concreto e responder às necessidades, sempre dinâmicas, expressas pela comunidade.

Mas, se ainda existem desafios no processo de implementação do princípio democrático e dos direitos fundamentais no Brasil, há, também, vários motivos para a sociedade brasileira se orgulhar. Um deles, sem dúvida, é a atuação do Ministério Público, que impulsionada pelo Texto Constitucional de 1988, tem contribuído, e muito, para o atendimento das necessidades sociais, a concretização da democracia e para o amadurecimento do sentimento de respeito pela ordem jurídica brasileira.

Nessa atuação, membros e servidores do MP estão cada vez mais conscientes de que o adequado exercício de suas atribuições exige a conjugação das dimensões teórica e prática do conhecimento jurídico. Cada peça processual a cargo da Instituição, seja um parecer, uma ação civil pública, denúncia, um compromisso de ajustamento de conduta, entre outros, leva esta marca: a da articulação entre a técnica e a ciência do Direito e a realidade social.

E é sob o prisma dessa articulação, indispensável, que a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e com ampla colaboração institucional, tem a honra de publicar a segunda edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Na obra, que amplia o Manual lançado em 2008, vemos compiladas e amadurecidas as atividades técnicas e teóricas da Instituição, em seus multifacetados campos de atuação.

Congratulo todos aqueles que acreditaram e se dedicaram, cada um ao seu modo, à publicação da segunda edição desta obra, em especial, à equipe de Coordenação e aos servidores da Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Que este Manual possa servir, enfim, não só para aprimorar e harmonizar a atuação institucional, mas também contribuir para a construção do Estado Democrático de Direito!

Alceu José Torres Marques
Procurador de Justiça

Apresentação

Apresentação (2ª edição)

Uma obra do porte e da relevância do Manual de Atuação Funcional nunca estará acabada. As mudanças pelas quais passa o Ministério Público para se adequar às transformações sociais impõem constante aperfeiçoamento da Instituição. Para atender a essas diretrizes e ao compromisso constitucional do Ministério Público, editou-se a Instrução Normativa Conjunta PGJ CEAF nº 1, de 23 de junho de 2009, que prevê revisão e aprimoramento periódicos da obra.

Esta segunda edição do Manual de Atuação Funcional veio para atender às exigências de mudança da Instituição e envolveu o esforço coletivo e incomensurável dos Coordenadores de área, que tiveram a função de aprimorar o texto da primeira edição, selecionando e sugerindo jurisprudência e obras de interesse, alterando o texto quando se fizesse necessário. Como sabemos, todo esse esforço representa muitas vezes um trabalho adicional, pois envolve pesquisa e dedicação.

Também demandaram muita dedicação as etapas de revisão do conteúdo e as etapas de editoração, necessárias para a publicação da obra.

Temos o orgulho de apresentar a segunda edição do Manual de Atuação Funcional com novo projeto gráfico e sistematização reformulada. O material é apresentado em CD, com o intuito de facilitar a leitura, a busca e o acesso à informação. Novas áreas foram abordadas nesta obra para que se reflita melhor a estrutura da Instituição. Houve, ainda, grande atualização em relação ao conteúdo da obra.

Agradeço a todos aqueles que participaram da confecção da segunda edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em especial aos Coordenadores de áreas, membros do Conselho Editorial e servidores envolvidos no projeto.

Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça

Nota do Conselho Editorial

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um divisor de águas para o Ministério Público, que passou a assumir uma função nuclear na defesa do Estado democrático de direito, especialmente pelo compromisso que lhe foi atribuído de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

Pode-se dizer que o Ministério Público está inserido no ápice do sistema jurídico brasileiro como sendo uma das principais instituições de defesa dos interesses sociais e de promoção da mudança social. O campo de atuação do Ministério Público brasileiro, nesse contexto, é multidisciplinar e interdisciplinar, uma das características que configuram o próprio Direito na Pós-Modernidade.

O Ministério Público passou a ser instituição de defesa da vida, do ambiente, da saúde pública, da educação, do consumidor, dos portadores de necessidades especiais, do idoso, da criança e do adolescente, das comunidades indígenas, dos grupos vulneráveis, das minorias étnicas, de outros interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88), dos interesses individuais indisponíveis, da tutela penal (art. 129, I, da CF/88).

Em síntese, onde houver tutela jurídica de interesse social ou de interesse individual indisponível, lá deverá estar o Ministério Público.

A última década, rica em modificações substanciais da atuação ministerial, trouxe novas atribuições aos órgãos de atuação e, por consequência, a necessidade de novas abordagens funcionais ligadas à atividade fim do Ministério Público, sublinhando a importância da uniformização e compilação de todos os segmentos de atuação funcional do Ministério Público mineiro.

A sistematização dessas realidades, globalmente considerada, traz um estímulo à eficiência da complexa atuação institucional homogênea do Ministério Público, em atenção aos paradigmas dos planos de metas previstos na Constituição.

O Manual Prático do Promotor de Justiça

Tendo como paradigma o Manual Prático do Promotor de Justiça, excelente e inovadora obra da Corregedoria-Geral do Ministério Público, publicada pela editora Del Rey, no ano de 1997, aprovou-se em 2007 o projeto do novo manual pelo Conselho Editorial do CEAF, após parecer do Conselho Científico do mesmo Órgão da Instituição.

Buscou-se uma estruturação e contextualização que levasse em conta as últimas transformações ocorridas no âmbito do Ministério Público, especialmente por força do novo constitucionalismo que está, dia após dia, sendo consolidado no País.

Portanto, pretendeu-se não só a atualização de conteúdos já sedimentados, ligados essencialmente ao cotidiano profissional dos órgãos de execução ministeriais, mas também a ampliação do objeto do trabalho, decorrente das modificações legislativas e jurisprudenciais significativas para o Ministério Público mineiro.

A 1ª edição do Manual de Atuação Funcional

O Manual de Atuação Funcional foi lançado em 2008 com o registro de ISBN 978-85-61532-02-4. A obra foi bem aceita no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, tanto que está atualmente esgotada em seu formato impresso.

A 2ª edição da Obra

A segunda edição do Manual de Atuação Funcional foi lançada em 2010 com o registro de ISBN 978-85-61532-03-01, em formato digital.

A 3ª edição

A informação e o conhecimento criados no ambiente organizacional são de grande relevância para o aperfeiçoamento e o desenvolvimento institucionais. A gestão do conhecimento em organizações lida constantemente com o volume de informação e com a constante necessidade de aprendizagem e inovações.

A WIKI é um instrumento democrático que permite a aprendizagem continuada e processos de trabalho em equipe e se traduz em excelente suporte para a disseminação do conhecimento.

Segundo Nascimento e Quintão, partindo dessa perspectiva,

> "a tecnologia surge como veículo pelo qual o conhecimento pode ser distribuído e novas formas de comunicação e interação dentro do ambiente organizacional possam ser utilizadas. A Web, utilizando recursos da Internet, não se limita apenas em modificar a forma como o conhecimento percorre a organização, mas também diminui as barreiras de tempo e distância, principalmente em ambientes de aprendizagem, seja ele interno ou externo"[1].

É importante ressaltar que a WIKI institucional difere da WIKI tradicional, pois é fechada e tem acesso restrito. Isso significa que o acesso é feito por *login* e senha na Intranet do MPMG e somente usuários previamente cadastrados podem exercer funções de administrador. Os demais usuários possuem permissão apenas para leitura.

O projeto do Manual de Atuação Funcional prevê coordenadores de área designados pelo Procurador-Geral de Justiça. Esses coordenadores enviam seus textos com atualizações à Diretoria de Produção Editorial (DIPE) do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF). A DIPE é responsável pela atualização do conteúdo na WIKI e exerce as funções de edição em conjunto com a Superintendência de Tecnologia de Administração, responsável pelo desenvolvimento e manutenção da WIKI institucional.

Segundo Nassif e Carnevalli, a aplicação da gestão do conhecimento institucional utilizando a ferramenta WIKI como suporte gera os seguintes benefícios:

> "• redução de custos com desenvolvimento de páginas;

> • padronização da documentação;
> • a diminuição da quantidade de documentos publicados em papel, trazendo economia e liberando espaço em armário e gavetas;
> • facilidade para encontrar documentos bem como navegar por eles, agilizando a realização de tarefas e implementação de sistemas;
> • centralização da informação, ou seja, a informação gerada fica armazenada em um único local;
> • utilização de apenas um servidor de arquivos para armazenamento e publicação das páginas;
> • controle de acesso centralizado (Segurança da Informação);
> • aprovação total dos colaboradores, mudando a perspectiva da empresa quanto à criação e disseminação de conhecimento;
> • criação de um ambiente de aprendizado colaborativo, favorecendo trabalho em equipe”[2)].

Por essas razões e pela necessidade de constante aprimoramento e atualização do Manual de Atuação Funcional, o formato WIKI foi escolhido em razão da facilidade de acesso e de consulta, além da praticidade para a atualização dos conteúdos, que pode ser feita de forma continuada.

A não vinculação da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público

O Manual de Atuação Funcional é uma obra que reflete a instituição pluralista e democrática que é o Ministério Público. As ideias nele contidas não são uniformes, sendo cada membro designado responsável por sua área. O conteúdo presente neste manual não vincula o posicionamento da Administração Superior e da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

[1)] NASCIMENTO, Tacila Gonçalves; QUINTÃO, Patrícia Lima. Ferramentas da Web 2.0 para a gestão do Conhecimento em um Ambiente organizacional. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 10, jan/jun 2011. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/NDM1.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

[2)] NASSIF, Lílian Noronha; CARNEVALLI, Daniel Silva. Institutional Wiki: *Evolving Public and Private Knowledge in MPMG*. In: *European Conference on Knowledge Management*, 14., 2013, Kaunas, Lituânia. **Anais Eletrônicos**... Kaunas: ACPI, 2013. Disponível em: <http://issuu.com/acpil/docs/eckm2013-proceedings-issuu_vol_2>. Acesso em: 18 ago. 2014.

Evolução do Ministério Público

- 1. Principais pontos da evolução histórica do Ministério Público
- 2. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)
- 3. Estrutura da Lei Orgânica estadual (Lei Complementar nº 34/94)

1. Principais pontos da evolução histórica do Ministério Público

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça aposentado Joaquim Cabral Netto*

- 1.1. As raízes e o perfil de uma instituição
- 1.2. Os primeiros anos do Ministério Público em Minas Gerais
- 1.3. O novo caminho em Minas Gerais
- 1.4. Os caminhos do futuro do Ministério Público

1.1. As raízes e o perfil de uma instituição

A independência do Ministério Público do Brasil, com relação ao Ministério Público de Portugal, pode ser assinalada pela Lei nº 261, de 3 de setembro de 1841, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843. Foram criadas as Promotorias de Justiça (expressão que encontramos na história da Instituição em Portugal apenas em brevíssimo lapso temporal) [1]. Seus membros eram então nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias por delegação daquele, e serviam enquanto era conveniente ao serviço público.

A carta imperial de 1824 não cuidou do Ministério Público, embora tenha sido em seu regime que o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional recebeu o encargo de acusar, no juízo dos crimes, os delitos que não fossem de competência da Câmara dos Deputados, sem ter, todavia, a categoria de Chefe da Instituição. Daí o porquê da observação de Pimenta Bueno: "Nosso Ministério Público é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade e harmonia".

O Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1841, segundo Sérgio de Andréa Ferreira, "[...] colocou o *Parquet* em posição subalterna: os eleitores podiam ser jurados; os jurados podiam ser promotores; um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto, portanto, ser promotor"[2].

A observação é correta, parece-nos, apenas, que alguns detalhes mínimos devam ser aduzidos. A citada lei, reformando o Código de Processo Criminal, fixou as atribuições dos Promotores de Justiça e, em seu art. 27, impediu que analfabetos pudessem ser eleitores. O art. 22 daquela lei, no entanto, estabeleceu uma situação no Ministério Público que seria causa de lutas em prol de seu aperfeiçoamento:

> "Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos juízes de Direito".

O Imperador nomeava e demitia, *ad nutum*, os Promotores de Justiça, preferindo, para tanto, bacharéis formados, os quais serviriam pelo tempo que conviesse à autoridade real. A inexistência de uma carreira foi a tônica do Ministério Público em todo o período imperial e vigorou durante toda a Primeira República.

A inexistência de uma carreira e de concurso de ingresso no Ministério Público e a possibilidade de demissão *ad nutum* dos Promotores de Justiça acabaram criando, com o passar dos anos, diferentes espécies de Promotores: os nomeados para as sedes das comarcas, os adjuntos e mesmo os nomeados *ad hoc* por Juízes de Direito.

> "O que se nota em relação ao Ministério Público no Brasil, até fins do século passado, é que era um organismo desordenado, incipiente, onde seus membros não gozavam de garantias nem havia definição de funções ou atribuições de seus membros! A sua existência, ao tempo do Império, era de tal modo opaco, que alguns autores a consideravam como 'obra marcadamente republicana'"[3].

> "Chama a atenção o fato de que nenhum dos estadistas do império, nem o Conselheiro Nabuco de Araújo, nem Cotegipe, nem o Visconde de Ouro Preto, e nem mesmo Pimenta Bueno, se lembrou de conferir ao Ministério Público as mais elementares garantias de estabilidade: ao contrário, negavam-lhes"[4].

De início, os Promotores de Justiça eram nomeados por tempo indeterminado e demissíveis *ad nutum*, porquanto estariam no exercício do cargo enquanto bem servissem.

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, de lavra de M. Ferraz de Campos Sales, então Ministro da Justiça, iniciou a mitigação de tal posicionamento, dando aos Promotores de Justiça a garantia de inamovibilidade durante os quatro anos em que servissem. A despeito disso, o Decreto nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912, do Estado do Rio de Janeiro, dizia que "[...] os cargos do Ministério Público são de mera comissão do Governo".

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de outubro de 1919, por meio de um voto histórico do Ministro André Cavalcanti, teve oportunidade de apreciar caso que se referia à demissão do Promotor de Justiça. Entendeu que, exercendo o cargo há mais de vinte anos, "[...] não podia ser demitido sem processo administrativo ou

sentença judicial [...]" tendo em vista que inexistia nos autos "[...] indicação de ato ou omissão do mesmo no exercício de seu cargo, e que pudesse resultar de prevaricação, falta de exceção, peita ou suborno"[5].

O Ministro Pedro Lessa, em seu voto, observou que:

> [...] não podendo admitir a demissibilidade *ad nutum*, como alguns dos votos vencidos, nem lhe parecendo que a cláusula – enquanto bem servirem – possa jamais ter significação que lhe quer dar os que invocam o art. 22 do regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, por estar escrito no citado artigo que os chefes de polícia serão conservados enquanto bem servirem e o Governo julgar conveniente, o que é muito diverso do que está incluído nas leis e regulamentos atuais sobre a conservação dos promotores públicos, leis e regulamentos que só contêm a cláusula – enquanto bem servirem, sou obrigado a votar com o relator e 1° revisor.

Acompanharam o voto do relator os Ministros André Cavalcanti, Sebastião de Lacerda e Muniz Barreto. O Ministro Godofredo Cunha foi vencido, "[...] por entender que os membros do Ministério Público, são demissíveis" *ad nutum*, "[...] nos termos da Lei nº 280, de 29 de julho de 1895".

A primeira Constituição Republicana (1891) não cuidou de forma sistemática do Ministério Público e somente fez menção ao Procurador-Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição de 1934, o Ministério Público, considerado como um dos órgãos de *cooperação nas atividades governamentais*, foi regulado em capítulo especial, com previsão de uma carreira para seus integrantes, sendo a nomeação decorrente de concurso público. No que diz respeito ao Ministério Público dos Estados, aquela Constituição deixou a eles a faculdade de legislar diretamente sobre o assunto, o que, segundo Mário Dias, foi a causa das diferenciações da instituição de Estado para Estado. [6]

Na Constituição de 1937, não houve nem mesmo referência ao Ministério Público, dizendo apenas que o cargo de Procurador-Geral da República seria de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República, devendo recair a escolha em "[...] pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal".

Tal era o entendimento de que os Promotores deveriam ser expressão da confiança direta do governo, que:

> [...] houve o caso de um Promotor demitido sumariamente por ter apelado da decisão de um júri cujo resultado fora desfavorável ao réu, partidário do governo. Outros partidários conseguiram a interferência do chefe do Executivo estadual e um telegrama ordenou ao Promotor que não recorresse. Desatendido esse telegrama, outro foi expedido demitindo o infrator cuja falta fora ter a coragem para obedecer às próprias convicções. [7]

Na Constituição de 1946, o Ministério Público voltou a ter posição de destaque e, pela primeira vez, passou a ser tratado em Título Especial. Com ela, um novo impulso à sistematização da Instituição foi dado, já que, como diz Ruy Junqueira F. Camargo [8], a aplicação de certos princípios que gozava de ampla liberdade no âmbito estadual passou a ser obrigatória para todos os Estados:

> A modificação trazida em 1946 introduziu a instituição da carreira, a obrigatoriedade de concurso de ingresso e o acesso escalonado de entrância a entrância. A estabilidade foi regulamentada só podendo a demissão ocorrer mediante sentença judiciária ou processo administrativo em que se facultasse ampla defesa do Promotor de Justiça. Os membros do Ministério Público Nacional passaram, por força da própria regulamentação constitucional à condição de inamovíveis, porque a remoção só seria admitida mediante representação motivada do chefe do parquet, com fundamento em conveniência de serviço. Vale dizer, as reclamações imotivadas, determinadas por desvio de poder, ou para atender interesse políticos subalternos, ou outros que não o da realização dos fina da Instituição, passaram a ter embargo no mandado de segurança.

A Constituição de 1967, reproduzindo quase que fielmente as disposições da Constituição de 1946, incluiu o Ministério Público no Capítulo do Judiciário, equiparou o cargo de Procurador-Geral do Estado-Membro ao cargo de Desembargador e estabeleceu regras sobre a aposentadoria e percepção de vencimentos.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1960, deslocou o Ministério Público para o Capítulo do Executivo, sem grandes modificações no seu texto.

A Emenda Constitucional nº 7, 1977, trouxe condições para a maior modificação do Ministério Publico que já se fez no Brasil, ao estabelecer no parágrafo único de seu artigo 96 que "Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual [...]".

A Constituição de 1988 inseriu o Ministério Público no Capítulo das Funções essenciais à Justiça, estabeleceu-lhe os seus princípios e garantias essenciais, impôs-lhe vedações e gizou suas funções institucionais.

Na evolução do Ministério Público no Brasil, não se pode esquecer que Campos Sales foi considerado o *precursor da independência do Ministério Público no Brasil*. Só muitos anos depois, outro Ministro da Justiça – Ibrahin Abi-Ackel – encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional, estruturando de uma forma homogênea os Ministérios Públicos dos Estados, sem perda das peculiaridades regionais. O projeto foi convertido na Lei Complementar nº 40/81, considerada a *Carta de Alforria do Ministério Público*.

---

[1] Lembra Roberto Lira que "o título de promotor Público foi dado, com tratamento de Excelência, por um Alvará de 1700 e tantos".

[2] FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1985. p. 11.

[3] VASCONCELOS, Fernando Antônio. Posição do Ministério Público na Constituição. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 6., São Paulo. **Anais...** São Paulo: p. 65.

[4] SALGADO, César *apud* INACARATO, Marco Antônio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 10, n. 39, p. 40, jul./set. 1973.

[5] Ap. n° 3.535, Ver. For. 34/74

[6] O Ministério Público brasileiro.

[7] PEREIRA, Vitalino C. Apontamentos e sugestões sobre a posição constitucional do Ministério Público. In: **Anais do III Congresso nacional do Ministério Público**. RS. p. 402-403.

[8] Perspectiva do Ministério Público na conjuntura nacional brasileira. In: **Anais do III Congresso do Ministério Público Fluminense**. p.6.

1.2. Os primeiros anos do Ministério Público em Minas Gerais

A primeira Constituição do Estado de Minas Gerais surgiu em 1891 e, sobre a organização do Ministério Público, apenas disse que ele, "[...] assim, no crime como no cível, será organizado por lei especial".

Aquela lei especial seria, por quase cinquenta anos, a Lei de Organização Judiciária do Estado. Vale dizer: por quase meio século, o Ministério Público nada mais era do que um capítulo daquela Organização Judiciária.

As ingerências do Poder Judiciário, nos primeiros anos do Ministério Público mineiro, eram de tal ordem que, por longos anos, a posse dos Promotores de Justiça se dava diante de autoridade judiciária – os Juízes de Direito, nas comarcas do interior, e o Corregedor de Justiça, na Comarca de Belo Horizonte. Antes mesmo da posse, porém, seus títulos de nomeação teriam de ser registrados diante da autoridade da Magistratura.

Quando o velho Conselheiro Saraiva, nos anos de 1892 a 1894, assumiu o cargo de Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais – a primitiva denominação de nossa alta cúpula –, a primeira particularidade que se notava é que o Ministério Público era chefiado por um Desembargador, como acontecia em todos os Estados da Federação, o mesmo acontecendo no Ministério Público da União, onde o cargo de Procurador-Geral da República era exercido por um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A chefia do Ministério Público foi entregue, sucessivamente, a Desembargadores, Juízes de Direito e, por fim, a Advogados, até que, no final da década de 40, assumiram a chefia seus próprios integrantes, embora por mera liberdade dos Governadores do Estado.

Com o tempo, a Chefia do Ministério Público passou a ser exercida por Advogados, e, durante muitos anos, cada campanha político-partidária do velho Partido Republicano Mineiro acabava por se refletir no seio de nossa Instituição, pois nem sempre o escolhido reunia as condições ideais para o exercício do cargo.

Foi em razão disso que o espírito de classe do Ministério Público formou-se lentamente. Só os seus membros realmente vocacionados se importavam em estruturá-lo por meio de normas legais claras e precisas, na busca da sua modernização.

Como o ingresso no Ministério Público não era feito em razão de concursos, as nomeações dos Promotores de Justiça eram de cunho político, e, para tanto, tinham preferência os bacharéis. Era comum, todavia, encontrarem-se nos seus quadros funcionais cidadãos no exercício de Promotorias de Justiça. E, para piorar ainda mais a situação, a Lei n° 72, de 27 de julho de 1893, passou a não mais exigir-lhes, para nomeação, a prova de que tinham os requisitos necessários para a concessão da provisão de advogados. [1)] Não podemos esquecer que, ao seu início, o Ministério Público tinha absoluta falta de estrutura – administrativa, legislativa, física e de pessoal – e que os princípios que o animavam eram diferentes dos que hoje nele prevalecem.

O Promotor de Justiça era considerado como um funcionário auxiliar da administração da justiça, um funcionário de ordem judiciária, podendo ser não só removido como até demitido, por conveniência da ordem jurídica, mediante representação fundamentada do Procurador-Geral do Estado.

Pior ainda! Durante anos, nós não éramos nada mais, nada menos, do que funcionários nomeados pelo governo, servindo enquanto bem servissem. Nós éramos demissíveis *ad nutum* e só ficávamos no cargo enquanto agradássemos aos interesses do governo! Uma carreira para o Ministério Público ainda era um sonho, e o que então se queria era apenas alguma garantia temporal para o exercício do cargo!

> Os promotores de justiça eram obrigados a cumprir as ordens e instruções do Procurador-Geral, solicitando deste – e até mesmo dos Juízes de Direito – instrução e conselho nos casos duvidosos. [2)]

As vantagens salariais dos Promotores de Justiça de então eram mínimas. Além de terem baixos vencimentos, ele recebiam 20% a menos do que os Juízes de Direito *junto aos quais funcionassem*.

A Lei nº 567, de 19 de setembro de 1914, em seu art. 12, chegou a determinar que "[...] os membros remunerados do Ministério Público que, durante os períodos das férias forenses se ausentassem da sede do seu exercício, perderão, quando substituídos, metade dos vencimentos que reverterão aos substitutos legais".

Noutras palavras: além de ganharem mal, ainda não podiam gozar suas férias fora da seda da comarca.

A partir de 1935 os Promotores de Justiça passaram a ter legitimidade para a cobrança da dívida ativa estadual. [3] Como eles perceberiam 20% sobre as importâncias por eles efetivamente arrecadadas, amigável ou judicialmente, naquelas comarcas em que a dívida ativa era razoável, muitos aí se deixaram ficar por anos a fio, e alguns deles só saíram para se aposentar em entrância mais elevada.

Para a instituição do Ministério Público, essa participação na cobrança da dívida ativa não foi positiva, pois possibilitou que o interesse pessoal sobrepujasse o coletivo, beneficiou uns poucos que serviam em comarcas cuja dívida ativa era alta e impediu maior rapidez na formação de um *sprit* de *corp* capaz de levar a uma evolução e a um aprimoramento do Ministério Público.

A Lei nº 738, de 12 de setembro de 1919, determinou a obrigatoriedade de residência do Promotor de Justiça na sede da comarca, sob pena de sanção pecuniária,

> "[…] que lhe será imposta mediante representação de qualquer cidadão, pelo presidente do Tribunal da Relação e pelos seus superiores hierárquicos, respectivamente, logo que tenham conhecimento do fato, sem prejuízo de outras penalidades em que possam incorrer!"

Em 1925, a Lei nº 912 estabeleceu que o Procurador-Geral do Estado poderia concorrer às vagas que se abrissem no Tribunal da Relação. Dessa forma, a Chefia do Ministério Público passou a se constituir em um possível degrau para ingresso naquele Tribunal, e disso se valeram vários Procuradores-Gerais para a nomeação posterior ao cargo de Desembargadores. Esse *sonho dourado* – ou *vocação tardia* – só desapareceria em 1981, quando a Lei Complementar Federal nº 81 estabeleceu que só poderiam concorrer à vaga de Desembargador, no quinto constitucional do Ministério Público, os Procuradores-Gerais que tivessem se afastado do cargo um ano antes da elaboração da lista dos possíveis candidatos.

Eu me recordo do espanto, ao ler as palavras de um dos discursos publicados do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o *velho* Bilac Pinto, quando ainda deputado estadual no Estado de Minas Gerais, nos idos de 1936. Foi ele o primeiro homem em nosso Estado que, na sua Assembléia, dizia que o Ministério Público tinha de ter alguma garantia, ainda que a garantia fosse apenas quatro anos, porque por tal período que os Advogados eram nomeados para Promotor de Justiça. Ele pedia que pelo menos por esses quatro anos se lhes desse a garantia da inamovibilidade.

Enquanto ele lutava por isso, enquanto a nossa Assembléia relutava por modernizar o Ministério Público (porque nós de Minas temos uma resistência muito grande às transformações), os Estados do Amazonas, do Ceará, do Espírito Santo e de São Paulo já falavam em ingresso no Ministério Público mediante concurso, o que só veio a ser admitido em Minas Gerais, em 1946, pela Lei nº 616.

Uma observação deve ser feita com relação aos primeiros Concursos de Ingresso, estabelecidos na Constituição Federal de 1946. O provimento inicial da carreira passou a ser feito, no entanto, mediante concurso de títulos, sendo realizado "[…] perante comissão composta do Procurador-Geral, Advogado-Geral e Presidente da Secção da Ordem dos Advogados do Estado, sob a presidência do primeiro". [4]

É verdade que a forma inicial do concurso – apenas apresentação de títulos – ou a constituição de sua comissão de ingresso, integrada por pessoas estranhas à carreira, são criticáveis. Porém, não se pode negar que começou a surgir um novo sistema, o qual acabaria por ser aperfeiçoado com o tempo.

Dessa forma, tal disposição constituiu um avanço institucional, pois o provimento inicial à carreira saiu do poder de escolha unipessoal do Governador do Estados. O Promotor de Justiça já não mais seria livremente nomeado pelo "[…] Presidente da Província, dentre doutores e bacharéis em Direito, e quaisquer cidadãos idôneos", bem como não mais seria de *sua escolha e confiança*.

Pouco depois, a Constituição Mineira de 1947 modificou aquele sistema de ingresso, estabelecendo que ele ocorreria por meio de concurso de provas. Com isso, já não havia aprovação somente em razão de *títulos*. Esses, no futuro, seriam considerados apenas para efeito classificatório entre os candidatos já aprovados nas provas do concurso.

O espaço físico da Procuradoria-Geral de Justiça nos seus primeiros anos nunca foi estável e próprio. Quando de sua transferência da Capital do Estado de Ouro Preto para Belo Horizonte ela esteve sempre em pequenas dependências do Tribunal da Relação, depois Tribunal de Justiça. Mesmo no final do segundo quartel do século vinte, ela funcionava no último andar do vetusto e imponente edifício de nosso Tribunal de Justiça, debaixo de uma escada.

Por outro lado, para que se tenha uma noção de quão pequena era a estrutura administrativa da Procuradoria-Geral em 1929, basta que se diga que o seu quadro de pessoal constava de *um oficial, um amanuense, dois datilógrafos e um contínuo*. Para ilustrar também o quão lentamente crescia o próprio quadro dos membros da Instituição, somente em 1933 é que foi criada a 3ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte.

---

[1] Era então possível a concessão do título de *advogado provisionado*, vale dizer, não regularmente formado em uma Faculdade de Direito. Eram conhecidos com *rábulas*.

[2] Conf. Relatório do Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, 1892.

[3] Conf. Decreto nº 76, de 03 de junho de 1935.

[4] Decreto-Lei nº 1.630 de 15 de janeiro de 1946, art. 66.

1.3. O novo caminho em Minas Gerais

No início do segundo quartel do século XX, grande número dos integrantes do Ministério Público de Minas Gerais era, ainda, remanescente do velho Ministério Público de Minas Gerais. Os Promotores de Justiça eram nomeados de acordo com interesses políticos locais, em que o filho do chefe político, quando se formava em Direito, já tinha a sua nomeação garantida para tal cargo. Foi assim que Ozanan Coelho se tornou Promotor de Justiça [1)] e chegou a Governador do Estado de Minas Gerais. Foi assim que Raul Soares tornou-se Promotor [2)] e também foi nosso Governador. Igualmente desse modo Tancredo de Almeida Neves atuou como Promotor em sua terra natal [3)] e chegou à Governança do Estado e à Presidência da República.

Da mesma forma tornaram-se Promotores de Justiça em Minas Gerais os ex-Governadores (então Presidentes do Estado): Chrispim Jacques Bias Fortes, na Comarca de Barbacena, em 1871; Antônio Augusto de Lima, na Comarca de Sabará, em 1883; Venceslau Brás Pereira Gomes, que chegou à Presidência da República, na Comarca de Monte Santo de Minas, em 1891; Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, na Comarca de Ubá, em 1892; Fernando de Mello Vianna, na Comarca de Mar de Espanha, em 1901.

É verdade que jovens promissores, jurídica e culturalmente, como Nelson Hungria (Rio Pomba), Antônio Martins Vilas Boas (Patos de Minas), Afonso Arinos de Melo Franco (Belo Horizonte) e Alphonsus Guimarães (Conceição do Serro), tornaram-se Promotores de Justiça, mas, na verdade, o cargo de Promotor de Justiça era o primeiro degrau político em Minas Gerais, o que ainda hoje persiste nos Estados Unidos da América, onde o cargo de Promotor de Justiça é objeto de uma eleição popular. No contexto daquele país, um dos aspectos que mais chamam a atenção, quando se visitam seus Estados, onde serão realizadas eleições para cargos públicos da área jurídica, são exatamente as propagandas feitas em *outdoors* para eleição de Promotores de Justiça.

Já observamos que os princípios e disposições relativos ao Ministério Público estavam, em Minas Gerais, inseridos em um capítulo da Lei de Organização Judiciária do Estado. Podemos afirmar que o desenvolvimento do Ministério Público em Minas Gerais foi iniciado no final do segundo quartel do século XX.

De fato, somente em 1946, ou seja, há menos de 50 anos, a estrutura do Ministério Público de Minas Gerais começou a mudar. Nesse ano, graças a um dos maiores Procuradores-Gerais que nós tivemos, Onofre Mendes Júnior, conseguimos separar o Ministério Público da Magistratura. Na verdade, com ele ocorreu uma separação, porque, até então, as disposições relativas ao MP não passavam de um Capítulo da Lei de Organização Judiciária do Estado. Um Ministério Público com uma lei própria, simbolizando e refletindo uma Instituição independente, só surgiu com ele, que nos retirou daquele capítulo e, com seu prestígio pessoal, conseguiu dar ao Ministério Público uma lei própria, a famosa Lei n° 616, na qual se estabeleceu o ingresso na Instituição através de concurso público e se criou uma carreira para seus servidores.

Foi, pois, somente por meio da citada Lei n° 616 que o Ministério Público de Minas Gerais passou a ter um diploma legal próprio, dando azo ao início da mudança de todo o seu arcabouço institucional e ao início de uma nova filosofia de atuação.

Em 1955, surgiu a Lei Estadual n° 1.283, que veio substituir a Lei n° 616/50, e, em 1973, adveio a nova Lei Orgânica do Ministério Público do Estado, recebendo o número 6.276, fruto de estudos e experiências de muitos dos integrantes da Instituição. A Exposição de Motivos ao Governador Rondon Pacheco, encaminhando aquele trabalho que resultaria na Lei n° 6.276, realçou:

> "Está o Ministério Público Estadual ainda regendo-se pelo acanhado modelo da Lei n° 616, de 11 de setembro de 1950, alterada pela Lei n° 1.283, de 1° de setembro de 1955. Velha de mais de vinte anos, essa lei não comporta a instituição e esta contribuindo para enfraquecê-la no eficiente exercício de seus graves deveres, impedindo o seu crescimento natural".
>
> "Sua modificação visa repará-la para o exercício das novas atividades impostas pela estrutura geopolítica, marcada pela crescente utilização das técnicas científicas.
>
> Os órgãos do Ministério Público constituem uma classe especial de servidores do Poder Executivo com funções distintas das demais classes de funcionários deste ou de outro Poder, mas que a equiparam – sem confundir – aos membros do Poder Judiciário, em cuja área atua preponderantemente como fiscal da

> execução da lei e protetor dos direitos humanos, para fins da Justiça Social".
>
> "Basta ver-se – para comprovar a assertiva – a sua atuação nos processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, nos quais o órgão do Ministério Público age com irrestrita liberdade de convencimento moral, mesmo contra a posição dos agentes ordinários de qualquer dos três Poderes, acusados de abuso de função".
>
> "Instituição de tão relevante importância ao perfeito funcionamento do regime, precisa ser convenientemente aparelhada, funcional e material- mente, para cumprir as tarefas que lhe cometem a Constituição e as leis […]".

A criação da Corregedoria-Geral do Ministério Público foi uma das criações inovadoras daquela lei, sendo o Corregedor e os seus substitutos eleitos para um período de dois anos.

De igual forma, o preenchimento das vagas nos Tribunais, 33 vagas pelo quinto constitucional, relativas ao Ministério Público, passou, pela primeira vez, a ser disciplinado: "O membro do Ministério Público, se de carreira, de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos de exercício, poderá ser indicado para compor o quinto do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada."

Com a escolha do Procurador-Geral dentre os membros da carreira, prática iniciada somente no final da década de 1950, é que passaram os integrantes do Ministério Público a efetivamente ocupar as vagas destinadas à instituição no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Deve-se registrar, para efeito histórico, que foi naquela lei que, pela primeira vez, reconheceu-se a existência de um órgão de classe do Ministério Público em nível estadual – a Associação Mineira do Ministério Público, *dela fazendo parte os membros do Ministério Público em atividade, disponibilidade e aposentados*.

Foi, todavia, somente com o advento da Lei Estadual nº 8.222, editada em cumprimento a disposição da Lei Complementar Federal nº 40/81 que foi alterada a nomenclatura de Procurador do Estado para Procurador de Justiça, "[…] a fim de equipará-la à de Promotor de Justiça, já tradicional na legislação histórica".

O papel da Lei Complementar Federal nº 40/81 foi fundamental na evolução do Ministério Público dos Estados. Com a inexistência no País de um tratamento especial para o Ministério Público, seja em nível constitucional, seja em nível de legislação federal, a traçar contornos assemelhados para a Instituição nas suas unidades federativas, o Ministério Público dos Estados não tinha uma unidade organizacional e, assim, cada um deles o organizava conforme suas conveniências sociais, políticas e econômicas.

Essa situação mudou quando, em 14 de dezembro de 1981, foi promulgada a Lei Complementar Federal nº 40, estabelecendo, pela primeira vez, *normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público Estadual*.

As disposições daquela lei criaram uma nova dinâmica para o Ministério Público do Brasil, dando-lhe instrumentos para rápida evolução, não somente em decorrência dos seus princípios, mas também pelas denominações e estruturas de órgãos e quadros que traçou para os Estados da Federação.

As primeiras grandes mudanças estruturais da instituição, em nível nacional, viriam, dessa forma, somente por meio de tal lei. De fato, com ela surgiram as linhas mestras para o Ministério Público de todo o País, pois passou a ser exigência o Procurador-Geral ser membro da carreira; desapareceu o adjunto de promotor; criaram-se o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores de Justiça. Nos Estados com mais de quarenta Procuradores de Justiça, as atribuições do Colégio de Procuradores passaram a ser exercidas por um órgão especial (que em Minas Gerais chamou-se Câmara de Procuradores). Criaram-se o cargo de Corregedor do Ministério Público e a obrigatoriedade da nomeação dos candidatos aprovados nos concursos de ingresso por meio da sua classificação.

Mantendo seus princípios de unidade e indivisibilidade, estabeleceu, como novidade para o Ministério Público, a sua autonomia funcional. Essa independência funcional tratada pelo legislador como um dos princípios institucionais do Ministério Público pressupõe sua insubmissão a qualquer outra instituição. Ademais, se a

independência funcional tornou o órgão independente de diretrizes externas à Instituição, a autonomia administrativa, como decorrência daquela, deu-lhe também o poder de autogestão administrativa.

Aquela lei complementar abriu o caminho para toda uma nova estrutura do Parquet, que acabaria por influenciar o próprio Ministério Público federal. De fato, poucos anos depois, ele iria provocar o aparecimento de uma nova lei que produziria condições de criação de uma bifurcação naquele Ministério Público quando, com a criação da Advocacia Geral da União, remeteria ao Parquet federal exercer com exclusividade em nível federal as funções de defensor dos interesses da sociedade.

Por outro lado, ao torná-lo permanente, ficou estabelecido o princípio da impossibilidade de seu desaparecimento. A função jurisdicional do Estado não poderá existir nem funcionar sem a sua existência. E, ao considerá-lo essencial à ordem jurídica, ficou estabelecido que não se poderá prescindir de sua atuação, sob pena de nulidade, nos feitos em que a lei deu-lhe competência para atuar.

Como observou Hugo Mazzili, "[...] a Lei Complementar nº 40 deu ao Ministério Público um perfil nacional mais uniforme, com conceituação, princípios, funções, garantias, vedações, instrumentos e organizações básicas comuns".

A Constituição Federal de 1988 consolidou os anseios e os avanços do Ministério Público nacional. Nela foram incorporadas todas as conquistas até então conseguidas, acrescidas de outras advindas de princípios constantes da chamada Carta de Curitiba, elaborada em 1986. Ao final, pela primeira vez no Brasil, viu-se um Ministério Público com Capítulo próprio e tratamento especial numa Constituição, assumindo uma posição que nenhum outro Ministério Público já conseguiu. Muitos podem perguntar por que e como surgiram as idéias e os trabalhos para a implementação do atual Ministério Público.

Na história administrativa do Brasil, uma das Instituições que mais cresceu, neste século, foi o Ministério Público. E esse desenvolvimento assentou-se em dois princípios: *democratização* e *atualização*.

Partindo do princípio de que a *perpetuação* de pessoas em cargos-chave contribui para dificultar o arejamento das idéias de evolução institucional, entendeu-se que deveria a Instituição ser dirigida por pessoas que fossem *eleitas, com mandato certo*, vedada, ou limitada, a sua recondução. Ainda: procurou-se entregar a condução dos destinos do Ministério Público não apenas ao Procurador-Geral, mas também a órgãos colegiados, com competências definidas e com poder, inclusive, de rever e reformar determinados atos do próprio Procurador-Geral.

A primeira conseqüência disso foi o arejamento constante da Instituição, eis que o sistema passou a propiciar que as mais variadas idéias pudessem contribuir para modificações da sua filosofia e a sua estrutura. Por outro lado, isso propiciou o acesso à alta cúpula do Ministério Público de novas gerações, o que se transformou em estímulo à evolução na carreira. Na verdade, quando isso ocorre, as pessoas, via de regra, *agarram-se* aos cargos e dificultam aquele *arejamento de idéias* tão necessário à evolução das instituições.

A conseqüência dessa *democratização* no Ministério Público levou à outra conseqüência, responsável por seu desenvolvimento: a sua atualização. Essa *atualização* foi responsável pela *modernização* que a Instituição passou a experimentar: não apenas no aspecto material mas, principalmente, no filosófico.

Hoje ele computadorizou os seus serviços, não apenas no nível da sua segunda instância mas também no da primeira; dotou todas as suas Procuradorias e Promotorias de Justiça de moderna tecnologia computadorizada e, por meio dela, agilizou a atuação de todos os seus membros. Por outro lado, ele começa a mudar sua imagem institucional, ampliando suas atividades a campos de atividade que não se inseriam em suas atribuições: a proteção e a defesa do meio ambiente, dos direitos humanos, do patrimônio artístico e cultural, das contas públicas dos acidentados em trabalho, o controle externo da atividade policial e a defesa do consumidor.

Essa sua visão de participação na formação, ou criação, de uma nova sociedade dá-lhe a motivação para um aprimoramento constante, no sentido de dinamizar sua atuação, a fim de acompanhar as modificações sociais. E a sua filosofia de uma *hierarquia relativa* entre seus integrantes dá-lhe uma flexibilidade de atuação maior, e mais rápida, do que a existente em outras instituições.

Em decorrência dessa postura e da consciência de sua participação no gerenciamento do equilíbrio social, vê-se

que ele luta no nível legislativo não buscando direitos e vantagens econômicas mas atribuições e garantias para a realização dessas atribuições. E mais: a consciência de que é *fiscal da lei e de sua exata aplicação e de que só a ela deve obediência*; o respeito às autoridades constituídas, com as quais deverá ter o melhor entrosamento e o zelo pela sua independência funcional e administrativa, tudo isso marca ainda mais o seu perfil.

[1)] Foi Promotor de Justiça na Comarca de Bom Sucesso.
[2)] Foi Promotor de Justiça na Comarca de Carangola.
[3)] Foi Promotor de Justiça na Comarca de São João Del Rei.

1.4. Os caminhos do futuro do Ministério Público

> "O Ministério Público do futuro é um exercício da imaginação. Há dois caminhos indicando o futuro do Ministério Público. O primeiro deles aponta que o sucesso do futuro está estreitamente ligado ao fincar âncoras nas conquistas alcançadas e através delas, sem esquecer das dificuldades do passado, procurar obter novas conquistas. O segundo caminho indica que se os mais antigos membros da instituição não conseguirem transmitir aos mais jovens a realidade passada e a necessidade de se lutar pela manutenção das conquistas atuais, a instituição Ministerial, como qualquer outra instituição que não tenha história, não tenha passado, estará fadada ao fracasso".
>
> "O Promotor de Justiça novato deve saber que a evolução da instituição foi alcançada através de muita luta, muita compreensão, muito diálogo, e, sobretudo, respeito às autoridades municipais e estaduais, com as quais o Ministério Público buscou ter, sem descuidar de sua independência, um bom relacionamento. E tudo isso foi um trabalho de ideias, plantadas, evidentemente, por homens bem intencionados, que viam no Ministério Público a grande instituição capaz de representar, defender o povo brasileiro". [1)]

Hoje, tão logo se encerra um concurso e se forma uma lista de classificação dos aprovados, as nomeações seguem por ordem de classificação. Isso só passou a ocorrer, entretanto, como direito defluente de lei, a partir de 1981, ou seja, de decorrência da Lei Complementar Federal n° 40.

Em outros tempos, quando se encerrava um concurso de ingresso, na hora das nomeações, pouco importava a classificação. Acontecia de o primeiro colocado de uma turma ser relegado a um plano secundário, e os nomeados para as melhores comarcas eram, não raro, os últimos colocados aprovados no concurso.

A ingerência de fatores políticos no Ministério Público também ocorria na ocasião das promoções, a partir do momento em que se criou uma carreira dentro da Instituição.

Moacir Navarro, que viveu aquela época, relembra:

> […] sem pistolão político ninguém era promovido. Era preciso uma carta, ou um cartão, do Deputado da região recomendando o candidato ao Governador do Estado à Promoção. Sem o beneplácito do Deputado da região, nada feito! Mas este para dar-lhe o apoio tinha de consultar suas bases: os Prefeitos, Vereadores e chefetes políticos de seus partidos nas respectivas Comarcas.

Quanto mais cartas, maior se tornava a possibilidade de promoção. Era mais do que constrangedor, era até mesmo humilhante: o Promotor de Justiça tinha de ir às comarcas para pedir a várias pessoas, que nem sequer conhecia, que abonassem a sua promoção por merecimento! O merecimento era então mais do que uma ilusão, raiava à farsa! Como ato final de uma tragédia funcional ou opereta bufa, o Secretário da Justiça verificava os trunfos de cada um e levava as respectivas pastas para o despacho do Governador, que não queria se indispor com o Deputado regional de seu partido!

Hoje alijamos do Ministério Público a influência político-partidária nas nomeações iniciais ou nas promoções da carreira. Quem escolhe a comarca inicial são os próprios candidatos aprovados, por meio dos seus méritos e da sua classificação. Quem promove os membros do Ministério Público somos nós mesmos, mediante de um colegiado, mas um colegiado que muda de ano em ano, impedindose que aqui se formem grupos ou igrejinhas para proteger ou para perseguir alguém.

Não se pode fazer nenhum previsão de uma perspectiva de futuro, de qualquer área da atividade humana, sem se atinar para o fato de que o poder vai, lentamente, saindo da esfera política para ficar sob a influência da econômica. É evidente que isso também irá produzir conseqüências jurídicas, pois, num acentuado processo de globalização, também o Direito e suas formas de aplacação tendem a ser globalizados.

Dentro dessa colocação, os tipos penais bem como a busca de sua apuração e a procura de marginais ficarão,

numa primeira etapa, sob uma orientação ou uma política de grupos culturais internacionais para, a longo prazo, subsumirem-se a uma ordem global.

A condução político-sociológica dos povos apontam para um efetivo sistema democrático no mundo do futuro. Mas, mesmo nas democracias, há interesses econômicos predominantes.

Esses interesses forçarão, lentamente, uma união legislativa crescente, sobre vários ramos do Direito: aduaneiro, fiscal e tributário. Como os tipos penais de cunho econômico tendem a se ampliar, também o Direito Penal sofrerá influência dessa globalização legislativa. Igualmente, como os tipos devem ser apurados em processo regular, também o Direito Processual Penal será influenciado por tais modificações.

É evidente que o Ministério Público bem como a Magistratura sofrerão influência desse processo. Afinal os operadores do Direito não são colocados em posição alheia aos fenômenos da vida numa sociedade mundial.

Ao longo de toda a história, o Ministério Público tem-se caracterizado pela busca constante de novos espaços para o trabalho, sem qualquer campo para fisiologismos. Essa, talvez, seja a grande razão da real consolidação institucional, visualmente alcançada em todas as unidades da Federação.

O Ministério Público é uma instituição que, na verdade, ainda está dando seus primeiros passos de afirmação social.

A figura do homem de dedo em riste, dizendo *eu acuso*, tem os seus dias contados! Não que ela vá desaparecer, mas porque ao lado desse homem, há de surgir, e já está aparecendo, uma nova dinâmica social para o Ministério Público, transformando-o, na verdade, no velho *Tribunal da Plebe*!

Hoje ele é, e ainda mais o será, aquele que defende o meio ambiente, o desvalido, o patrimônio histórico e artístico, a comunidade contra os avanços econômicos dos grandes cartéis.

Não há nenhuma instituição no Brasil em que os seus membros elejam uma lista tríplice, para que dela seja escolhido o seu Chefe, com mandato certo, pelo Chefe do Poder Executivo. Não há nenhuma instituição na qual seus integrantes elejam, anualmente, os membros de seu Conselho Superior, ou seja, os integrantes do órgão responsável pela carreira de seus membros, eis que responsável pela formação de listas de promoções ou remoções destes, vedada a recondução de seus membros enquanto todos os demais integrantes do Colégio de Procuradores não compuserem aquele Conselho. Isso se chama *democratização*!

O Ministério Público será uma instituição que a cada avanço legislativo, a despeito de ocasionais retrocessos, irá adaptar-se ao meio social e avançar. E como irá crescer ainda mais em deveres e responsabilidades, é preciso que essa visão seja feita aquém de estritas vantagens materiais. Estas são conseqüência de espaços ocupados e atividades efetivamente prestadas ao meio social. Se vantagens materiais resolvessem os problemas, algumas instituições não estariam tão desmoralizadas!

Uma instituição que seja meramente corporativista não gera nem respeito nem confiabilidade e cria em torno de si uma crescente rejeição.

Ao Poder Executivo, que tem o dever da segurança pública do Estado, caberá o comando dos órgãos de repressão social, mas o Ministério Público do futuro, não tenho dúvidas, terá dentro de seus quadros a polícia judiciária – que não raro tem de agir até mesmo contra agentes do Poder Executivo. Para essa mudança, haverá muita resistência, muitas vezes em razão de incompreensões ou receio de perda de poder de atuação, mas a evolução social acabará por assim determinar.

Nenhuma mudança social é feita para os dias em que se vive: algumas são produto de dezenas, ou centenas, de anos de vivenciamento.

As conquistas de nossa instituição ocorrem de forma tão acelerada que nós mesmos nos esquecemos de quanto temos evoluído. O que não podemos é nos esquecer que essas conquistas têm um preço: honestidade pessoal e funcional, atualização profissional e respeito aos direitos humanos em todos os momentos de nossa atuação!

[1)] VARTULLI, Vagner. **AMMP em Notícias**, nov/94 a fev/95.

2. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves*[1)]

- 2.1. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)
- 2.2. Sugestões de Leitura para aprofundamento no assunto

[1)] www.leonardomoreiraalves.com.br

2.1. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93)

[1)]

O Decreto n° 5.618, de 2 de maio de 1874 (art. 18), é apontado como o diploma legal que empregou, pela primeira vez no Brasil, a expressão "Ministério Público". Mesmo assim, a Constituição de 1891 não cuidou, sistematicamente, da Instituição, limitando-se, no artigo 58, § 2°, a estabelecer que o presidente da República designaria, entre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, com as atribuições definidas em lei.

Ao longo dos anos, a Instituição foi-se aperfeiçoando em termos legislativos e, no final da década de oitenta, ao ser retomada a democracia em nosso país, o Ministério Público ganhou novo *status*, sendo a Instituição mais prestigiada pela Constituição de 1988.

Deixou de ser um organismo público cujo posicionamento constitucional nem sequer era bem definido e cuja preocupação primordial era com a delinquência, e assim mesmo de forma reflexa da atividade de polícia judiciária, para se fortalecer e se tornar uma das instituições de maior credibilidade na sociedade brasileira. Abandonou uma tímida atuação no âmbito cível (ausentes, incapazes, "menores", acidentados do trabalho, trabalhadores dispensados, falências e concordatas e outros setores em que presidia o interesse público secundário) e a representação do Estado em juízo, que passou a ser confiada à Advocacia Pública (CF, arts. 131 e 132), para assumir uma posição de destaque na sociedade política, a teor das novas atribuições da referida carta constitucional, como agentes políticos por excelência.

Assim é que a Constituição Federal, no seu art. 127, *caput*, estabeleceu que:

> "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

A esse respeito, pronuncia-se Hugo Nigro Mazzilli:

> "[…] ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou de- formasse a Instituição ministerial, pois, caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio"[2)].

Ainda de acordo com Mazzilli, afirmar que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado significa cometer dois erros, pois

> "[…] diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de *ombudsman*) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos, transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide)"[3)].

Com relação à defesa da ordem jurídica, Emerson Garcia ensina que tal dever

> "[…] pressupõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando mantê-los adstritos aos limites da Constituição e do Direito. – Ordem jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla"[4)].

Desse modo, deve ser abandonado o designativo de *custos legis*, pois é mais apropriada a expressão *custos iuris* para explicitar a missão do Ministério Público de defender o ordenamento jurídico a partir das bases

estabelecidas na Constituição Federal.

Noutro giro, para Hugo Nigro Mazzilli, a defesa do regime democrático pelo Ministério Público deve ser realizada em dois níveis:

> "a) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito 'sob forma concentrada' (especialmente por meio da propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, de representações interventivas e de algumas ações civis públicas para defesa de interesses difusos);
> b) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito 'sob forma difusa', caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional (especialmente por meio da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de interesses sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de outros mecanismos de fiscalização e controle afetos à Instituição)" [5].

No que tange à defesa dos interesses sociais, há de se ressaltar que tais direitos (ou interesses) estão expressamente enumerados no art. 6º da Constituição Federal e assim são reconhecidos a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Tais direitos – fundamentais de 2ª geração – constituem prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade, como ensina José Afonso da Silva [6]. Desse modo, cumpre observar, inclusive com base na expressiva lição de Jorge Miranda [7], que, por meio dos direitos sociais, objetiva-se atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, a qual apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade.

No que concerne à defesa dos interesses individuais indisponíveis, é preciso esclarecer que indisponível, de acordo com Ricardo Pieri Nunes,

> "[...] é o interesse que, pela sua precípua relevância para a coletividade, se apresenta como indispensável à manutenção da integridade do corpo social e, por conseguinte, à própria existência do Estado. Diante desta magnitude, os interesses indisponíveis são tutelados por normas cogentes, imperativas ou de ordem pública, que jamais podem ser afastadas por convenção das partes, incidindo obrigatoriamente quando determinada situação concreta se amolda ao seu preceito abstrato"[8].

É o que ocorre, por exemplo, numa ação de investigação de paternidade, na qual o Ministério Público atua em favor do direito de filiação do autor-investigante em vista do comando constitucional que proíbe quaisquer designações discriminatórias ou mesmo incorreções a esse respeito (art. 227, § 6º).

Reforçando ainda mais o Ministério Público, a Carta Magna Federal consagrou, no seu art. 127, § 1º, os princípios institucionais deste órgão, a saber, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Pelo princípio da unidade,

> "[...] entende-se que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única Instituição. Quando um membro do *Parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público"[9].

É por isso que os membros da instituição não devem ser identificados de forma individualizada, já que são componentes de um único organismo em nome do qual exercem suas atribuições.

Em relação ao princípio da indivisibilidade, há uma dificuldade natural de conceituação em razão de ele estar diretamente atrelado ao da unidade. Exatamente por esse motivo, alguns autores, ao tratarem do princípio em comento, mencionam que, como o Ministério Público constitui um só corpo, seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, sem solução de continuidade das funções institucionais, não arbitrariamente, mas segundo a forma estabelecida em lei.

Tal explicitação, entretanto, melhor se afina com o princípio anteriormente analisado (unidade), lembrando muito bem Emerson Garcia que esse é o motivo pelo qual, ao ser apresentada uma peça processual em juízo, há a indicação de que é o Ministério Público que está atuando, seja como agente ou interveniente, e não o Promotor ou o Procurador de Justiça que a elaborou e assinou[10]. O princípio da indivisibilidade, em verdade, deve ser compreendido no sentido de que não se deve admitir a atuação simultânea e transversal, em um mesmo processo, de dois órgãos do Ministério Público com a mesma função.

Sobre o princípio da independência funcional, sabe-se que se trata, em verdade, de uma prerrogativa constitucional afeta a cada membro da Instituição, que não fica sujeito a nenhuma orientação ou determinação dos órgãos da Administração Superior em sua atuação funcional e deve prestar contas, apenas e tão somente, à sua própria consciência e à ordem jurídica.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,

> "[...] é o princípio maior da Instituição, que se traduz no direito de o Promotor ou Procurador de Justiça oficiar livre e fundamentadamente de acordo com sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja"[11].

Como se vê, o texto constitucional criou uma instituição profundamente sólida, incumbida de missões das mais relevantes, caracterizando-a, pois, como o principal instrumento de defesa da sociedade. Por consequência, setores destacados desta mesma sociedade, notadamente governantes, políticos, agentes detentores do poder econômico e parte da imprensa, passaram a fiscalizar (para não falar perseguir) de perto a atuação dos membros do Ministério Público, o que, a princípio, poderia inibi-los.

Desse modo, embora o regramento do *Parquet* feito pela Constituição Federal fosse robusto e aplicável de forma imediata, sentiu-se a necessidade de se disciplinar com riqueza de detalhes a atuação dos membros do Ministério Público em todos os seus vieses. A Constituição Federal, por sua própria natureza, não comportaria essa disciplina. Sem dúvida alguma, o instrumento normativo mais adequado para este fim era a lei infraconstitucional.

Nesse contexto, é de se relembrar que a própria Constituição Federal, no seu art. 61, § 1º, inciso II, alínea "d", já previa a criação de uma lei que organizasse a carreira do Ministério Público. Não obstante, essa lei somente foi publicada em 12 de fevereiro de 1993, vindo a ser conhecida como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP).

Esta lei, no seu art. 84, revogou o antigo diploma legal aplicado ao Ministério Público, qual seja, a Lei Complementar nº 40/81. Esta última lei, inclusive, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como se lei ordinária fosse, daí porque foi possível a sua revogação por uma lei ordinária. Ressalte-se, contudo, que algumas matérias da Lei Complementar nº 40/81 ainda podem ter ultra-atividade, pois o art. 29, § 3º, do ADCT assegurou expressamente aos membros ingressos na instituição antes de 1988 a opção pelo regime jurídico anterior.

Nesse trilhar, como já afirmado alhures, impende asseverar que a Lei nº 8.625/93 tem natureza de lei ordinária. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli,

> "invocando-se tradição legislativa de só admitir como lei complementar a que foi prevista nessa qualidade pela própria Constituição, o entendimento que acabou predominando no governo e no Congresso Nacional foi o de que deveria ser ordinária a lei que estipulasse as normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, como vinha referida no art. 61, § 1º, II, 'd', da Constituição de 1988. A análise sistemática do problema demonstra ter sido incorreto o entendimento adotado, o que deu ensejo a absurdos: a) como uma lei ordinária federal poderia fixar normas gerais para os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios, que é organizado por lei complementar federal? Ou seja, como poderia uma 'lei ordinária' ser de observância obrigatória para 'lei complementar federal' que deveria organizar o Ministério Público da União? b) como poderia uma 'lei ordinária federal', sem expressa autorização da Lei Maior, fixar normas gerais de observância obrigatória para o 'constituinte estadual' e para a 'legislação complementar' à Constituição estadual? Escolheu-se

> inadequadamente, pois, a natureza de lei ordinária para a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993."[12)].

De outro lado, a Lei nº 8.625/93 constitui uma norma que apresenta apenas e tão somente normas gerais sobre a organização do Ministério Público dos Estados, e cada Estado-membro, no exercício de sua autonomia, pode disciplinar com pormenores o respectivo órgão ministerial por meio de lei complementar estadual (art. 2º da lei). No caso particular do Estado de Minas Gerais, a lei que regulamenta o *Parquet* mineiro é a Lei Complementar nº 34/94.

Além disso, nos termos do seu art. 80, a Lei nº 8.625/93 determina a aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados das normas previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União, que é a Lei Complementar nº 75/93.

Essa aplicação subsidiária é de extrema importância, pois a Lei nº 8.625/93, por estipular apenas normas gerais (art. 61, § 1º, II, "d", CF), a serem integradas pelas leis orgânicas estaduais, é omissa em determinadas matérias, enquanto a Lei Complementar nº 75/93, por não necessitar ser complementada por nenhuma outra legislação, é extensa e trata expressamente de temas não contemplados naquele diploma legal.

Mas é preciso muita cautela nessa aplicação subsidiária, para que a Lei Complementar nº 75/93 não acabe substituindo a Lei nº 8.625/93. Por isso, entende-se que apenas é possível tal aplicação nas questões relacionadas à atuação funcional propriamente dita, o que envolve, por exemplo, as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público, os instrumentos de sua atuação, etc.

Não obstante os eventuais equívocos cometidos pela Lei nº 8.625/93, alguns deles mencionados superficialmente, certo é que esse diploma legal traz inúmeros avanços para a instituição. Assim, por exemplo, o detalhamento da autonomia funcional, administrativa e financeira realizado pelos artigos 3º e 4º; a definição dos órgãos de execução (art. 7º) e dos órgãos auxiliares (art. 8º) do Ministério Público; a delimitação das funções dos órgãos de administração, a saber, da Procuradoria-Geral de Justiça (artigos 9º a 11), do Colégio de Procuradores de Justiça (artigos 12 e 13), do Conselho Superior do Ministério Público (artigos 14 e 15), da Corregedoria-Geral do Ministério Público (artigos 16 a 18), das Procuradorias de Justiça (artigos 19 a 22) e das Promotorias de Justiça (artigos 23 e 24); a disciplina das funções dos órgãos de execução, quais sejam, o Procurador-Geral de Justiça (art. 29), o Conselho Superior do Ministério Público (art. 30), os Procuradores de Justiça (art. 31) e os Promotores de Justiça (art. 32); a discriminação das funções dos órgãos de execução, são eles, os Centros de Apoio Operacional (art. 33), a Comissão de Concurso (art. 34), o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (art. 35), os órgãos de apoio administrativo (art. 36) e os estagiários (art. 37).

Sobreleva destacar ainda o fato de que o diploma legal em questão consagra, no seu art. 38, importantes garantias, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos, fundamentais para um independente exercício das funções ministeriais.

Em complemento, os artigos 40 a 42 da Lei elencam relevantes prerrogativas dos membros do Ministério Público, as quais não são propriamente atributos destinados à pessoa do agente ministerial, mas sim uma proteção ao cargo e ao exercício profícuo das suas funções, a fim de viabilizar a sua independência funcional.

Nesse cenário, registre-se que as "garantias" indicadas no art. 38 não se confundem com as "prerrogativas" insculpidas nos arts. 40 a 42: enquanto aquelas dizem respeito ao membro do Ministério Público, estas se referem ao cargo e à função exercida por ele, ambas irrenunciáveis.

Conveniente também que a lei esclareça e delimite os deveres e as vedações dos membros do Ministério Público, o que é feito com detalhes, respectivamente, nos arts. 43 e 44.

Nos arts. 45 a 58, são apresentados os vencimentos, as vantagens e os direitos dos membros do *Parquet*. Na sequência, é desenhada a carreira do Ministério Público (artigos 59 a 68), desde o concurso público para o seu ingresso, passando pelo estágio probatório, até as remoções e promoções por antiguidade ou merecimento; este último critério, como é cediço, na prática, tende cada vez mais a se configurar de forma objetiva.

Entre as disposições finais e transitórias (arts. 69 a 84), merece destaque a previsão contida no art. 82 de

fixação do dia 14 de dezembro como Dia Nacional do Ministério Público. A título de curiosidade, esclareça-se o motivo da escolha desta data: a antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar nº 40/81, estipulava, no seu art. 61, que o dia da sua sanção seria tratado como Dia Nacional do Ministério Público, o que veio a ocorrer em 14 de dezembro de 1981; por ser tal diploma legal reconhecido como um verdadeiro marco na história da instituição, preferiu-se conservar a tradição.

Contudo, como a Lei nº 8.625/93 possui apenas normas gerais a serem complementadas pelas leis orgânicas estaduais, é possível que cada Estado escolha a data que entenda mais interessante para os festejos. No caso particular do Estado de Minas Gerais, elegeu-se o dia 11 de setembro como Dia do Ministério Público mineiro.

Aliás, atendo-se agora à situação do *Parquet* de Minas Gerais, é de se destacar que a sua lei orgânica estadual, Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, traz disposições extremamente relevantes, que marcam o perfil da instituição e interferem na atuação prática dos seus membros, a saber: apenas os Procuradores de Justiça, com no mínimo 10 (dez) anos de carreira, podem candidatar-se ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, em votação que contará com a participação de toda a classe (art. 5º, §§ 1º e 2º); o substituto do Procurador-Geral de Justiça, nos casos de afastamentos, ausências e impedimentos temporários, será o Procurador-Geral de Justiça adjunto, sendo certo, porém, que, nos casos de suspeição e de vacância do cargo nos últimos 6 (seis) meses do mandato, a substituição será feita pelo membro mais antigo, o decano (art. 9º, § 2º); o Colégio de Procuradores possui um órgão especial, denominado Câmara de Procuradores, formado por 10 (dez) Procuradores de Justiça mais antigos e 10 (dez) integrantes eleitos pelos Procuradores de Justiça, além do Procurador-Geral e do Corregedor-Geral, membros natos, para mandato de 2 (dois) anos (art. 23); o Conselho Superior é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, seu presidente, pelo Corregedor-Geral e por 10 (dez) Procuradores de Justiça, escolhidos por todos os membros da carreira, para mandato de 1 (um) ano, não admitida a recondução, salvo se suplente, com exercício inferior a 6 (seis) meses (arts. 27 e 28); o Corregedor-Geral é eleito pelos Procuradores de Justiça, sendo assessorado por Subcorregedores-Gerais, que não se afastam das suas atribuições usuais, salvo durante inspeções e correições (art. 42, parágrafo único).

Voltando-se as atenções para a Lei nº 8.625/93, impende registrar a sua importância para a experiência profissional prática do cotidiano dos membros do Ministério Público. Esse documento funciona como base legal de sustentação de diversos institutos utilizados na atuação extrajurisdicional e jurisdicional deles (art. 23, § 1º, da LONMP), por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (art. 25, inciso I); a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios (art. 25, inciso II); a ação penal pública (art. 25, inciso III); o inquérito civil, os procedimentos administrativos e a ação civil pública (arts. 25, inciso IV, e 26, inciso I); a intervenção apenas em feitos que demandem a sua participação, o que denota a ideia de racionalização das suas funções (artigos 25, inciso V, e 26, inciso VIII); a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência (art. 25, inciso VI); a ação de improbidade administrativa em defesa do patrimônio público (art. 25, inciso VIII); os recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (art. 25, inciso IX), os quais, no entanto, devem ser oferecidos por Procuradores de Justiça (art. 31); a requisição para instauração de investigações criminais (art. 26, inciso IV), o que, por força da teoria dos poderes implícitos e com fundamento na Resolução nº 13/06 do Conselho Nacional do Ministério Público, implica a possibilidade de presidência de investigação criminal pelo próprio órgão de execução ministerial; a recomendação ministerial (art. 26, inciso VII); as audiências públicas (art. 27, parágrafo único, inciso IV); o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes (art. 32, inciso I).

Ademais, no exercício de todas essas funções, o agente ministerial poderá expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei (art. 26, inciso I, alínea “a”); requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 26, inciso I, alínea “b”); promover inspeções e diligências investigatórias em parceria com autoridades, órgãos e entidades anteriormente referidos (art. 26, inciso I, alínea “c”); requisitar diretamente informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie, mesmo aqueles de caráter sigiloso, envolvendo dados bancários e fiscais, afinal de contas, o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido de informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (artigo 26, inciso II e § 2º).

Relembre-se, porém, que as notificações e requisições mencionadas, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 26, § 1º).

Não se pode esquecer ainda que o diploma legal em referência consagra princípios da mais alta relevância para a atuação dos Promotores e dos Procuradores de Justiça, notadamente o princípio do promotor natural (art. 24).

Em suma, este é, em linhas gerais, o perfil da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instrumento normativo que, em essência, visa estruturar adequadamente a instituição e valorizar os seus membros para que as funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público, agente de transformação social no Estado Democrático de Direito, possam ser realizadas com a máxima eficiência possível.

---

1) O presente texto é um trecho extraído da obra *Ministério Público: Lei nº 8.625/93*, publicada por *Leonardo Barreto Moreira Alves e Marcelo Zenkner*, em *2013 (3ª edição)*, pela *editora JusPODIVM*.
2) MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107.
3) MAZZILLI, 2007, p. 109.
4) GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.
5) MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Ministério Público III**: Democracia. São Paulo: Atlas, 1999, p. 95.
6) SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 289.
7) MIRANDA, José. Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, p. 200, 1992.
8) NUNES, Ricardo Pieri. **Manual de princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2001. p. 117-118.
9) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 43.
10) GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62.
11) CARNEIRO, 1994, p. 46.
12) MAZZILLI, 2007, p. 357-358.

2.2. Sugestões de Leitura para aprofundamento no assunto

Para um estudo mais aprofundado sobre este tema, sugere-se a leitura das seguintes obras:

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público**: lei nº 8.625/93. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público**: lei nº 8.625/93. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

3. Estrutura da Lei Orgânica estadual (Lei Complementar nº 34/94)

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Glauber Sérgio Tatagiba do Carmo*

Só é possível a concretização ou materialização de uma instituição se houver dispositivo infraconstitucional que regulamente sua existência e seu funcionamento. Apesar de a nossa Constituição Federal dispor que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é imprescindível existir dispositivo legal que dê vida a essa Instituição.

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

Como bem observou Vianna Lopes[1)], com a independência e autonomia do Ministério Público romperam-se definitivamente seus laços institucionais de subordinação com os poderes constituídos, produzindo dois efeitos importantíssimos para a Instituição: o seu fortalecimento, em face de pressões de natureza política e econômica, e a imprescindibilidade da busca de legitimidade na sociedade, como fundamento de sua existência institucional. Com a independência institucional, a legitimidade[2)] deixou de ser dada, tornando-se necessário construí-la.

A construção dessa legitimidade passa necessariamente pela existência de um corpo normativo que dará vida à Instituição. Esta foi a finalidade da Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que Instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), e dispôs sobre normas gerais para a sua organização. *O DNA da Instituição* está justamente na lei que determina sua existência e seu funcionamento. Assim, a lei federal, apesar de editada pela União, não só dispôs sobre o Ministério Público Federal, mas também estabeleceu normas básicas estruturais e funcionais as quais deveriam ser obedecidas pelos legisladores estaduais na organização dos Ministérios Públicos estaduais.

Com base no princípio da autonomia dos entes federativos, as normas gerais devem se limitar em delinear apenas princípios básicos e diretrizes que orientarão a regulamentação da Instituição no âmbito estadual, sem adentrar em pormenores ou regular exaustivamente matérias a ponto de aniquilar a iniciativa dos Estados.

Embora o art. 61, § 1º, II, "d", da Constituição Federal disponha que são de iniciativa privativa do Presidente da República lei sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o art. 24 prescreve que a União se limitará a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados. Destarte, não havendo normas gerais sobre determinado ponto, caberá aos Estados o exercício pleno dessa competência, legislando sobre normas gerais de matérias não discriminadas na LONMP, que permaneceram eficazes até posterior regulamentação por norma de âmbito nacional.

Além da iniciativa do Presidente da República, o art. 128, § 5º, da CF/88 prevê a iniciativa concorrente do Procurador-Geral da República para a propositura de lei complementar e, nos Estados dos Procuradores-Gerais também para a edição de leis complementares a fim de estabelecer "a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros".

Na esfera federal, tal dispositivo veio em desencontro com o disposto no art. 61, § 1º, II, "d", da CF/88, o qual prevê a existência de lei ordinária dispondo sobre organização do Ministério Público da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Recentemente o problema foi enfrentado, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 262.178-DF, no qual o relator Ministro Sepúlveda Pertence explicitou que:

> "Nem convence a réplica, com vistas ao problema específico da organização do Ministério Público local,

> de que uma lei ordinária federal não se poderia impor à observância da Constituição e da lei complementar estaduais: ao contrário do aforismo de Bryce, divulgado entre nós por Rui, a questão da prevalência entre normas infraconstitucionais emanadas da União e o direito estadual não se resolve por critérios de hierarquia, mas sim de competência (*v.g.*, Victor Nunes, Leis Federais e Leis Estaduais, em Problemas, cit., I/109, 125; Gonçalves de Oliveira, Hierarquia das Leis e Competência Legislativa da União e dos Estados, ArgMJ 3/42): portanto, se a matéria é da competência legislativa da União, o princípio federativo não obsta a que, no trato dela, a lei federal ordinária se imponha a leis complementares ou à própria Constituição dos Estados"[3)].

Com base nas normas gerais estatuídas pela LONMP, o legislador estadual promulgou a nossa Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, pormenorizando a existência e o funcionamento do Ministério Público no Estado de Minas Gerais. O detalhamento fica claro ao cotejarmos as duas leis: enquanto a Lei Federal contém 84 artigos, a Lei Estadual inclui 282.

A Lei Orgânica Estadual do Ministério Público foi alterada pelas Leis Complementares nº 61, de 12 de julho de 2001; nº 66, de 22 de janeiro de 2003; nº 80, de 9 de agosto de 2004, e, recentemente, pela Lei nº 99, de 14 de agosto de 2007.

A Lei Complementar nº 61/01 trouxe profundas alterações à Lei Orgânica: aumentou as funções passíveis de delegação do Procurador-Geral de Justiça; diminuiu o número de membro do Conselho Superior do Ministério Público, de 10 para 9; deu nova denominação às promotorias de Justiça, sobretudo as do Cidadão; tratou da adequação da carreira à nova classificação das entrâncias, com a supressão da intermediária; criou novas promotorias; criou a Secretaria das Promotorias de Justiça; tornou dever a integração de escala de plantão em finais de semana e feriados; legalizou a indenização pelas férias não gozadas e a remoção para outra comarca com o interstício de menos de ano e criou, na estrutura do Ministério Público, o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor − Procon-MG.

A Lei Complementar nº 66, de 22 de janeiro de 2003, criou o Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC), e deu nova estrutura à Procuradoria-Geral Adjunta, subdividindo-a em Jurídica, Administrativa e Institucional.

Já a Lei Complementar nº 80/2004 dispôs sobre o Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (FUNEMP), e o procedimento administrativo investigatório, vinculando sua regulamentação a ato do Procurador-Geral de Justiça.

A LC nº 94/07, em obediência ao disposto no art. 130-A, § 5º, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, criou a Ouvidoria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, órgão autônomo dentro da estrutura institucional, com o objetivo de [...] contribuir para elevar continuamente os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares do Ministério Público. O Órgão, sem relação hierárquica dentro da estrutura administrativa, foi regulamentado pela Resolução nº 27, de 5 de abril de 2008, da Procuradoria-Geral de Justiça.

Por derradeiro, a nefasta LC nº 99, de 14 de agosto de 2007, produzida ao largo dos interesses institucionais, pois o projeto enviado pelo Procurador-Geral de Justiça tratava exclusivamente da gratificação por cumulação de atribuições e indenização por plantões além de algumas reformulações nas promotorias, e posteriormente, após mais de setenta emendas parlamentares, foi aprovada, alterando profundamente a Lei Complementar nº 34/94.

Dentre as alterações inseridas indevidamente, estão algumas que macularam de forma absoluta as garantias e os princípios basilares da Instituição, como a previsão da alternância obrigatória no exercício das promotorias cíveis e do cidadão; a imposição do pagamento de despesas processuais nas causas em que o MP for vencido; a restrição da fiscalização a entidades públicas e a determinação do afastamento imediato do membro da Instituição que não portasse cópia da publicação, no órgão oficial do Estado, da portaria de abertura de inquéritos civis ou procedimento investigatório.

Por ter a Constituição Federal atribuído ao Procurador-Geral de Justiça a iniciativa de propor projetos de lei complementar que verse sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público estadual (art.

128, § 5º, da CF/88), garantia básica da independência institucional, e por não guardar as emendas apresentadas pertinência temática ao projeto original, os efeitos da LC nº 99/07 foram suspensos em liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na cautelar deferida em 12 de setembro de 1997, na ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar (Adin nº 3.946-6) ajuizada pelo Procurador-Geral da República[4].

Apesar de técnica e consoante os cânones legais, a decisão da Suprema Corte também exprime a importância da lei organizadora do Ministério Público como estrutura básica legitimadora da Instituição e expressão maior do legislador constituinte na garantia da independência e autonomia do Ministério Público.

É lógico que a legitimação da atividade do Ministério Público e a manutenção de suas atribuições dependerão diretamente do sucesso de sua práxis e da capacidade em empreender suas metas. Essa legitimidade estará a cargo do próprio procedimento político e jurídico que a Instituição tomar[5], tanto na sua regulamentação interna, quanto no exercício de suas funções finalísticas.

É grande hoje a preocupação com o futuro da instituição e o enxugamento de suas inúmeras atribuições, canalizando seus esforços para uma finalidade comum, abandonando, mormente, intervenções em prol de interesses privados e individuais. Com essa mesma preocupação, João Lopes Guimarães Júnior escreveu que:

> O formato do Ministério Público não é determinado por nenhuma estratégia definida. Vivemos o *Laissez faire*, dormindo em berço esplêndido. A falta de definição de um formato ideal para a instituição, eleito a partir da consciência de seu papel político e do acompanhamento das mudanças na sociedade, poderá comprometer sua importância nos próximos anos[6].

Entretanto, a preocupação com um formato básico da Instituição inspirou o legislador na estruturação da nossa lei orgânica, que, de forma didática, pode ser dividida nos seguintes tópicos:

- a) Órgãos da Administração;
- b) Órgãos de Execução;
- c) Órgãos Auxiliares;
- d) Garantias e Prerrogativas;
- e) Deveres e Vedações;
- f) Vencimentos e Vantagens;
- g) Carreira;
- h) Regime e Processo Disciplinar;

todos devidamente dissecados no presente manual.

Desses tópicos, o único que não consta da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP) é o relativo ao regime e processo disciplinar. Isso porque o legislador federal tratou apenas dos casos de perda do cargo para os membros vitalícios, deixando para as leis estaduais as demais questões disciplinares.

A lei orgânica estadual, seguindo as diretrizes da LONMP, tem como princípio básico o controle e a divisão das decisões *interna corporis*, mesmo as concernentes a carreira ou a membro da instituição, dificilmente são ultimadas por uma só pessoa ou por um só órgão. Talvez este sistema, como num processo dialético, tenha pretendido superar a subserviência ou dependência existente outrora, quando não existia certa *liberdade institucional*.

Ainda quanto ao controle das decisões *interna corporis*, interessante observarmos que o art. 10, XI, da LONMP dispôs ser tarefa do Procurador-Geral de Justiça “decidir processo disciplinar contra membro do Ministério Público, aplicando as sanções cabíveis”, deixando para as leis estaduais estabelecerem as sanções a serem

aplicadas pelo Corregedor-Geral, ao prescrever que a CGMP, além de instaurar e presidir os procedimentos administrativos, poderá aplicar "[...] as sanções administrativas cabíveis, na forma da Lei Orgânica" (art. 17, V, da LONMP). Caso silenciem a respeito, caberá apenas ao PGJ aplicar sanções disciplinares. Apesar das severas críticas sobre a possibilidade de o Corregedor aplicar sanções disciplinares[7], a nossa lei orgânica optou por um sistema misto, dispondo que a única sanção aplicada pelo Corregedor será a advertência. A censura será aplicada pelo Procurador-Geral, enquanto a remoção e a disponibilidade compulsória pelo Conselho Superior do Ministério Público (por voto de 2/3 de seus membros), assim como a exoneração (determinada pelo Procurador-Geral, após decisão da maioria absoluta do Conselho Superior do Ministério Público).

Portanto, a CGMP não é um órgão de punição *por excelência*, mas de orientação (edição de normas) e fiscalização (inspeção e correição), conforme preceitua o art. 38 da lei orgânica estadual.

Apesar de caber ao Conselho Superior do Ministério Público a decisão no caso de infrações de maior gravidade, ainda preceitua a nossa lei orgânica a possibilidade de recurso para a Câmara de Procuradores de Justiça, que funciona como uma casa revisora de determinadas decisões de outros órgãos superiores, sobretudo do Conselho Superior e da Corregedoria, julgando recursos, *verbi gratia*, contra decisões condenatórias em processo disciplinar administrativo.

Portanto, verifica-se que uma única decisão sobre aplicação de penalidade administrativa pode passar pelo crivo de 31 membros (dez do Conselho Superior e vinte e um da Câmara de Procuradores de Justiça, em ambas as casas exclui-se da votação o Corregedor, que é membro nato e interessado direto).

Aí está um exemplo claro do controle excessivo de decisões *interna corporis*, algumas de conteúdo estritamente técnico, como as referentes a movimentação na carreira, as quais, do mesmo modo, ficam sujeitas a este controle desmedido, tendente a aniquilar certas iniciativas, sobretudo, as de caráter punitivo.

Isso possui a seguinte explicação. O Conselho Superior do Ministério Público, dentro da estrutura institucional, é um órgão relativamente novo; foi previsto pela primeira vez na Lei Orgânica Estadual nº 6.276/73, o que também ocorreu com a Corregedoria.

Ao que parece, um dos objetivos da criação do Conselho Superior, órgão eleito por todos os Promotores de Justiça, com o número de integrantes seis vezes maior que a Câmara de Procuradores, foi retirar das mãos da administração certas decisões, evitando, assim, atitudes tendenciosas e autocráticas. Pois bem, com o passar do tempo, o cargo de Conselheiro é também utilizado, com alguma frequência, como forma de oposição à administração, por pretensos candidatos ou componentes da oposição, apesar das limitações impostas pela própria lei orgânica estadual (art. 29). Daí a chamada interferência *política* em determinadas decisões, facilitando o corporativismo em detrimento dos verdadeiros interesses em busca de um aprimoramento institucional.

Outra importante forma de participação popular nas decisões *interna corporis* que não foi prevista na lei orgânica estadual é a possibilidade do Colégio de Procuradores rever, mediante requerimento de legítimo interessado, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária (art. 12, XI, da LONMP).

Assim, dos três órgãos colegiados - Colégio, Câmara e Conselho, o único com atribuição de órgão de execução expressa é o Conselho Superior do Ministério Público, qual seja a de rever o arquivamento do inquérito civil (art. 70).

É sabido por todos que a partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público teve sua autonomia reconhecida e independência administrativa, podendo dispor de sua carreira como bem entender, de forma desvinculada do Poder Judiciário, ex vi do art. 129, § 4º, c/c art. 93, II, da CF/88, pois, até recentemente, pelo fato de o Ministério Público ter se desenvolvido ao lado do Poder Judiciário, ele adotava também a mesma divisão administrativa, a saber a classificação das entrâncias[8].

Apesar da liberdade conferida pela LONMP, a qual, ao dispor sobre a carreira, exigiu apenas que se observasse a promoção de "[...] uma para outra entrância ou categoria ou da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça [...]" (art. 61), o nosso legislador agiu com certa prudência, evitando em pormenorizar, a divisão administrativa da carreira, como preferiram outros Estados. Entretanto, utilizou-se em

inúmeras passagens, de expressões como *primeira entrância*, *entrância especial* e, ainda, *da mais elevada entrância*.

Com isso, permitiu-se certa adaptação às mudanças e aos interesses, tanto da instituição como da sociedade, mas limitada ainda a existência de castas internas nos moldes do Poder Judiciário, embora já não mais comungue da mesma finalidade e estrutura. Andaria melhor o legislador se estipulasse divisões administrativas próprias (classe ou categoria, por exemplo), segundo critérios mais relacionados com a natureza do Ministério Público, ou ainda se delegasse à lei própria a função de especificar a divisão administrativa. Nesse diapasão, foi a conclusão do trabalho elaborado pela Associação Paulista do Ministério Público: "O crescimento do Ministério Público, a ampliação de sua legitimidade, de seus poderes de ação e, sobretudo, o perfil de agente político que lhe foi conferido reclamam outro tipo de estrutura, inteiramente diferente[9)]".

A legitimação, enquanto justificativa do poder concedido à Instituição, deve sempre ser reconstruída e adequada às novas exigências, passando, necessariamente, pela revisão do procedimento e da regulamentação interna, com vistas a alçar o Ministério Público à couraça protetora da sociedade na garantia dos direitos a ele confiado.

---

1) LOPES, Júlio Aurélio Viana. **Democracia e cidadania**: O novo Ministério Público brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 203.

2) A legitimidade tratada aqui é aquela correspondente a legalidade acrescida de sua valoração, exercida em conformidade com crenças, valores e princípios ideológicos contidos em determinado regime político, no nosso caso, o democrático.

3) RE 262.178-DF. Acórdão publicado no **DJU**, de 24/11/2000.

4) A ementa possui o seguinte teor: "PROJETO - INICIATIVA - EMENDAS - MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL. Surge a relevância da matéria veiculada e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo questionado quando encerre alteração substancial, mediante emenda parlamentar, de projeto reservado a certa iniciativa. PROJETO - MINISTÉRIO PÚBLICO - EMENDA. Mostra-se relevante pedido de suspensão de eficácia de diploma legal quando notada modificação substancial do projeto inicialmente encaminhado pelo Procurador-Geral de Justiça, a implicar, até mesmo, aumento de despesa".

5) MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: FERRAZ, A. A. M. de C (Coord.). **Ministério Público**: Instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997. p. 36-63.

6) GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. O Futuro do Ministério Público – O desafio da profissionalização. In: **XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, Recife 17 a 20 de outubro de 2000.

7) "Teratologia que ainda persistiu no sistema da LONMP e da LOEMP é a de que o corregedor é o mesmo órgão que acusa, preside a instrução e, em certos casos, ainda pode até mesmo impor a pena".(Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175).

8) Alguns Estados já iniciaram um processo de adequação administrativa da carreira, como foi o caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que adota um modelo diferente do Poder Judiciário.

9) FERRAZ, A.A.M.C. (Coord.). **Um novo modelo de gestão para o Ministério Público**: base de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: APMP, 2003. p. 31.

Princípios, garantias, deveres e atribuições

- 1. O Ministério Público na Constituição da República
- 2. Princípios, garantias e deveres constitucionais do Ministério Público
- 3. As atribuições constitucionais do Ministério Público

1. O Ministério Público na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: princípios, garantias, deveres e atribuições à luz do Neoconstitucionalismo

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida*

"O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições". Paulo Bonavides[1)]

- 1.1. Evolução constitucional do Ministério Público
- 1.2. O Ministério Público como "custos legis" para o Ministério Público como "custos societatis" ("custos juris")
- 1.3. O Ministério Público e a nova "summa divisio"
- 1.4. Alguns aspectos das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público
- 1.5. O Ministério Público e suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais
- 1.6. A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais e novas técnicas de atuação do Ministério Público
- 1.7. Teoria Crítica do Direito: a diretriz filosófica mais adequada para amparar a atuação do Ministério Público como instituição constitucional de transformação social
- 1.8. Alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público

1) BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al* (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 350.

1.1. Evolução constitucional do Ministério Público

O Ministério Público na Constituição Imperial de 1824

A Constituição Imperial de 1824 não dispunha sobre o Ministério Público como instituição, tanto que, no capítulo reservado ao Senado (Capítulo III), previa o seu art. 48:

> "No juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional."

O Ministério Público na Constituição de 1891

A primeira Constituição da República, que é a de 1891, também não tratava do Ministério Público como instituição, dispondo sobre a matéria o Título I, na *Secção* III, reservada ao Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 58, § 2º:

> "O Presidente da Republica designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei".

Nas suas disposições gerais, art. 81, § 1º, previa a CF/1891:

> "A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República."

O Ministério Público na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 foi a primeira a dispor sobre o Ministério Público em dimensão nacional[1], conferindo-lhe seção própria, porém inserida entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Título I, Capítulo VI, Seção I, arts. 95 a 98). O Ministério Público estava incluído ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. Dispunha o art. 95 da CF/34:

> "O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locaes."

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 95 consagraram as primeiras garantias constitucionais do Ministério Público. Em relação aos subsídios, a equiparação aos Ministros, no plano do Ministério Público Federal, e aos Desembargadores, no plano do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, somente era estendida aos *Chefes do Ministério Público*, os quais não precisavam ser de carreira. Em relação aos demais membros nomeados mediante concurso público, dispunha o § 3º do art. 95:

> "Os membros do Ministério Público criado por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes seja assegurada a ampla defesa."

O Ministério Público na Constituição de 1937

A Constituição Federal autoritária de 1937 é apontada por Hugo Nigro Mazzilli como um severo retrocesso em relação ao Ministério Público. Somente alguns artigos esparsos do capítulo reservado ao Supremo Tribunal

Federal (arts. 97 a 102) faziam menção a escolha e demissão do Procurador-Geral da República e competência para o seu julgamento.

O Ministério Público na Constituição de 1946

A Constituição democrática de 1946 tornou a conferir caráter nacional ao Ministério Público, disciplinando-o no Título III — *Do Ministério Público* (arts. 125 a 128). Previa o art. 125:

> "A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho."

O art. 127 inseria, no plano constitucional, várias garantias ao Ministério Público:

> "Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço".

Entretanto, a chefia do Ministério Público continuava a ser um cargo de livre nomeação do Chefe do Executivo.

O Ministério Público na Constituição de 1967

A CF/1967, promulgada sob o golpe militar de 1964, inseria o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário (art. 137 a 139) e mantinha, em geral, as garantias já conferidas a esta Instituição pelas Constituições de 1934 e 1946. Previa o art. 137:

> "A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais".

O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

O Ministério Público na Constituição de 1969

A Carta Constitucional de 1969 inseria o Ministério Público no Capítulo do Executivo, mantendo, em linhas gerais, suas garantias e atribuições anteriores, aumentando, porém, as atribuições do Procurador-Geral da República. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

O Ministério Público na Emenda nº 7/77

A previsão de criação de Lei Complementar para o estabelecimento de normas gerais a serem seguidas pelo Ministério Público Estadual representou um avanço decorrente da Emenda Constitucional nº 7 de 1977[2)].

O Ministério Público na Constituição de 1988: sua consagração como instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito

Somente com a CF/88 foi que o Ministério Público se consagrou como uma instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Ele foi inserido na Magna Carta de 1988, no Título IV - *Da Organização dos Poderes* porém em capítulo separado dos demais Poderes do Estado, intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, dentro do qual lhe é deferida uma seção própria (art. 127 até art. 130 da CF/88).

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no art. 127, *caput*, da Constituição, que o define como

> "[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

O art. 129 da CF/88 confirma o perfil social e democrático da Instituição, pelo rol das atribuições conferidas a ela.

Se o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito uma vez que todas as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tais como a priorização da tutela jurídica preventiva, a tutela jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, a transformação da realidade social, entre outras, são os legítimos parâmetros que delineiam tal Instituição Ministerial no contexto constitucional atual[3].

Foi realmente a partir da CF/88 que a instituição Ministério Público passou a ser legítima defensora dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, direitos esses protegidos constitucionalmente como cláusulas pétreas.

O Ministério Público na Emenda Constitucional nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, inserindo na CF/88 o art. 130-A, sendo que suas atribuições e compromissos constitucionais devem ter como parâmetros o Ministério Público e suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

Embora muitas das mudanças impingidas à Instituição Ministerial tenham sido descritas no capítulo da Constituição que trata do Poder Judiciário, essas inovações também se aplicam, em regra, no âmbito do Ministério Público, tendo em vista a cláusula constitucional de reciprocidade e simetria expressamente prevista entre essas duas importantes instituições no § 4º do art. 129 da Lei Fundamental.

As mais importantes mudanças ou readequações do modelo estrutural ministerial constantes nessa emenda foram:

- 1) vedação do exercício de atividade político-partidária, tendo em vista a incompatibilidade entre essas duas funções e como forma de prestigiar uma atuação mais centralizada do membro do Ministério Público nas suas atribuições constitucionalmente previstas;
- 2) distribuição imediata de processos, privilegiando o acesso à justiça como garantia constitucional;
- 3) proibição do exercício da advocacia por três anos no juízo onde exerceu o seu mister, contados do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração, como forma de se evitar qualquer forma de discriminação ou favorecimentos ilegítimos ou não tolerados pela lei;
- 4) criação do Conselho Nacional do Ministério Público[4], órgão responsável por zelar pela autonomia administrativa e financeira da instituição, além de instância revisora dos processos disciplinares instaurados contra membros do Ministério Público e de órgão com atribuição originária para receber reclamações contra órgãos e membros dessa Instituição;
- 5) criação do sistema de súmula vinculante, com o objetivo de racionalizar o acesso à Justiça, em cujos

procedimentos de criação, alteração ou cancelamento deverá constar obrigatoriamente a participação fundamentada do Ministério Público brasileiro, aí representado pela figura do Procurador-Geral da República;

- 6) criação de ouvidorias do Ministério Público, nos âmbitos estadual e federal, o que denota a nítida preocupação em trazer a população para dentro da Instituição;
- 7) novo formato ao concurso de ingresso na carreira do Ministério Público, o qual visará à seleção de candidatos mais experientes e mais preparados, haja vista a previsão da exigência de atividade jurídica para a inscrição no certame e de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e vitaliciedade dos membros do Ministério Público;
- 8) proibição de férias coletivas, possibilitando uma atividade jurisdicional ininterrupta, o que também prestigia a dimensão fundamental do acesso à Justiça;
- 9) obrigatoriedade de o membro do Ministério Público residir na comarca em que atua, salvo por autorização do Chefe da Instituição[5], como forma de deixar, com o desempenho de suas atribuições, o órgão ministerial mais próximo da população diretamente atendida.

O Ministério Público Brasileiro na Constituição Federal de 1988 e sua nova natureza institucional

O Ministério Público está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Título IV — *Da Organização dos Poderes* —, porém, em seção própria (arts. 127 a 130 da CF/88), no capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*. Está, portanto, separado dos demais Poderes do Estado.

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido pelo art. 127, *caput*, da Constituição. É, com base na definição de suas atribuições, uma instituição permanente e, assim sendo, cláusula pétrea, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade, individuais indisponíveis e sociais.

No Direito Comparado, diferentemente do que acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Público um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices *a falta de independência* e de *especialização dessa Instituição* e, como consequência, as *ingerências políticas espúrias*. Todavia, Mauro Cappelletti, como crítico da outorga dessa espécie de atribuição ao Ministério Público, já ressaltou que esses obstáculos não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que a sua independência foi assegurada pela Constituição de 1988.

Após o advento da referida Constituição, que representa a maior conquista do Ministério Público brasileiro, outras leis vieram para possibilitar a efetividade das tarefas constitucionais da Instituição, explicitando suas atribuições e legitimando-a expressamente para a atuação na tutela, especialmente, das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do consumidor (Lei nº 8.078/90), do patrimônio público (Lei nº 8.429/92 e Lei 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94), do idoso (Lei nº 10.741/03), etc.

Como escreve Antônio Alberto Machado, a evolução histórica permite observar a *vocação democrática* do Ministério Público[6], o qual hoje, com o papel que lhe é reservado pela Constituição, é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Há quem sustente que o Ministério Público estaria atrelado ao Poder Legislativo, a este incumbida a elaboração da lei e àquele, a fiscalização do seu fiel cumprimento. Há quem defenda que a atividade do Ministério Público é eminentemente jurisdicional, razão pela qual estaria ele atrelado ao Poder Judiciário. E há, ainda, quem afirme que a função do Ministério Público é administrativa, pois ele atua com o fim de promover a execução das leis, e estando atrelado ao Poder Executivo[7].

Nenhuma dessas concepções encontra respaldo perante o Texto Constitucional de 1988 que, além de ampliar

muito o campo de atribuição do Ministério Público, conferiu-lhe *autonomia administrativa e funcional* (art. 127, § 2º, da CF/88), colocou-o em capítulo separado dos outros Poderes do Estado, traçou os seus princípios institucionais (art. 127, § 1º, da CF/88) e, ainda, conferiu garantias funcionais aos seus órgãos de execução para o exercício independente do mister constitucional (art. 127, § 5º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c").

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade[8]. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a *social*, que se originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da Instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que concedeu ao Órgão autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Em verdade, o deslocamento do Ministério Público da *sociedade política* para a *sociedade civil* é muito mais *funcional* que *administrativo*, pois, administrativamente, o Ministério Público ainda permanece com estrutura de instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em pé de igualdade com os Poderes estatais por ele fiscalizados.

Escreve Marcelo Pedroso Goulart:

> "Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do 'processo democrático', alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do 'projeto democrático'"[9].

Neste novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados[10]. O modelo *resolutivo* é o que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Marcelo Goulart ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados[11]. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, as audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo.

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajurisdicional da Instituição é fundamental para a proteção e a efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e no rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e aos interesses primaciais da sociedade.

Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

> "[…] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da 'sociedade civil planetária'; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)".[12)]

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais[13)].

---

1) MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**.4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38.
2) MAZZILLI, 2002, p. 39.
3) ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 506-508.
4) Sobre o poder normativo primário do Conselho Nacional do Ministério Público, vale a pena conferir: GARCIA, Emerson. Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. In: **MPMG Jurídico** – Boletim Jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 4 ed., fev./mar. de 2006, p.10-14.
5) No texto constitucional anterior, não havia a possibilidade de o Chefe da Instituição autorizar o membro do Ministério Público a residir fora da comarca. Nesse sentido, para disciplinar a matéria nesse particular, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público veio regulamentar, com a Resolução nº 26, de 17 de dezembro de 2007, a forma pela qual o Procurador-Geral poderá conceder tal autorização, em caráter excepcional e por meio de ato devidamente motivado, desde que o membro, já vitaliciado, esteja regularmente em dia com o seu serviço. Não obstante, dispõe o art. 4º do citado ato normativo: "Art. 4º. A autorização é de caráter precário, podendo ser revogada a qualquer momento por ato do Procurador-Geral, quando se tornar prejudicial à adequada representação da Instituição ou pela ocorrência de falta funcional por parte do membro do Ministério Público."
6) Escreve ainda o mesmo autor: "[…] a instituição do Ministério Público parece ter uma espécie de vocação democrática, talvez inerente à sua ratio; ou até mesmo concluir-se que a existência dela só faz sentido numa democracia, sendo certo que a sua ausência ou tibieza, de outra parte, é sempre indício de regime autoritário". (MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 140.).
7) Sobre a polêmica, consultar: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 19-20.
8) É o entendimento de Marcelo Pedroso Goulart (GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998. p. 96) e de Antônio Alberto Machado (MACHADO, 2000, p. 141-142).
9) GOULART, 1998, p. 96. No mesmo sentido, vale conferir: MACHADO, 2000, p. 141-142.
10) GOULART, 1998, p. 119-123.
11) GOULART, 1998, p. 120-121.
12) GOULART, 1998, p. 121-122.
13) Mais uma vez colhem-se as lições de Goulart: "Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico". (GOULART, 1998, p. 98.).

1.2. O Ministério Público como "custos legis" para o Ministério Público como "custos societatis" ("custos juris")

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto[1)].

É baseando-se nessas concepções de *custos societatis* e *custos juris* que o Ministério Público, no seu papel demandista, é hoje o *principal legitimado ativo* no plano das ações coletivas.

Essa hegemonia da Instituição, como legitimada ativa para a defesa dos interesses massificados, decorre certamente de dois fatores básicos. O primeiro está fundamentado no seu próprio perfil constitucional como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, da CF/88). O outro fator decorre do próprio exercício prático de suas atribuições constitucionais.

Gustavo Tepedino ressalta esse novo papel outorgado pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, alçado como o principal agente de promoção dos valores e dos direitos indisponíveis, o que lhe conferiu, nas palavras do autor mencionado, *função promocional*, especificada no art. 129 da CF/88[2)].

Assim, é hoje público e notório que o Ministério Público é a instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e dos direitos massificados, seja no campo extrajurisdicional, seja no jurisdicional, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ao afirmar que mais de 90% dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados no País decorrem da iniciativa do Ministério Público, o que para o autor é motivo de preocupação com essa tímida atuação dos demais legitimados ativos, já que tal situação é efeito da *fragilidade de nossa democracia*[3)].

Apesar de todos esses avanços e todas essas conquistas da Instituição, entendemos que é o momento de o Ministério Público passar por mais uma mudança de paradigma para cumprir com mais eficiência e legitimidade o seu compromisso de defensor do regime democrático.

[1)] SOUTO, Cláudio. **O tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997. p. 84-87.

[2)] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 300.

[3)] FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei nº 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 2001. p. 64.

1.3. O Ministério Público e a nova "summa divisio"

A *summa divisio Direito Público e Direito Privado* não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no país é *Direito Coletivo e Direito Individual*. O texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre *os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*[1].

Para o novo constitucionalismo democrático, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e mesmo do particular. Com base nessas premissas, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia Direito Público e Direito Privado não mais se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto no viés constitucional quanto no aspecto teórico, dão embasamento a essa assertiva.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do Direito Coletivo brasileiro, não sustentamos a sua interpretação na condição de novo ramo do Direito, bem como não entendemos que o Direito Individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja outro ramo do Direito. Na verdade, o Direito Coletivo e o Direito Individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de Direito Público, que estaria abarcado pelo Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no Direito Individual há vários ramos do Direito, como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial, etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade[2], regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo[3]. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de Direito Público também no Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista[4].

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada, já que representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Ademais, a visão atual em torno do acesso à Justiça e da efetividade dos direitos, atrelada ao plano da titularidade, confirma a nova *summa divisio* adotada na CF/88. A titularidade e a proteção estarão sempre relacionadas a direito individual ou a direito coletivo amplamente considerados[5].

O Ministério Público atua na defesa da Constituição e dos dois planos da nova *summa divisio*. Além de guardiã da Constituição, na sua condição de Lei Fundamental da ordem jurídica, a Instituição Ministerial atua na defesa de todos os direitos coletivos em geral, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da CF/88).

Com base na nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil, especialmente em razão da inserção dos direitos coletivos no plano dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), é que poderemos desenvolver e sedimentar um constitucionalismo brasileiro que sirva de modelo para outros países[6].

---

[1] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[2] No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, vale conferir o que diz Zippelius: "A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autônoma em face à sociedade". ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**.

Trad. António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Culbbenkian, 1984. p. 158.

[3] Conferir Zippelius: "[...] no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso — deve-se concluir — pelo justo equilíbrio daqueles interesses". (ZIPPELIUS, 1984, p. 159.).

[4] É inquestionável que a Constituição contém tanto normas de Direito Público quanto de Direito Privado e, assim, não é tecnicamente nem metodologicamente adequado o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme o faz a *summa divisio* clássica.

[5] , [6] ALMEIDA, 2008.

1.4. Alguns aspectos das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público

A CF/88 valorizou o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II, com especial destaque para o Capítulo I. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar atrelada à do art. 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do art. 127, por sua vez, está atrelada à do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no art. 129, IX, da CF/88, configura limitações às atribuições da Instituição que, indireta e reflexamente, fortalece a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no art. 129, IX, da CF/88, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o art. 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Da mesma forma, a CF/88 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial destaque para os arts. 127 e 128. Logo no § 1º do art. 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no art. 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; e irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria Instituição, estão no § 5º do art. 128 da CF/88, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias(ADCT); não participar de sociedade comercial, salvo na forma da lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária e não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O estudo, a interpretação ou a concretização das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

1.5. O Ministério Público e suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais

O papel constitucional das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta:

> "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I- a forma federativa de Estado;
> II- o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III- a separação dos Poderes;
> IV- os direitos e garantias individuais."

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira:

> "No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou dirigista [...]"[1)].

A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação meramente gramatical é rechaçada. A interpretação constitucional adequada, consoante melhor entendimento doutrinário, é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Com isso, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta, flexível, no sentido ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem estar incluídos os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Nesse sentido, já sustentamos:

> "Assim, apesar das concepções em sentido contrário, o melhor entendimento tem sustentado que o art. 60, § 4º, da CF/88, não deve ser interpretado restritivamente. O Direito Coletivo, como direito constitucional fundamental, beneficia-se do sistema constitucional das cláusulas pétreas e está protegido contra as reformas constitucionais. Ademais, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), a tutela jurídica é integral, a Direito Coletivo e a Direito Individual, não havendo razão para qualquer discriminação que represente restrição a um ou a outro"[2)].

Nesse sentido, também afirmou Sarlet:

> "Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispostivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente [...] não há como negligenciar o fato de que a nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I, III, e art. 3º, incs. I, III e V. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais

> sociais com a concepção de Estado na nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das 'cláusulas pétreas' – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional [...]".[3].

Oscar Vilhena Vieira, ao apresentar estudo sobre a Constituição e sua Reserva de Justiça, afirma que não deve prevalecer a interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, pois, para a compreensão dos direitos fundamentais, deve levar-se em conta os elementos indispensáveis à realização da dignidade humana e

> "[...] não como um conjunto finito de direitos positivados com uma ou com outra denominação, ou, ainda, numa ou outra posição dentro do texto constitucional [...]".

Conclui o autor que a supremacia dos direitos como cláusulas superconstitucionais não decorre de classificações arbitrárias, mas da sua exigibilidade para a realização da dignidade[4].

Escreve Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas:

> "[...] são aquelas que possuem um supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, infra. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto"[5].

Pós-positivismo jurídico e o Neoconstitucionalismo

a) Pós-positivismo

Afirma Luís Roberto Barroso que a abertura do caminho para um amplo conjunto, ainda inacabado, de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e sua função social, decorreu da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. O pós-positivismo jurídico pretende superar a legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Sem recorrer a categorias metafísicas, a nova concepção teórica procura estabelecer uma leitura moral do Direito. A teoria da justiça é que inspiraria a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico, excluindo, contudo, voluntarismos e personalismos, especialmente os judiciais. Nesse conjunto de concepções ricas e heterogêneas, ainda em construção, estão a atribuição de normatividade aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras. Há uma necessária reaproximação entre o Direito e a Filosofia, impondo-se também, entre as várias diretrizes de mudança paradigmática, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais com base na dignidade humana[6].

A expressão *pós-positivismo*, porém, é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídico-democrática. O *pós-positivismo* abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas no gênero *pós-positivismo*[7].

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo* jurídico constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmam que o próprio termo *pós-positivismo*, que também é conhecido como *não positivismo* ou *não positivismo principiológico*, é detentor de um *status* provisório e genérico, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um tardio Gustav Radbruch e passam pelas influências

da teoria da justiça de John Raws, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos:

- 1º) *o deslocamento da agenda*, com ênfase na importância dos princípios gerais do Direito e na dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica;
- 2º) *a importância dos casos difíceis*;
- 3º) *o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição*;
- 4º) *a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico*; 5º) *o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*[8)].

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação do conhecimento convencional com base nas ideias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica[9)]. A nova concepção tem influenciado decisivamente a criação de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e autossuficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores[10)].

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar da mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e à aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário[11)].

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo Direito Constitucional*, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*[12)].

Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX:

- a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional;
- b) criação de uma teoria material da Constituição diversa daquela sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista;
- c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do "Direito Público";
- d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia;
- e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito;
- f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa;
- g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*;
- h) expansão normativa do Direito Constitucional para todas as áreas do Direito;

- i) consagração da tese mais importante, "[...] de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico".

b) Neoconstitucionalismo

Já o novo constitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social[13].

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo *positivismo legalista*[14]. Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes:

- a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte — a Constituição passa a ser fonte autoaplicativa;
- b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos;
- c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para compreensão* para a *compreensão para a interpretação*[15].

Luís Roberto Barroso esclarece que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo, pelo *aspecto filosófico*, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*[16]. No mesmo sentido, também são os ensinamentos de Eduardo Cambi, o qual aponta o *neoprocessualismo* como decorrência do neoconstitucionalismo[17].

O *neoconstitucionalimo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º, etc.). Essa superação deve ser realizada baseando-se no Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados[18]. Propõe-se também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos que superem as amarras construídas em um passado de repressão e até mesmo de indiferença do Estado em relação aos reais problemas sociais.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais[19]. No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta* e *pluralista* e a ideia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, conforme fundamenta Peter Häberle[20], corresponde às novas posturas constitucionalistas, o que mantém perfeita sintonia com a *principiologia do Estado Democrático de Direito*,

implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, etc.).

Convém destacar que deve ser considerada a advertência feita por determinado setor da doutrina, no sentido da necessidade de uma visão mais equilibrada em torno do neoconstitucionalismo, de sorte a evitar posturas radicais que possam colocar em risco a democracia, a segurança jurídica e outros valores inerentes ao Estado Democrático de Direito[21].

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e devem, ainda, ser efetivadas e concretizadas materialmente, assumindo uma função ativa. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição e é nesse contexto que devem ser interpretadas.

Nesse sentido, concluiu Oscar Vilhena Vieira:

> "O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo [...]"[22].

O Ministério Público como cláusula pétrea

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: "Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* – a Constituição Federal de 1988 – ele *jamais* poderá ser extinto"[23].

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF/88. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

Nesse sentido, manifestou Emerson Garcia:

> "Além da necessária adequação material que deve existir entre referido preceito e a legislação infraconstitucional, o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como ínsita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)"[24].

Ademais, o Ministério Público também é instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional. Se o Ministério Público é essencial à Justiça e se a Justiça é cláusula pétrea, ele também é cláusula pétrea.

Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou

superconstitucionais: a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação

Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional da Instituição, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão ou a restrição desses princípios e dessas atribuições representam a supressão e a restrição do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, os seus princípios e as suas atribuições e garantias constitucionais, os quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridos como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito e, por isso, não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, podem ser ampliadas.

Da mesma forma, o caráter nacional do Ministério Público e a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa também são cláusulas superconstitucionais.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional e infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do Direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público.

Essas assertivas são reforçadas com os ensinamentos de Emerson Garcia:

> “Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional”.

Conclui o autor:

> “Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (*v.g.*: redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência)”[25].

Esse mesmo posicionamento é reforçado pelas substanciosas considerações do jurista Eduardo Ritt:

> […] “Considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 60, § 4º, inciso I, erigiu, como cláusula pétrea, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para a sua fiscalização, e considerando, ainda, que o Ministério Público foi colocado como fiscal do regime democrático e da ordem jurídica, também neste sentido o Ministério Público torna-se cláusula pétrea, assim como as prerrogativas e garantias dos seus membros”[26].

Todavia, não é razoável interpretar as garantias e os princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro do Ministério Público não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice à redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional.

A interpretação, portanto, das garantias e das atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a Instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático.

---

[1] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 26.

[2] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, p. 629.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 403-404.

[4] E acrescenta: "Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e reacionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais – estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo § 2º do art. 5º da Constituição". (VIEIRA, 1999, p. 245-6.).

[5] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 775.

[6] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, 2007. p. 133.

[7] A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu Streck: "Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim:

- a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma 'ideologia política' menos complacente com o poder;
- b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material;
- c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico [...]". (STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 155.)

No mesmo sentido, vale conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 35-40.

[8] DINIZ, Antonio Carlos; CAVALCANTI, Antônio. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 650-654.

[9] Nesse sentido, se posiciona Barroso: "[...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade". (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 28.

[10] BARROSO, 2003. p. 34-35.

[11] Nesse sentido, Alexy acrescenta: "*A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico [...]*". – A polêmica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em uma teoria do sistema jurídico. (tradução livre pelo autor). (ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1997. p. 159-161.).

[12] BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 592.

[13] A esse respeito, se posiciona Daniel Sarmento: "A palavra 'neoconstitucionalismo' não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois

da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada 'Neoconstitucionalismo(s)', organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003". (SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 11.).

[14] Adverte Sarmento que os adeptos do neoconstitucionalismo embasam suas concepções em ramificações teóricas bem heterogêneas, abrangendo, assim, entre outros, os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelshy, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino: "[...] nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores com entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade de uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositires do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quando, não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa". (LEITE; SARLET, 2009, p. 11-12.

[15] Escreve Streck: "[...] Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro lingüístico-hermenêutico. Esse 'linquistic turn', denominado também de giro 'lingüistico-ontológico', proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação". (STRECK; ROCHA, 2005, p. 159.).

[16] Acrescenta Barroso: "Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais". (BARROSO, 2007, p. 129-173.).

[17] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (Coords). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 664-72.

[18] Nesse sentido, escreve Streck: "[...] Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição 'extremamente embebedoura' (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais". (STRECK; ROCHA, 2005, p. 160.) Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, inclusive com inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, conferir: (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 2, 2004; e também: CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005

[19] Diz ainda Streck: "Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da 'Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de 'applicatio'. Entender sem aplicação não é um entender". (STRECK, Lenio Luiz. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 541.).

[20] Escreveu Häberle: "Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vinculados às corporações' (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*[...] weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neunem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade". (HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002. p. 13.).

[21] Nesse sentido, optando por uma concepção mais moderada em torno do neoconstitucionalismo, manifestou Sarmento:

"Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo". (LEITE; SARLET, 2009, p. 49.).

[22] VIEIRA, 1999, p. 227.

[23] FONTELES, Cláudio. O art. 127 da Constituição Federal: reflexões. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1.

[24] GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 47.

[25] GARCIA, 2005, p. 48.

[26] RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 184.

1.6. A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais e novas técnicas de atuação do Ministério Público

Os direitos e as garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto *dimensão subjetiva*, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto *objetiva*, constituindo, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e a concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e dos valores do próprio Estado Democrático de Direito[1].

Sobre isso, escreveu Konrad Hesse que as circunstâncias referentes à singularidade, à estrutura e à função dos direitos fundamentais não só garantem *direitos subjetivos* dos indivíduos como também revelam *princípios objetivos* básicos para o ordenamento jurídico constitucional e para o Estado Democrático de Direito. Essas circunstâncias dos direitos fundamentais revelam, portanto, os fundamentos do Estado Constitucional, por meio dos referidos direitos subjetivos e do respectivo ordenamento jurídico objetivamente considerado. O duplo caráter dos direitos fundamentais, o *subjetivo* e o *objetivo*, demonstram que os diferentes níveis de significação, respectivamente, condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito. Em síntese, os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental[2].

Em outra oportunidade, escreveu Hesse:

> "Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por outro lado, eles são 'direitos subjetivos', direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, arts. 3º, 4º, 5º, 8º e 9º da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de seu âmbito de vida (por exemplo, arts. 6º, alínea 1, 14, alínea 1, e 5º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são 'elementos fundamentais para a ordem objetiva' da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, art. 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5º, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos"[3].

Entre as principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter *subjetivo* e *objetivo*, destacam-se a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao poder reformador constituinte derivado, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pétreo desses direitos,[4] a interpretação aberta e extensiva, a não taxatividade ou não limitação, a proteção integral, etc.[5]

A *multifuncionalidade* dos direitos e das garantias fundamentais adquire, também nas ações coletivas em geral e, assim, na atuação do Ministério Público, um papel de destaque seja para impor a sua aplicabilidade imediata, seja para garantir a sua interpretação ampliativa, seja para impor a adoção de mecanismos que garantam a tempestividade da tutela coletiva[6]. Essa multifuncionalidade também impõe ao Ministério Público a adoção de novas técnicas de atuação, principalmente na tutela coletiva, por exemplo, a utilização de projetos sociais como mecanismos de atuação da Instituição visando à transformação social.

Como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se, por exemplo, que ação civil pública, na condição de garantia constitucional fundamental, possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), não lhe sendo compatível interpretação restritiva. Está também inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (Título II, Capítulo IV, arts. 127, *caput*, e 129, III, da CF/88). Possui prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e dos valores jurídicos por ela tuteláveis. O seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (Título II, Capítulo I, da CF/88), no caso os direitos coletivos em geral, deverá receber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado[7].

E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública e às ações coletivas em geral, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas, relacionados com a atuação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais.

O modelo constitucional sobre normas de direitos e garantias fundamentais adotado pela CF/88 e a necessária abertura do Ministério Público para a sociedade

Em relação aos *modelos constitucionais* e à sua análise no contexto dos direitos e das normas de direitos fundamentais, tanto em sua dimensão formal quanto material, a doutrina aponta a existência de três modelos[8)].

O *primeiro* é o *modelo puramente procedimental*, no qual Constituição só dispõe sobre *normas de organização e de procedimento*. A Constituição não chega a excluir, diretamente, conteúdos possíveis ao direito positivo. O que é criado de acordo com os procedimentos e as formas previstas compõe o direito positivo. A influência da Constituição na criação do direito positivo é somente mediata. O legislador tem liberdade para dispor sobre quaisquer espécies de conteúdo de direito positivo. A tal modelo, corresponderia uma teoria dos direitos fundamentais que parte da concepção na qual *os direitos fundamentais* não têm força vinculante contra o legislador. Na concepção deste modelo, afirma Robert Alexy, é *nula a importância material* dos direitos fundamentais[9)].

O *segundo*, totalmente oposto ao *modelo puramente procedimental*, é o *modelo puramente material*. Nesse modelo, a Constituição contém exclusivamente normas materiais, de acordo com as quais, por intermédio de operações metódicas e independentemente de qual seja a sua configuração, torna-se possível obter o conteúdo de cada norma do sistema jurídico. Enquanto no *modelo puramente procedimental* as questões devem ser solucionadas por intermédio de uma decisão proposta pela disciplina regulatória da Constituição, no *modelo puramente material*, a obtenção de soluções se dá com o conhecimento do conteúdo da Constituição[10)].

O *terceiro* modelo constitucional é o *misto*, *conciliatório* ou *eclético*, no qual há uma junção entre os modelos *puramente procedimental* e *puramente material*. Neste modelo misto, há elementos materiais que determinam, em relação aos direitos fundamentais, os objetivos do Estado, bem como elementos procedimentais, cujo núcleo contém normas sobre o procedimento legislativo[11)]. A Lei Fundamental alemã de 1949, a Constituição brasileira de 1988, entre outras, seguem o *modelo constitucional misto*.

Assinala Robert Alexy que o fato de estarem reciprocamente vinculados em uma Constituição elementos procedimentais e materiais traz consequências para o sistema jurídico, em sua totalidade, pois há conteúdos desse sistema que, do ponto de vista da Constituição, são meramente possíveis, há também alguns conteúdos constitucionalmente necessários e outros, impossíveis. Portanto, no modelo constitucional misto, à *fundamental formal*, soma-se a *fundamentação material*. Os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais seriam materialmente fundamentais tendo em vista que, a partir delas, tomam-se decisões a respeito da estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade. Aqueles que conferem pouco conteúdo à Constituição acabam conferindo muito conteúdo ao legislador. As questões referentes à liberdade e à igualdade não teriam incidência parcial, mas em todos os âmbitos do sistema jurídico. Nas diretrizes das teses da fundamentação formal e material se tem dito que as normas de direito fundamental exercem um papel central no sistema jurídico[12)].

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segue, como afirmado, o *modelo misto*, *eclético* ou

conciliatório, mas com algumas peculiaridades importantes. A primeira delas decorre do compromisso constitucional com a transformação da realidade social, manifestado em um conjunto de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, muito bem delineado em seu art. 3º. A segunda é fruto da inserção, inédita em nossa história, dos direitos ou dos interesses coletivos como direitos fundamentais, que passam a compor o núcleo principal, com eficácia irradiante máxima, do sistema jurídico brasileiro, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88[13]. Sobressai aqui o papel de destaque conferido ao sistema de tutela coletiva, também integrante do núcleo central da ordem jurídica brasileira e diretamente ligado à transformação da realidade social.

Nesse contexto, é destacado o projeto constitucional conferido ao Ministério Público, um dos principais protagonistas da tutela coletiva do País (arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da CF/88). Na prática, doutrina e jurisprudência reconhecem esse papel de destaque do Ministério Público brasileiro no plano da tutela coletiva. Entretanto, é fundamental que a Instituição avance e aperfeiçoe a sua atuação, com planejamento institucional, unidade de atuação coordenada e sistematizada. É importante, também, uma mudança cultural que fomente, entre membros e servidores, um diálogo aberto em torno das questões institucionais primordiais, especialmente as relativas à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos.

Outro aspecto extremamente relevante refere-se à necessária abertura do Ministério Público para a Sociedade, principalmente para os movimentos sociais que representam as pessoas mais carentes e marginalizadas, até porque o compromisso constitucional com a transformação da realidade social é de todos que integram a República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88): Sociedade Política, Sociedade Civil e Sociedade Econômica. Um excelente exemplo dessa abertura foi a criação recente, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, da Coordenadoria da Inclusão Social, idealizada pelo Procurador de Justiça Fernando Antonio Fagundes Reis e encampada pelo Procurador-Geral de Justiça Alceu José Torres Marques.

Nos últimos cursos dos novos Promotores de Justiça, um dos painéis foi a discussão entre líderes de movimentos sociais, o que serviu para preparar os novos membros da Instituição para esses horizontes complexos que envolvem a defesa da sociedade pelo Ministério Público.

Grandes desafios existem para que o novo Ministério Público brasileiro consiga sedimentar a sua identidade política, jurídica e social. Para que a Instituição caminhe no rumo certo, é fundamental que os seus membros e servidores não se esqueçam de duas questões básicas:

- a) a função constitucional do Ministério Público deve ser compreendida, explicada e planejada partindo dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, em observância ao modelo constitucional adotado na CF/88 (Título II);
- b) todo poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (parágrafo único do art. 1º da CF/88).

A abertura para a sociedade e, em especial, para os movimentos sociais organizados, é fator de legitimação social da Instituição e, ao mesmo tempo, mecanismo para o exercício direto da soberania popular, como ocorre nas audiências públicas realizadas pelo Ministério Público.

Também a ocupação de espaços sociais vazios, onde não há a atuação de instituições de defesa social, é fundamental para a realização de direitos fundamentais consagrados na CF/88, com destaque, neste aspecto, para a tutela coletiva na área dos direitos das famílias (Cartas das Famílias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), para a tutela do transporte coletivo, etc., conforme tem sinalizado o Ministério Público mineiro.

---

[1] Como assinalou Antonio E. Perez Luño, os direitos fundamentais, no horizonte do constitucionalismo atual, desempenham dupla função: a) no *plano subjetivo*, eles seguem atuando como garantias das liberdades individuais, sendo que a esse papel clássico soma-se agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no *plano objetivo*, eles assumem uma dimensão institucional a partir da qual seus conteúdos devem funcionar visando a

consecução dos fins e dos valores proclamados constitucionalmente. (LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 25.).

[2)] HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Org.). **Manual de derecho constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. 2. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p. 90.

[3)] HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 228-229.

[4)] MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-96.

[5)] Sarlet: "Consoante ficou devidamente comprovado no item anterior, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das conseqüências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva. Além disso, há que levar em conta, neste contexto, o fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos [...]". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 170-171.).

[6)] Não obstante as divergências existentes em outros países, a doutrina e a jurisprudência no Brasil caminham no sentido seguro da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, conforme orientação consagrada na Constituição Federal de 1988. Salienta Sarmento: "No direito brasileiro, não há maiores dificuldades processuais para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, diante do exercício, por todos os juízes, da jurisdição constitucional. Não obstante, é importante destacar que, corroborando a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência admitem que entidades privadas figurem no pólo passivo de remédios constitucionais voltados para a tutela desses direitos, como o 'habeas corpus', o 'habeas data', a ação popular e a ação civil pública". (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 376.).

[7)] ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 268-270.

[8)] Conferir: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 503-506.

[9)] , [10)] ALEXY, 2002, p. 503-504.

[11)] ALEXY, 2002, p. 505.

[12)] ALEXY, 2002, p. 505-506.

[13)] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa diviso* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 14.

1.7. Teoria Crítica do Direito: a diretriz filosófica mais adequada para amparar a atuação do Ministério Público como instituição constitucional de transformação social

Teoria Crítica do Direito e vertentes do pensamento crítico

A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento aberto e composto de várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou possam impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais[1)].

Ao escrever sobre as vertentes do pensamento crítico, diz Luiz Fernando Coelho que a *teoria crítica do Direito* não pretende ser inovadora. Sua finalidade é o redirecionamento e mesmo a reunificação dos esforços e das empreitadas que foram realizados em diferentes campos do conhecimento, os quais levam, de modo lento, mas seguro, ao núcleo do pensamento crítico: *adesão ao real, descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir a realidade*. Essa ruptura com o senso comum teórico, levada a efeito pela *dialética da participação*, não representa um salto quantitativo *do formalismo ao concretismo, do idealismo ao realismo, do metafísico ao histórico*, mas o longo processo de construção teórica, composto de várias etapas importantes para a formação da *teoria crítica do direito*, sendo que as categorias com que ela trabalha foram constituídas no plano de um contexto interdisciplinar cujo ponto de convergência é uma visão crítica da sociedade. Afirma Coelho que a seleção das vertentes da *teoria crítica do Direito* pode conduzir ao risco da omissão, mas as principais concepções que influenciaram a construção do pensamento jurídico crítico estariam situadas no campo da *epistemologia*, da *semiologia*, da *sociologia* e da *psicanálise*, sem excluir os antecedentes no campo da própria jusfilosofia[2)].

A *epistemologia crítica* propôs-se responder à necessidade de um novo paradigma, capaz de combater e ultrapassar os obstáculos relativos à objetividade das ciências sociais, de forma a contribuir para a solução dos grandes problemas da humanidade, muitos relacionados a uma neutralidade científica falsa. Assim, como esclarece Luiz Fernando Coelho, a epistemologia passa a constituir a vertente do pensamento crítico em dois momentos. O *primeiro*, com o questionamento sobre a pretensão de verdade estabelecida no paradigma neopositivista[3)]. O *segundo*, por intermédio da constatação de que o critério da objetividade simplesmente elidia os significados brotados da produção social que não pudessem ser reduzidos ao plano de uma objetividade empírica ou analítica, *mas não tinha o condão de destruí-la como verdade*[4)].

A constatação de que as interações sociais são envolvidas pela *expressão comunicativa* foi fundamental para o pensamento crítico. A dimensão comunicativa do existir humano passou a ser enfatizada pela filosofia contemporânea e, com isso, conferiu à linguagem e à comunicação social espaço privilegiado, causando uma revolução linguística. É o que muito bem ressalta Luiz Fernando Coelho, destacando que a dimensão pragmática do discurso científico produziu efeito na ciência do direito, proporcionando a fundamentação lógica e semiótica da nova hermenêutica das normas jurídicas, abrindo as portas para as concepções contemporâneas da *nova retórica*, tais como a de Perelmann, a *tópica de Viheweg* e a lógica do concreto. Com esta, inicia-se a *teoria crítica do Direito*[5)].

A concepção *psicanalítica* de Sigmund Freud também contribuiu para a formação do pensamento crítico, especialmente em razão de o pesquisador ter ampliado seus estudos para explicar os fenômenos culturais[6)]. Afirma Luiz Fernando Coelho que o pensamento jurídico dogmático tem resistência às concepções de Freud, tendo em vista que a psicanálise releva que a norma jurídica seria um produto da própria natureza humana e não o resultado de uma criação racional. Há, com isso, uma mudança de paradigma epistemológico quanto aos planos da autonomia e da racionalidade do Direito, os quais orientam o pensamento jurídico desde Platão e Sócrates[7)].

A *vertente fenomenológica*, apesar de voltada para uma metafísica que a afasta da realidade, ajudou a ampliar os horizontes do pensamento crítico, seja em razão de ter aberto as portas para uma aproximação ao conceito de estrutura social, na sua condição de objeto que envolve o sujeito que a ela conhece, seja por ter influenciado a criação das categorias importantes do pensamento crítico, principalmente a conceituação de práxis[8)].

Outras vertentes contribuíram para a construção do pensamento crítico, conforme destaca Luiz Fernando Coelho[9].

A sociologia da compreensão, especialmente por força do pensamento de Max Weber, ao estabelecer o conceito de *tipo-ideal* como conceito *histórico-concreto*, contribuiu para a ampliação de novos horizontes ao pensamento crítico[10].

A *filosofia marxista* desenvolveu as bases do *neo-humanismo* partindo da concepção que tem o ser humano como a manifestação do ser social. A criação do pensamento teórico crítico de dimensão social, formado sem preconceitos e dogmas, sofreu forte influência da filosofia marxista. O *marxismo* e a concepção teórica crítica, dele decorrente, produziram dois resultados fundamentais para o desenvolvimento do pensamento crítico:

- a) a demonstração de que o mais relevante não é a teoria em si, mas o resultado por ela produzido;
- b) o esclarecimento, ligado *à dialética da participação*, na qual a sociedade não deve ser compreendida como um objeto no sentido positivista, mas como *complexidade, totalidade que se autoinstitui como transdisciplinaridade objetiva*[11].

A *teoria crítica da sociedade*, desenvolvida pela Escola de Frankfurt, especialmente por força dos estudos de Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hebert Marcuse e Jürgen Habermas, constitui também uma das grandes vertentes de constituição do pensamento jurídico crítico. A referida escola de pensadores alemães procurou desenvolver estudos críticos em relação às repercussões sociais sobre o modo pelo qual é concebida e manipulada a ciência no âmbito da sociedade capitalista contemporânea[12].

Contudo, há na doutrina quem destaque alguns momentos na história de expressão do pensamento crítico, especialmente no âmbito da produção acadêmica. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, especialmente nas décadas de 70 e 80 do século XX, houve significativa manifestação, com produção na área acadêmica, do pensamento crítico, enfatizando a *Critique du Droit*, na França, o movimento *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos e, anteriormente, a Escola de Frankfurt, que lançou na Alemanha as bases para a construção de uma teoria crítica[13]. Antonio Carlos Wolkmer também indica a origem filosófica contemporânea da *teoria crítica do Direito* na Escola de Frankfurt[14]. Todavia, Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe apontam que o pensamento crítico contemporâneo teve início nas Universidades francesas, na década de 70 do século XX[15].

Em síntese, a *teoria crítica do Direito* pretende questionar o pensamento jurídico tradicional em vários pontos de suas premissas básicas, tais como a neutralidade, a completude, a cientificidade e, com isso, destacar o caráter ideológico do Direito, buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante[16].

Como escreve Michel Miaille, a teoria crítica do Direito permite não apenas o descobrimento das diferentes dimensões escondidas em relação a uma realidade que se encontra em movimento mas também abre, principalmente, os caminhos para uma nova dimensão: a da *emancipação*[17].

Em uma concepção crítica em torno da doutrina clássica sobre o humanismo abstrato, Joaquín Herrera Flores ressalta a importância de uma filosofia crítica em torno dos direitos humanos como produtos culturais, apontando como benefícios imediatos a movimentação de consciências e a denúncia do horror da tortura, da discriminação, da indiferença diante do ser humano e da destruição ecológica[18].

Objeto da Teoria Crítica do Direito

A teoria crítica do Direito tem como principal objeto de sua análise outras concepções teóricas tradicionais e, nesse contexto, ela procura integrar as seguintes funções: a) *deontológica*[19], palco da preocupação predominante do *jusnaturalismo*; b) *ontológica*[20], para onde se volta o *positivismo jurídico*; c) a *fenomenológica*[21], centro de preocupação do *realismo jurídico*[22]. Essa integração é feita de forma desmistificadora e emancipadora,

como é próprio da natureza de um pensamento crítico que não se satisfaz com a mera descrição da realidade social ou com a simples interpretação fechada da norma e ou do sistema jurídico.[23] Portanto, não se trata de uma concepção teórica pronta e acabada em torno do Direito e do próprio fenômeno jurídico.[24]

Escrevem Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe que: a) no plano *deontológico*, a teoria crítica do direito teria a justiça como uma instância específica da ideologia reinante e, nesta dimensão, visa demonstrar que os problemas de valoração jurídica são opiniões ou crenças de uma visão de mundo da classe dominante; b) no plano *ontológico*, a *teoria crítica do direito* combate a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico para demonstrar o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder e, ao mesmo tempo, destacar que, apesar das tentativas de controle epistemológico, o conhecimento jurídico está política e ideologicamente determinado; c) no plano *fenomenológico*, a teoria crítica do direito defende a possibilidade de uso emancipatório do Direito e renega uma sociologia do direito do tipo positivista, de modo a demonstrar os benefícios de uma abordagem dialética do processo histórico-social do Direito. Como defensores de uma postura crítica em relação ao Direito, Warat e Pêpe afirmaram que os filósofos do Direito têm o dever moral de denunciar *os graus crescentes de uma injustiça cada vez mais tolerada pela indiferença dos seres homens absorvidos pelo consumo e as trivialidades do dia a dia das grandes cidades*.[25]

A hermenêutica jurídica na Teoria Crítica do Direito

No plano da filosofia da hermenêutica jurídica, a *teoria crítica do Direito* propõe a superação da *dogmática jurídica clássica*, em suas versões *legalista*, *conceptualista* e *analítica*[26]. Propõe, também, a superação da *zetética*[27], nas suas dimensões *teleológica*, *sociológica*, *axiológica*, *realista* e *culturalista*[28]. Assim, para a teoria crítica, tanto na concepção *dogmática*[29] quanto na *zetética*[30], o *direito continua sendo instrumento de dominação*.

Como afirmou Antônio Alberto Machado, a teoria crítica do Direito objetiva combater o mito da neutralidade do Direito, de modo a demonstrar que a interpretação e a aplicação da lei, realizadas de forma supostamente neutra e distante da realidade social, é uma manutenção servil dos interesses das classes superiores, consagrados na norma jurídica. Torna-se, assim, fundamental a estratégia que busca um pluralismo jurídico mais democrático, explorando as contradições, as fissuras do ordenamento jurídico positivo[31].

Lênio Luiz Streck defende uma nova crítica do Direito. Essa nova concepção, diz ele, procura contrapor a experiência, a historicidade e a faticidade e representa um importante passo para a definição do pensamento jurídico como pensamento prático, como pensamento orientado à coisa mesma. A finalidade é contribuir para que o jurista se dê conta de que nas situações da vida existe similitude, porém não há identidade. Os traços caracterizadores da situação particular não podem ser desconsiderados por força do caráter abstrato da pauta geral [32]. A tarefa de uma nova crítica do Direito será a de estabelecer condições para o plano da reflexão jurídica, permitindo a compreensão da crise do Direito e do Direito como crise, de modo a possibilitar a construção de fatores necessários para a sua superação[33].

Categorias da Teoria do Direito

Esclarece Luiz Fernando Coelho que, no plano epistemológico, a *teoria crítica do Direito* possui categorias próprias, as quais não constituem um *a priori* formal ou material e sim estruturas de pensamento que foram construídas para o fenômeno jurídico como seu objeto reflexivo. São, assim, categorias da teoria crítica: *sociedade*; *ideologia*; *alienação* e *práxis*[34]. O Direito, assim, passa a ser compreendido em função da sociedade, da ideologia, da alienação e da práxis, diversamente da concepção positivista. Elas não são estudadas como objeto do Direito; este é que é estudado pelo ponto de vista da *sociedade*, da *ideologia*, da *alienação* e da *práxis*. A sociedade não é concebida como ordem e progresso, mas como movimento social[35]. A *ideologia* é compreendida como uma imagem manipulada que a sociedade tem sobre ela mesma[36]. A *alienação* é o próprio produto da ideologia dominante, configurando-se como situação de inconsciência da maioria dos integrantes da sociedade sobre o papel que nela desempenham bem como sobre seus direitos fundamentais[37]. Por fim, a práxis, apresentada como a dimensão ética da teoria crítica do Direito, seria a união do saber com o fazer,

visando, precipuamente, à transformação da realidade social[38].

Com efeito, a teoria crítica do Direito, por intermédio de uma visão libertadora e emancipadora, construtiva e prospectiva, propõe a revisão e a superação da hermenêutica jurídica tradicional.

Em relação ao que foi analisado, observa-se que a *teoria crítica do Direito* é uma concepção teórica aberta e flexível. Ela propõe uma visão teórica emancipadora, livre de preconceitos ou de barreiras artificiais da racionalidade, bem como uma práxis transformadora da realidade social. Teoria e práxis são compreendidas em conjunto. A *dialética da participação* é sua proposta metodológica, a qual exige uma interação interdisciplinar efetiva, que tenha o condão de abranger várias dimensões teóricas num compromisso não só de compreender e interpretar, mas também e principalmente, compreender e interpretar para transformar a realidade[39].

Tomando a *teoria crítica do Direito* como uma das diretrizes reflexivas, propôs-se uma nova leitura constitucional, superadora de uma visão clássica em torno da *summa divisio Direito Público* e *Direito Privado*, que não corresponde ao Estado Democrático de Direito brasileiro e, por ainda prevalecer, tem impedido a transformação da realidade social[40].

Há, entre outros, quatro grandes fundamentos que negam a *summa divisio* clássica. *Primeiro*, por ela partir de uma visão autoritária que impõe privilégios ao poder público, contrariamente aos direitos e interesses individuais e coletivos. *Segundo*, porque a *summa divisio* clássica pressupõe, pelo menos em tese, a separação entre o Estado e a Sociedade, dualismo esse incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, pois todo poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Na verdade, o Estado Democrático de Direito é a dimensão organizacional da própria sociedade. *Terceiro*, porque, em uma concepção crítica, de dimensão transformadora e na concepção do novo constitucionalismo, não basta o reconhecimento do Direito; torna-se fundamental também a sua proteção e a sua efetivação concreta. Portanto, são imprescindíveis a compreensão e o enquadramento metodológico do Direito no plano de sua proteção e de sua efetivação, não sendo suficiente a natureza jurídica ou a qualidade de parte como parâmetros de enquadramento metodológico. *Quarto*, porque, no caso precisamente do Brasil, a Constituição Federal consagrou expressamente uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada – *Direito Coletivo* e *Direito Individual* –, inserindo-a no plano da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, e, por isso, impõe as verdadeiras diretrizes para enquadramento metodológico dos modelos explicativos do sistema jurídico.

Não é de se admitir, portanto, nenhuma concepção fechada que não faça da Constituição um constituir transformador da realidade social. Da mesma forma, não podem ser aceitas concepções fechadas que têm o Direito como *mera técnica* – ou como *mera técnica de dominação*. O Direito é instrumento de transformação, com justiça, da realidade social e deve ser compreendido como tal. O Direito é ciência e não mera técnica jurídica.

O Direito como mera técnica de manutenção do poder não tem compromisso, como muito bem enfatizou Rosa Maria de Andrade Nery, nem com o ser humano, nem com os seus valores, como aconteceu com o massacre humanitário provocado pelo nazismo alemão, em que havia técnica jurídica, mas não havia valores, nem a identificação do Direito como ciência[41].

Teoria Crítica do Direito e o acesso à justiça

O enfoque sobre o acesso à justiça como *movimento de pensamento* constitui atualmente um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social.

Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não faz sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth[42], é que depende a

viabilização dos demais direitos. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito.

Um novo conceito sobre o acesso à justiça

O estudo do acesso à justiça pressupõe a compreensão dos problemas sociais. Não é mais aceitável o enfoque meramente dogmático-formalista. Cappelletti, um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre a matéria, esclarece que o dogmatismo jurídico é uma forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, deixando de lado outros valores não menos importantes, relacionados aos sujeitos, às instituições, aos procedimentos, aos deveres e às responsabilidades das partes, dos juízes e dos próprios juristas[43)].

A atenção dos juristas, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que esta ordem normativa está inserida[44)]; está voltada para a efetividade dos direitos, principalmente para os direitos constitucionais fundamentais.

Assinala Roberto Omar Berizonce que a transformação do pensamento jurídico passa, fundamentalmente, por duas vertentes:

- a) *uma renovação metodológica*, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e da análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa;
- b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro *instrumento de transformação social*, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção[45)].

Novamente Cappelletti ressalta que o aspecto normativo do Direito não é renegado, mas visto como um dos elementos em relação aos quais devem ser observadas, em primeiro plano, as pessoas, as instituições e os processos, pois é por intermédio deles que o Direito vive, forma-se, desenvolve-se e impõe-se[46)].

Cappelletti chega a propor, para substituir a *concessão unidimensional*, limitada à análise da norma, uma *concessão tridimensional do Direito e da sua análise*, que se constitui:

- a) na análise do *problema da necessidade social* que um determinado setor do direito deverá resolver;
- b) na análise da *resposta* ou da *solução* prevista para a hipótese nos planos normativo, institucional e processual;
- c) na análise crítica dos *resultados*, dentro do plano social *lato sensu* (econômico, político, etc.), que deverão ser produzidos, concretamente, no âmbito da sociedade[47)].

O acesso à justiça para além do Judiciário

Essa visão de acesso à justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública, etc. Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o Direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da prestação jurisdicional, deverá ser constitucionalmente adequada e justa[48)].

O acesso à justiça como método de pensamento

A concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre o Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade.

A própria *ciência jurídica* é atualmente concebida como uma *ciência prática*, voltada para casos concretos, e abrange as três dimensões da dogmática jurídica: a *analítica*, a *empírica* e a *normativa*. A conjugação dessas três dimensões revela o caráter integrativo e pluridimensional da ciência jurídica como ciência prática, que se desenvolve para a resolução de casos reais. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que, por mais abstratos que possam ser os enunciados ou as teorias da ciência jurídica, eles estão sempre ligados à solução de casos, mais precisamente à fundamentação de juízos jurídicos concretos do dever-ser[49)].

A *velha hermenêutica*, que tinha a *interpretação não valorativa da lei* como a essência relativa à aplicação do Direito, é superada pela *nova hermenêutica constitucional*, cuja construção tem início após a Segunda Grande Guerra Mundial. Na nova *hermenêutica*, afirma Paulo Bonavides, *concretizam-se preceitos constitucionais*, de modo criativo, com a ponderação de valores, especialmente no plano dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, em relação aos quais a aplicabilidade imediata e a eficácia irradiante vinculatória geral são uns dos seus traços característicos[50)].

Por outro lado, o *pensamento sistemático*, construído e desenvolvido pelo *positivismo legalista*, tornou-se o principal responsável pela elaboração de modelos classificatórios ou de enquadramento teórico meramente abstratos, fechados, autossuficientes, dentro dos quais não havia preocupação com a efetividade dos direitos ou com a realidade social e concreta. Atualmente, passa-se por um momento em que devem ser considerados também os problemas, as situações concretas e, fundamentalmente, o plano da proteção e da efetivação dos direitos, como condições legitimantes do próprio Direito. O período atual é de transição, de mudança de paradigma e nele assume relevância extraordinária o *pensamento problemático* que vê o Direito também como problema. Theodor Viehweg foi um dos grandes responsáveis pelo início da virada paradigmática quando revisitou, com sua inserção no contexto da era atual, a tópica como técnica do pensamento que se orienta para o problema[51)].

O acesso à justiça como paradigma para os modelos explicativos dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais consagrados na CF/88

Essas mudanças de paradigma encontram amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e exigem novos modelos explicativos de enquadramento metodológico que levem em conta o Direito não só em relação ao que ele é, mas como ele *deve ser* para transformar a realidade social, como compromisso central do Direito e do próprio Estado Democrático de Direito. É fundamental a consideração da teoria e da práxis para que haja uma relação legítima e adequada de correspondência entre elas.

Na esteira desse raciocínio, defendeu-se um novo modelo explicativo, tomando em consideração duas das principais dimensões da nova concepção em torno do Direito no contexto do Estado Democrático:

- a) a dimensão da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais positivada no país, especialmente a diretriz constante no capítulo I do Título II da CF/88, que consagra uma nova *summa divisio*;
- b) a dimensão da proteção e da efetivação dos direitos, de forma que a proteção ou será ao Direito Individual ou ao Direito Coletivo[52)].

No plano do Direito Processual, só existem dois tipos de processos: o processo de tutela jurídica de direito individual e o de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo.

Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos direitos ou são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico *Direito Público* e *Direito Privado*, o

qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como bloqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social.

Norberto Bobbio dizia que não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante atualmente é saber como efetivá-los, como garanti-los, evitando-se, assim, que sejam violados continuamente[53]. Essa efetivação constitui a problemática do acesso à justiça, novo método de pensamento que confere à ciência jurídica uma nova dimensão conceitual e impõe uma revisão completa nos modelos clássicos de enquadramento conceitual e metodológico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e à efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.) e, também, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º).

A *aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais* é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível qualquer interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e às garantias constitucionais fundamentais individuais quanto aos coletivos.

Consideraram-se essas diretrizes na sistematização da nova *summa divisio*, bem como para a fixação das regras e dos princípios de interpretação e aplicação do Direito Material Coletivo, em suas diversas dimensões[54].

A exigência de efetividade dos direitos é diretriz que traça o espírito da CF/88; sua incidência alcança todos os planos do exercício do poder. A própria exigência de *eficiência* da administração pública, na condição de princípio da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/88), decorre dessa visão principiológica em torno da efetividade dos direitos.

A própria compreensão da Constituição somente tem sentido se for levado em consideração o plano da sua aplicação. Pela nova hermenêutica constitucional, fala-se em interpretação-concretização da Constituição como lei fundamental. Portanto, o verdadeiro sentido da Constituição prende-se à sua concretização[55].

A discussão atual em torno da proteção e da efetivação dos direitos, propondo a implantação de novas formas e de novos meios de solução de conflitos, é realmente o ponto mais importante para fazer do Direito um instrumento legítimo de transformação, com justiça, da realidade social. Não adianta somente a interpretação constitucional e a formulação de novas diretrizes teóricas. Os resultados concretos são essenciais e a explicitação de meios e canais, para o cumprimento dos compromissos assumidos no pacto constitucional, depende de uma visão crítica, como afirmou Konrad Hesse[56].

Por outro lado, a discussão em torno dos pontos de tensão entre segurança jurídica e efetividade deve ser superada por uma pauta de análise que leve em conta, acima de tudo, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais[57], principalmente aqueles que compõem as necessidades humanas básicas[58].

A importância da Teoria Crítica do Direito para a implementação das funções constitucionais do Ministério Público

Como analisar a relação entre a concepção crítica do Direito e as funções constitucionais do Ministério Público?

O Ministério Público brasileiro assumiu função social primordial com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127/129 c/c o art. 1º, o art. 3º e o Título II). Passou a ser instituição de defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tornando-se instituição detentora de função promocional de mudança da realidade social.

Nesse contexto, não seria compatível com o papel constitucional do Ministério Público uma visão meramente

fechada e unidimensional do fenômeno jurídico. É fundamental que se compreenda a Instituição e o seu compromisso constitucional por intermédio de uma visão pluridimensional do fenômeno jurídico. Essa visão deverá abranger a fenomenologia, a deontologia e a ontologia, contrapondo-as e desmistificando-as, de forma a extrair as diretrizes fundamentais para a atuação da Instituição na promoção efetiva da mudança da realidade social.

Para tanto, a Teoria Crítica do Direito, por englobar o Direito como *aquilo que é* e *aquilo que deve e pode ser* – isso em uma visão abrangente, emancipadora e transformadora –, contribui, e muito, para que o Ministério Público, como instituição fundamental de defesa social, possa melhor compreender e melhor exercer as suas funções constitucionais no processo de democratização da sociedade brasileira e de suas instituições fundamentais.

As categorias do pensamento crítico (sociedade, ideologia, alienação e práxis), já antes aqui analisadas, devem estar presentes em todas as reflexões que envolvam a atuação do Ministério Público e os seus compromissos constitucionais, principalmente os que estão diretamente relacionados com o princípio da transformação social, consagrado no art. 3º da CF/1988. Por intermédio dessas diretrizes teóricas e reflexivas, a Instituição e seus membros terão melhores condições para compreender adequadamente o próprio Direito e os desafios que existem para a garantia do acesso à justiça como um dos mais básicos e importantes direitos fundamentais.

Conclusões

- 1. A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento integrado por várias correntes teóricas que possuem como causa comum a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou que possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.
- 2. O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* com base na teoria crítica do direito constitui, atualmente, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, permitindo a análise do direito, especialmente dos direitos fundamentais, no plano da sua efetivação, o que é fator imprescindível para a mudança da realidade social, especialmente para atender, no caso do Brasil que ainda não passou por uma transformação social, as diretrizes fixadas no art. 3º da CF/88.
- 3. Nesse contexto, o acesso à justiça deve ser concebido e compreendido nos dois planos do Direito: o plano dos direitos individuais e o dos direitos coletivos, conforme exigência da teoria dos direitos e das garantias fundamentais adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I).
- 4. A teoria crítica do direito é a diretriz filosófica mais adequada para a compreensão e a implementação dos compromissos constitucionais do Ministério Público.

[1)] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 266.

[2)] Diz ainda Coelho: "É ilusório pretender que as grandes realizações da humanidade sejam produto de súbita invenção, espécie de luz interior a iluminar a consciência e provocando com isso a descoberta da verdade. O acaso a que muitas vezes se atribuem as criações científicas somente o é na aparência, pois o simples fato de estar o cientista engajado num trabalho, que tem seu aspecto prático e o propriamente teórico, voltado para uma tentativa de descoberta ou para elaboração de algo desconhecido, já destrói o fator 'acaso', e os espíritos intuidores, que adquirem a capacidade de 'ver' fora dos estereótipos metodológicos, não são seres auto-suficientes e muito menos autocriados, mas produzidos por fatores genéticos, socioculturais e ambientais". (COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 53-55.).

[3)] Conclui Coelho: "[...] se a verdade pode ser definida como a correspondência com os fatos, também os fatos podem ser

definidos como a correspondência com a verdade, o que é o mesmo que asseverar que a realidade, tal como a concebemos, é construída pelo saber". (COELHO, 2003.).

[4] Afirma também Coelho: "A epistemologia crítica responde, portanto, no plano objetivo da sociedade como objeto de um saber, à proposta marxiana da undécima tese: 'Os filósofos não fizeram mais do que interpretar o mundo de forma diferente: trata-se, porém, de modificá-lo'. Só que essa modificação exige o engajamento teórico e prático do cientista, sua inserção consciente no seu próprio meio social, sua 'participação'. Muito mais do que a procura de um modelo metodológico ou científico, a pretensão do pensamento crítico é evitar o aprisionamento por quaisquer estereótipos e, assim, abandonar-se ao livre fluir da criatividade. Mais importante do que fazer ciência é conscientizar-se do papel criador e transformador do cientista, tanto na natureza quanto na sociedade. Mais importante do que o padrão metodológico é o projeto político, e mais importante do que a descrição do projeto é a sua realização". (COELHO, 2003, p. 63-64.).

[5] COELHO, 2003, p. 71.

[6] Acrescenta Coelho: "No universo teórico que procura explicar as origens das instituições sociais, destaca Freud as observações antropológicas que levaram à crença de que a origem dos homens é marcada pelo convívio sob o que se convencionou denominar 'hordas', cada uma delas sob a dominação de um macho violento e ciumento, déspota absoluto e senhor de todas as fêmeas, dono da vida e da morte de seus filhos, vistos como rivais. Estes se revoltam, matam o pai e o devoram. Após o parricídio, arrependem-se, interiorizam o remorso, unem-se fraternalmente e renunciam à posse sobre as mulheres de seu pai. Esta é a origem da exogamia e da proibição do incesto, bem como o início da obediência às leis, a qual apenas a forma de expiar o complexo de culpa pela extinção do pai, uma forma de reconciliação com ele. A identificação é, pois, inicialmente explicada como conseqüência da expiação, o que, embora antropologicamente questionável à luz de estudos posteriores, vale como interpretação da metáfora. A organização social, as restrições morais e a religião estariam destarte relacionadas com a refeição totêmica, uma repetição e uma comemoração daquele ato horrendo: ao devorar o pai, o filho com ele se identifica e adquire parte de sua força". (COELHO, 2003, p. 72-73.).

[7] Afirma também Coelho: "[...] Freud caracteriza a funcionalidade do social, cria a perplexidade diante do direito e iguala os processos de representação".(COELHO, 2003, p. 78.).

[8] Nesse sentido, Coelho acrescenta: "Quanto à fenomenologia, dela já se tratou como havendo inspirado alguns conceitos incorporados à noção de categoria crítica como instrumento de um saber prospectivo e construtivo; entretanto, considerando que o caráter de imanência atribuído à dialética, como princípio inerente ao ser social, é outra noção que repercute no conceito de sociedade como estrutura total e dinâmica, a fenomenologia passa a ser vertente da crítica social, pois se trata de elaborações que receberam seus contornos mais nítidos através da fenomenologia". (COELHO, 2003, p. 88;95.).

[9] COELHO, 2003, p. 87-110.

[10] Ressalta Coelho: "É a partir da metodologia da compreensão, com a qual a sociologia se distancia das ciências naturais, que Weber estabelece seu conceito de tipo-ideal ('idealtypus'), entendido não como produto de conceituações generalizadoras, à maneira da tradicional sociologia durkheimiana, mas como 'conceito histórico-concreto', a partir da abstração de particularidades nos fenômenos que estuda". (COELHO, 2003, p. 99-100.).

[11] É o que ressalta Coelho aduzindo também: "[...] dentro do contexto interdisciplinar que as inspirou, as categorias críticas têm no marxismo um ponto de convergência, um denominador comum que vai propiciar a criação de novos conceitos e a modificação de antigos com vistas aos projetos teórico e prático da crítica social. E assim, ele permeia os estudos sobre a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis, o que nos leva a estudar a filosofia marxista ao tratarmos desses temas, naqueles pontos que com ela mais diretamente se relacionam". (COELHO, 2003, p. 103-104.).

[12] É o que esclarece Coelho, acrescentando: "O núcleo de suas teses é o questionamento do axioma positivista da separação entre a ciência e ética e os desastrosos efeitos dessa separação num mundo de tecnologia moderna. Dentro desse espírito, propuseram-se estabelecer as articulações entre o conhecimento dos processos sociais e as investigações empírico-analíticas, com a racional organização do comportamento sociopolítico". (COELHO, 2003, p. 105-106.).

[13] Aduz Barroso: "O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a 'Critique du Droit', influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira. Nos Estados Unidos, os 'Critical Legal Studies', também sob influência marxista – embora menos explícita – difundiram os fundamentos de sua crença de que 'law is politics', convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando os postulados positivistas da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares – a ideologia e a práxis –, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica". (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 15-16.).

[14] Escreveu Wolkmer: "Os principais integrantes da Escola de Frankfurt (Max Horkeimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas) buscam distanciar-se do marxismo ortodoxo, mas sem deixar de compartilhar metodologicamente do ideário utópico, dialético, crítico, revolucionário e emancipador. Na verdade, a articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição nacionalista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do

materialismo histórico marxista". (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.).

[15] Afirmam Warat e Pêpe: "O movimento começou nas universidades francesas, na década de 70. Um grupo considerável de professores marxistas, sentindo-se ameaçados em seus cargos acadêmicos, decidiram criar uma associação crítica do Direito e publicar uma revista chamada 'Procès'. No primeiro volume, datado de 1978 (publicado pela editora Maspero) aparece o 'Manifesto para uma teoria crítica do Direito'. Esse trabalho coletivo pretendia questionar as idéias aceitas sobre o Direito em nossa sociedade, assim como ele é ensinado na universidade. Os mais conhecidos representantes dessa associação são Michel Miaille e Antonine Jeammaud. A associação logo se estendeu para a Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha, Inglaterra, tendo, na América Latina, seus principais ecos no México, Brasil, Venezuela e Argentina". (WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996. p. 63-64.).

[16] Nesse sentido, escreve Barroso: "Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou jurista". (BARROSO, 2003, p. 13.).

[17] Afirma também Miaille: "Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer como essa regra funciona, ela encontra-se reduzida a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória. Temos direito de exigir mais dessa ciência, ou melhor, de exigir coisa diversa de uma simples descrição de mecanismos". (MIALLE, Michel. **Introdução crítica do direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989. p. 23.).

[18] FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como produtos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005. p. 119.

[19] A conotação deontológica, como ensinam Warat e Pêpe, decorre da investigação que visa esclarecer os valores supremos em relação aos quais se vincula o direito e dessa função nasce a filosofia do direito como teoria da justiça. (WARAT; PÊPE, 1996, p. 40).

[20] Esclarecem Warat e Pêpe, Albano Marcos Bastos que a função ontológica estuda o ser e a natureza fundamental do direito, com a preocupação de responder à pergunta sobre sua essência. (WARAT; PÊPE, 1996, p. 41.).

[21] Assinalam Warat e Pêpe que a função fenomenológica visa pensar o direito enquanto ação na realidade social. (WARAT; PÊPE, 1996, p. 43.).

[22] Nesse sentido, consultar: WARAT; PÊPE, 1996, p. 45.

[23] Nesse sentido, escreveu Miaille: "Um pensamento crítico já não pode contentar-se em descrever dado acontecimento social, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de o reinserir na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produziu. Desenvolvido assim, em todas as suas dimensões, esse acontecimento perde o caráter chão, unidimensional, que a mera descrição lhe conferia: torna-se prenhe de todas as determinações que o produziram e de todas as transformações possíveis que podem afectá-lo". (MIALLE, 1989, p. 23.).

[24] Nesse sentido, Warat e Pêpe afirmam: "O que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias dominantes. Seu objetivo assemelha-se a uma guerra de guerrilhas, isto é, infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico. Um espaço teórico bastante fragmentado, nada monolítico e cheio de promessas. [...] Os discursos críticos do Direito, assim entendidos, estão desvinculados do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica". (WARAT; PÊPE, 1996, p. 65.).

[25] WARAT; PÊPE, 1996, p. 46.

[26] Ensina Coelho: "Na dogmática legalista, o princípio jurídico dogmatizado é a 'lei'. A dogmática conceptualista procura preservar os conceitos gerais' subentendidos nas normas positivas de toda espécie e delas racionalmente inferidos. A dogmática analítica, por sua vez, identifica o princípio com a vontade do Estado e privilegia a racionalidade dos métodos hermenêuticos para discernimento do princípio jurídico aplicável, não abrindo espaço para a intuição ou quaisquer formas de sentimentalismo. Ocorre, assim, uma dogmatização do método, na medida em que os procedimentos decorrentes da ciência da lógica passam a catalisar a investigação científica no campo das ciências jurídicas, concentradas na análise do direito". (COELHO, 2003, p. 326-327.).

[27] Explica Coelho: "A palavra 'zetética' vem do grego 'zetein' – indagar, pesquisar, perguntar – e, em oposição ao dogmatismo, identifica a busca da verdade mediante o questionamento constante, recusando as respostas prontas e acabadas". E ainda acrescenta o autor: "Por interpretação, zetética é a atitude hermenêutica que preconiza a prevalência do conteúdo da lei sobre o significado aparente das palavras. Envolve, de modo geral, as correntes do pensamento hermenêutico que colocam em primeiro plano o conteúdo social e ideológico do direito. Essas escolas não aceitam acriticamente o princípio jurídico e, algumas com maior intensidade, outras menos, subordinam a lei, o conceito e o método às situações reais e sempre cambiantes da vida social. A tese basilar da atitude zetética é que o direito não é imóvel, nem vazio, mas essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade. O direito existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida". (COELHO, 2003, p. 333-334.).

[28] Explica, novamente, Coelho: "A zetética teleológica abrange a teleogia de Ihering e jurisprudência de interesses de Heck. A sociológica compreende a escola da livre investigação científica, a escola do direito livre e a escola norte-americana de jurisprudência sociológica. A axiológica reúne as correntes culturalistas, escolas que postulam a

prevalência dos valores na experiência jurídica e sua realização nos atos decisórios. E a zetética realista orienta os trabalhos hermenêuticos levando em conta como o direito se apresenta na realidade histórica – como decisão, linguagem ou objeto cultural. Compreende três expressões do realismo jurídico: o psicológico, o lingüístico e o culturalista". (COELHO, 2003, p. 334.).

[29] Afirma Coelho: "No que tange às escolas de orientação dogmática, a crítica revela que, deixando de considerar os aspectos éticos da ordem social e jurídica, garantida e legitimada pelo princípio jurídico, elas na verdade colocam o direito e a jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade e da justiça, mas das pessoas que se beneficiam de uma ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada. Isso se dá em detrimento das grandes massas de pessoas alijadas dos benefícios da cultura e da civilização, as quais têm interesse não na manutenção do 'status quo', mas em sua transformação no sentido de uma distribuição mais equânime dos bens, pelo menos daqueles considerados essenciais à sobreviência e à dignidade". (COELHO, 2003, p. 367.).

[30] Pondera Coelho: "Quanto à hermenêutica de orientação zetética, a crítica revela que suas diversas escolas, embora subordinem declaradamente o princípio dogmático a considerações sociopolíticas, acabam por reduzir-se a um dogmatismo encoberto. Em outras palavras, seus pressupostos são dogmáticos, pois nenhuma dessas escolas consegue desligar o direito da ideia de ordem vinculada à estatização da sociedade nem da noção idealista, anacrônica e evidentemente falsa do Estado como entidade situada acima da ordem social e neutralmente responsável por ela". (COELHO, 2003, p. 367.).

[31] Acrescenta MACHADO, Antônio Alberto: "O conhecimento crítico do direito supõe, naturalmente, um saber anti-dogmático em concreto diálogo com as determinantes sociais desse fenômeno. Portanto, o pensamento crítico parte da constatação de que o idealismo jurídico do universo teórico tradicional, limitado pelo conhecimento lógico-formal e meramente descritivo de normas e instituições, tal como positivadas pelo legislador racional, jamais responderá às necessidades empírico-dialéticas de um direito articulado com a base material da sociedade e concebido como instrumento de sua transformação". (MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público**: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 67).

[32] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. rev. e ampl.,Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 287-288.

[33] Diz STRECK, Lenio Luiz: "[…] Esse processo implica a fusão de horizontes entre o novo (tornado visível 'como' novo – o Estado Democrático de Direito e seu perfil transformador) e o velho (compreendido 'como' velho, a partir do dar-se conta das crises de paradigmas antes delineadas). A crise ocorre exatamente nessa transição: o velho não morre, e o novo não nasce; o velho obnubila o novo, pois!". (STRECK, 2004, p. 873).

[34] Assim, afirma Coelho: "São significantes que se reportam a seus referenciais semânticos – a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis –, mas que ao mesmo tempo constituem pontos de vista especiais, instrumentos para pensar o direito. Daí a denominação categorias do pensamento critico ou 'categorias críticas'". (COELHO, 2003, p. 384.).

[35] Opina Coelho: "A sociedade é vista não como ordem e progresso, mas como movimento social, ou seja, organização dos movimentos sociais de grupos marginalizados que tendem à ascensão social, em conflito com indivíduos e grupos que tendem à manutenção do 'status quo'". (COELHO, 2003, p.384.).

[36] Diz Coelho: "A ideologia é a imagem que a sociedade projeta dela mesma e dos indivíduos e agrupamentos que a integram, imagem geralmente inconsciente, manipulada por meio dos instrumentos de que dispõem os segmentos dominantes, no sentido de induzir comportamentos que atendam a seus interesses. Entre esses instrumentos, destacam-se a mídia, a educação e a indústria cultural". (COELHO, 2003, p. 384).

[37] Afirma Coelho: "A alienação é o produto da ideologia, e significa a inconsciência dos membros da coletividade acerca do papel que realmente desempenham na sociedade. Ou seja, existem atitudes, crenças e comportamentos induzidos pela ideologia e aceitos como legítimos, mas que ocultam e dissimulam a atuação verdadeira; por exemplo, o representante político que se diz defensor do povo, mas que na verdade defende interesses particulares, ou o advogado que se julga honesto defensor de seus clientes, mas que se vale da corrupção e da mentira, o industrial que se julga criador de empregos e riqueza do país, mas que contribui para a miséria de populações inteiras na medida em que polui os rios e se entrega a práticas oligopolistas, e o magistrado 'dogmático' que se declara defensor das leis, em nome da certeza jurídica e da segurança jurídica, e ao mesmo tempo ignora as exigências da justiça material e os valores mais altos que pairam acima das leis, o juiz que se isola em sua solidão e não se mistura com o povo, em nome de falsa neutralidade ideológica". (COELHO, 2003, p. 384-385.).

[38] Conferindo Coelho: "Finalmente, a práxis é a união entre o saber e o fazer. Equivale à dimensão ética da teoria crítica e importa a irrenunciável tarefa de engajamento político do jurista na defesa dos direitos fundamentais do homem, como ser humano e como cidadão, e a utilização das expressões históricas do direito para construção e reconstrução da sociedade e do próprio direito como justiça". (COELHO, 2003, p. 385.).

[39] Nesse sentido, afirma Coelho: "[…] a dialética da participação exige a elaboração de categorias que só ganham sentido enquanto instrumentos de uma realidade histórica concreta, a qual por sua vez também só ganha sentido quando assumida pelos agentes envolvidos, de modo consciente, na práxis transformadora: ou seja, as categorias elaboradas por essa dialética da transformação não são apenas intérpretes da realidade, mas indicadoras de uma estratégia política que catalisa o saber articulado com o fazer. São as categorias do pensamento crítico, ou 'categorias críticas'." (COELHO, 2003, p. 45-46.).

[40] ALMEIDA, Gregório Assagra de: "[…] o modelo da *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado, que ganhou corpo no Estado Absolutista e se consagrou no Estado Liberal de Direito, é atualmente um dos principais obstáculos ao

combate à pobreza e às desigualdades sociais". (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 415).

[41] Acrescenta Andrade Nery: "A estrutura técnico-normativa do Estado nazista autorizava muitas das condutas hoje identificadas como repugnantes e aviltantes do homem e de sua dignidade. A estrutura técnico-normativa do nazismo era técnica, mas não científica". (ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Noções preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22-23.).

[42] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11-12.

[43] Concluiu Cappelletti: "Nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do 'resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado', com a 'doutrina do silogismo judicial segundo a qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo [...]. Não menos importante é o fato de que nesta impostação formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos". (CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.).

[44] Nesse sentido, conferir: BERIZONCE, Roberto Omar. **Efectivo acceso a la justicia**: prólogo de Mauro Cappelletti. La Prata: Librería Editora Platense, 1997. p. 11.

[45] BERIZONCE, 1997, p. 11-12.

[46] Acrescenta Cappelletti: "Em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, 'autopoético', mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política: se afirma, assim, aquilo que foi chamada a Concessão 'Contextual' do direito. Para dar um exemplo, não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos: estes vão integrar, afirmo, na visão de alguns destes atores (partes, juiz, testemunhas etc), das instituições e dos procedimentos examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos, a 'acessibilidade', em suma, do fenômeno processual ao indivíduo, aos grupos, e à sociedade". (CAPPELLETTI. 1991, p. 146.).

[47] Afirma Cappelletti: "A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do 'tempo', necessário para obter o resultado desejado, dos 'custos' a afrontar, das 'dificuldades' também psicológicas a superar, dos 'benefícios' obtidos, etc." (CAPPELLETTI. 1991, p. 146.).

[48] A respeito da importância da justiça do caso concreto e sustentando a ideia do formalismo-valorativo com uma nova fase do direito processual, escreveu com precisão Oliveira: "O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.).

[49] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 33.

[50] Explica Bonavides: "[...] na Velha Hermenêutica 'interpretava-se' a lei, e a lei era tudo, e dela todo podia se retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, 'concretiza-se' o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional". (BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 633.).

[51] Escreveu Viehweg: "Aristóteles introduziu em seu próprio trabalho filosófico o estilo mental dos sofistas e dos retóricos, sobretudo quando teve que tratar de uma minuciosa discussão de problemas. As investigações sobre as aporias no livro terceiro da Metafísica são um bom exemplo disso. Nasceu assim seu famoso método de trabalho aporético (1), que é exemplar para a filosofia moderna (24). O termo aporia designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a 'falta de um caminho', a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina 'dubitario'. (2). A tópica pretende fornecer indicações de como se comportar em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É, portanto, uma técnica do pensamento problemático". (VIEHWEG, Teodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 33.).

[52] ALMEIDA, 2008, p. 280-287.

[53] Disse Bobbio: "Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados [...]". (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**.

Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.).

[54] ALMEIDA, 2008, p. 284-287.

[55] Nesse sentido, nos diz Streck: "A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações. Por isso, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – 'o resultado do seu resultado', que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que 'cercam' desde sempre o intérprete". (STRECK, 2005, p. 541.).

[56] Ressaltou Hesse: "[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado". (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.).

[57] Para Oliveira, estamos agora numa quarta-fase do direito processual, a do formalismo-valorativo, onde o processo: "[...] é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza . Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o segurança, dão lugar a direitos humanos, com características de normas principais. A técnica passa segundo plano, como mero meio para atingir o valor". (OLIVEIRA, 2009, p. 3.).

[58] Gustin: "Afirma-se, de antemão, que as necessidades humanas básicas diferem dos interesses e desejos. Enquanto as necessidades parecem referir-se aos constrangimentos à obtenção ou ao atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais, os interesses e desejos dizem respeito à esfera precípua da volição. Portanto, justificam-se em razão de fins individuais, contrariamente às necessidades, que são generalizantes". (GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 9.).

1.8. Alguns fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público

A importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público

Já afirmamos que o Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da CF/88, uma grande instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essas diretrizes constitucionais demonstram a importância da preocupação com a legitimação social do Ministério Público como instituição.

O fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo não impede, porém, que a Instituição tenha legitimação social. Primeiro porque o acesso à Instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois, porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

Não é, contudo, qualquer tipo de atuação que irá constituir-se em fator de ampliação da legitimação social do Ministério Público, daí a importância em se compreender o verdadeiro perfil constitucional da Instituição e suas dimensões no novo constitucionalismo.

Partindo dessa nova leitura constitucional dos compromissos e dos desafios do Ministério Público brasileiro, apresentaremos, na sequência, alguns fatores constitucionais importantes para a ampliação da sua legitimidade social. Outros existem, mas escolhemos mostrar aqueles que consideramos mais relevantes nesta etapa de maturação e de construção do Ministério Público como instituição constitucional.

Priorização da atuação preventiva

[1)]

O Ministério Público brasileiro já passou por alguns grandes momentos históricos. O primeiro deles pode ser apontado como o de reconhecimento como instituição, o que aconteceu com o advento da república, durante o Governo Provisório, por força do trabalho do então Ministro Campos Salles. O segundo pode ser indicado como sendo o decorrente da Lei Complementar Federal nº 40/81, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o MP nacional e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. Um terceiro grande momento ocorreu com o advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses e dos direitos difusos e coletivos, além de ter criado o inquérito civil. O Ministério Público começa a ter aqui função promocional de transformação da realidade social. Um quarto momento pode ser apontado com o advento da CF/88, o mais significativo e transformador de todos, conforme motivos já aduzidos.

Agora entendemos que resta a construção de um quinto grande momento histórico. No entanto, ele não ocorrerá do dia para a noite, nem se dará com uma simples alteração da lei ou da Constituição. Ele se dará com a mudança cultural no seio da Instituição e com a elaboração de técnicas e estudos que possam fazer com que o Ministério Público possa priorizar a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito: a tutela preventiva.

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/88).

Por intermédio da tutela jurídica preventiva, poderá ser atacado diretamente, em uma das suas dimensões, o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela

jurídica repressiva, mais precisamente a indenizatória.

Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente, a saúde do consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a saúde pública, etc.), não são possíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88).

Ora, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito.

Contudo, como é cediço, a atuação da Instituição no País é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social. A prova disso é a atuação criminal, que por natureza é repressiva.

O que adianta punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e de dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? São justamente essas causas que devem ser atacadas como prioridade, inclusive porque a exigência de políticas públicas específicas nesses casos é fundamental.

Além de combater de modo repressivo os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.

Em vez de esperar a aplicação da lei inconstitucional com danos sociais, é mais recomendável que se priorize o controle da constitucionalidade para que seja evitada a aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional.

Essa mudança de paradigma é uma exigência do Estado Democrático de Direito brasileiro, na sua condição de Estado da Justiça material, de Estado da transformação da realidade social.

O Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e a outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CF/88).

O papel do Ministério Público resolutivo, portanto, na defesa dos interesses sociais, deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que venha a se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas específicas do Poder Público, além de atuar diretamente nas investigações das condutas criminosas que mais abalam a sociedade, de forma a combater com rigor e eficiência o crime organizado e permitir que o Direito penal tenha eficácia social.

Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater, de modo articulado e eficiente, as condutas danosas aos direitos massificados[2)].

Na sua atuação extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, o Ministério Público assume função social-pedagógica, mediante a educação da coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E isso a Instituição poderá fazer pelas recomendações, pelas audiências públicas e também pelo termo de ajustamento de conduta.

É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica.

Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, principalmente quanto ao ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se assim a prática

do ilícito, sua continuidade ou repetição.

Exercício da função pedagógica da cidadania: um compromisso constitucional social do Ministério Público (arts. 1º, parágrafo único, 3º, 6º, 127, "caput", e 205 da CF/88

Um dos grandes problemas educacionais no Brasil, talvez um dos mais graves, decorre do fato de nosso ensino ser muito formal e distante dos direitos da cidadania. O aluno, nos ensinos primário e secundário, é obrigado a estudar e a aprender matemática, química e física, mas não aprende o mais importante para a sua convivência social: os direitos e deveres para o exercício da cidadania e da convivência democrática. Ele sai do ensino médio sem saber quais são os seus direitos políticos, os seus principais direitos fundamentais, os seus direitos como trabalhador, como segurado da previdência social, como consumidor, etc. Ele nem sabe quais são as vias legítimas de acesso a esses direitos. Grande parte dos cidadãos brasileiros ainda pensa que o Promotor de Justiça está subordinado ao Juiz. Essa grande massa popular não conhece o Ministério Público, não conhece o Poder Judiciário e nem tem noção dos seus compromissos constitucionais e, assim, não consegue exercer a fiscalização legítima e necessária dessas e de outras instituições constitucionais.

O ensino no País contribui para a exclusão de um grande contingente popular do processo democrático e não cumpre os objetivos e princípios informadores da educação, estabelecidos no art. 205 da CF/88, especialmente o *pleno desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania*[3]. Até que haja a reestruturação do ensino médio no Brasil, a imprensa e as instituições de defesa social, como o Ministério Público, têm um compromisso, imposto constitucionalmente, de contribuir para a divulgação dos direitos e dos deveres inerentes à cidadania, possibilitando que um maior número de cidadãos participem efetivamente do processo de democratização da sociedade brasileira e, com isso, não fiquem dispersos e sujeitos a manobras imorais e espúrias do poder político e econômico[4].

Esse compromisso com *a função pedagógica da cidadania*, além de fundamentar-se no parágrafo único do art. 1º da CF/88, onde está estabelecido que "Todo o poder emana do povo, exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", também é desmembramento do *princípio da solidariedade coletiva*, presente no art. 3º, I, da CF/88, constituindo-se, então, em *direito social fundamental* (arts. 6º e 205, ambos da CF/88), fundado na própria *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/88).

Assim, o exercício da função pedagógica da cidadania está enquadrado no âmbito do rol das matérias de *interesse social*, inserindo-se como um dos deveres constitucionais do Ministério Público, presente no art. 127, caput, da CF/88.

Além das cartilhas cidadãs, da divulgação e da transparência em relação às medidas e às ações da Instituição, o mecanismo da audiência pública é um legítimo canal para que o Ministério Público, em pleno diálogo com a sociedade, possa exercer, efetivamente, essa função pedagógica da cidadania, ampliando a sua legitimação social.

A realização periódica de audiências públicas

O mecanismo da audiência pública é um forte canal de ampliação e de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade, seja por permitir que a Instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e das reclamações da própria sociedade.

A *audiência pública* encontra-se fundamentada no *princípio constitucional do exercício direto da soberania popular*, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. Prevê o referido dispositivo constitucional que "Todo o poder emana do povo, exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si, ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas

adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas[5].

Com efeito, a audiência pública é desmembramento *direto do princípio democrático*, estatuído no art. 1º, *caput*, da CF/88, que tem a cidadania como um dos seus fundamentos (art. 1º, I, da CF/88)[6].

Faz-se importante ressaltar que o *direito à democracia* é apontado por Paulo Bonavides, ao lado dos *direitos à informação e ao pluralismo*, como direito fundamental de *quarta dimensão* (geração), configurando-se como forma de democracia direta que marca o futuro da cidadania e a própria *liberdade de todos os povos*[7].

Assim, *audiência pública* é o mecanismo constitucional por intermédio do qual as autoridades públicas e os agentes públicos em geral abrem as portas do poder público à sociedade para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas várias dimensões, permitindo-se a apresentação de propostas, a apresentação de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de defesa social, de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes.

O Ministério Público pode (e deve) realizar audiências públicas com periodicidade definida. Na condição de instituição de defesa social e de promoção da transformação, com justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127 e 129, todos da CF/88), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela Instituição, conduzindo o *princípio participativo*, desmembramento natural do *princípio democrático*, ao seu grau máximo de efetivação e concretização.

Não há um dispositivo expresso na Constituição que exija a realização de audiências públicas pelo Ministério Público[8], contudo, há um conjunto de direitos, garantias e princípios constitucionais, expressos e implícitos, que impõem a ampliação e a facilitação do exercício direto da democracia pela participação popular, o que deve ser fomentado pelas instituições democráticas de defesa social, como é o caso do Ministério Público.

Entretanto, o fato de a audiência pública estar fundamentada no direito político de participação não significa que ela somente se dirige ao cidadão em seu sentido restrito. Os seus entes representativos, bem como outras pessoas jurídicas dela também podem participar. É o que esclarece Hugo Nigro Mazzilli:

> "Além do membro do Ministério Público, que a presidirá, dos funcionários desta instituição, que darão suporte e apoio ao primeiro, e das pessoas que forem nominalmente convidadas para o evento, ainda poderão participar da audiência, sem caráter taxativo: a) representantes de associações civis interessadas; b) as autoridades públicas interessadas ou que tenham competência para analisar a questão em exame; c) as entidades sindicais relacionadas com o objeto da audiência; d) as universidades ou faculdades, bem como entidades acadêmicas que tenham conhecimento técnicos sobre o tema em questão; e) especialistas, peritos e técnicos, que compareçam sob convite ou espontaneamente; f) qualquer pessoa que tenha interesse geral na questão objeto da audiência"[9].

É o que também dispõe a Resolução PGJ nº 43/2006, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

> "Art. 3º A audiência é aberta a todos os interessados, pessoas físicas, pessoas jurídicas e demais entidades, que deverão assinar lista de presença, sendo que a participação dar-se-á na condição de expositor ou de colaborador, os quais poderão apresentar informações ou propostas orais ou por escrito quanto aos temas a serem abordados".

No plano infraconstitucional, a realização de audiência pública pelo Ministério Público tem amparo em texto expresso de lei. É o que prevê o art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

> "Art. 27 Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
> [...]

> Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:
> […]
> IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *'caput'* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito".

A Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não tem previsão expressa sobre a realização de audiência pública pelo Ministério Público da União; porém, isso não impede que os Ministérios Públicos da União a realizem, conforme muito bem ponderou o Procurador da República, Alexandre Amaral Gavronski:

> "Verdadeiro mecanismo de 'participação' [democracia participativa] do cidadão na tomada de decisões de interesse coletivo, decorrência natural do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), a audiência pública não depende de lei ou regulamento para ter cabimento; esta só é necessária para fazê-la obrigatória. Por tal razão, assume pouca relevância a omissão da Lei Complementar nº 75/93 sobre o assunto, diferentemente da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que inclui explicitamente dentre as funções da Instituição 'promover audiências públicas para, no exercício da defesa dos direitos assegurados na Constituição, garantir-lhes o respeito por parte dos poderes públicos, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam função delegada (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/903). Assim, tratando-se de colaboração da cidadania ao Ministério Público, cabe ao membro com atribuição para a matéria decidir se cabe ou não sua realização"[10].

A audiência pública é mecanismo constitucional fundamental de participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e que se sujeita a vários princípios orientadores. Alguns desses princípios merecem especial destaque:

a) *Princípio democrático* (art. 1º da CF/88). O princípio democrático é o mais importante de todos os princípios; é a cláusula-mãe das audiências públicas, por força do qual se impõe a fomentação da participação popular e, ao mesmo tempo, proíbem-se atitudes restritivas em relação ao acesso à audiência pública.

b) *Princípio da publicidade ampla, irrestrita e popular* (art. 5º, LX, e 37, *caput*, da CF/88). À audiência pública deve ser conferida a máxima publicidade, com sua divulgação por todos os meios legítimos, tais como editais, convites e outros veículos de comunicação.

c) *Princípio do retorno ou da resposta à sociedade ou ao cidadão ou da prestação de contas das medidas e dos resultados* (art. 5º, XXXIV, a, da CF/88). Por força desse princípio, as autoridades públicas devem prestar contas das medidas tomadas bem como, em sendo possível, de quais foram os seus resultados. Esse princípio é desmembramento do direito de petição, na sua condição de garantia constitucional fundamental.

d) *Princípio da periodicidade*. A audiência pública, como é mecanismo constitucional de exercício direto da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e condição legitimadora das instituições democráticas de defesa social, deve ser realizado com periodicidade, atendendo-se as peculiaridades dos interesses sociais de cada região do País.

e) *Princípio da solenidade relativizada*. A audiência pública sempre deve ser presidida por uma ou mais autoridades e deve procurar observar, em prol da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88), um procedimento que lhe permita ter um início, um meio e um fim. Daí o seu caráter solene. Contudo, não se deve imprimir à audiência pública um caráter solene e formal que venha constranger o cidadão e impedir ou dificultar o exercício direto de sua soberania.

f) *Princípio da não taxatividade em abstrato ou da não limitação em abstrato do objeto da audiência pública*. O rol dos direitos e garantias constitucionais é meramente exemplificativo (art. 5º, § 2º, da CF/88). Em relação ao Ministério Público, especialmente, incidem os princípios da não limitação ou da não taxatividade da defesa dos direitos ou interesses individuais indisponíveis e dos direitos ou interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput*,

e art. 129, III, ambos da CF/88). Com base nisso e em outras diretrizes constitucionais, não é permitida a limitação em abstrato do objeto da audiência pública, a qual poderá ser designada para discutir questões relativas tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. Essa orientação não impede a designação de audiência extraordinária para discutir fatos ou temas determinados, tais como um dano ambiental, o funcionamento de um certo hospital, etc.

g) *Princípio do prévio agendamento e da escolha adequada de dia, local e horário que facilite o acesso do público diretamente interessado*. A audiência pública deverá ser designada com uma relativa antecedência da data de sua realização. Com isso, os interessados podem agendar seus compromissos e comparecer ao evento público. A escolha de dia, local e horário tem de ser criteriosa para permitir e facilitar o acesso do público diretamente interessado, em maior número possível[11)].

h) *Princípio da oralidade e da informalidade*. A audiência pública, não obstante seja ato complexo com relativa dose de solenidade decorrente da presença de uma ou mais autoridades que a presidem, é regida pelo princípio da oralidade e da informalidade, impostos como forma de facilitar a ampla participação e o debate do público interessado, o que não significa que não deve haver o registro formal dos atos da audiência[12)] . A gravação da audiência, com a subsequente transcrição da fita, é medida que se impõe.

Por tudo que foi dito, percebe-se que existem múltiplas finalidades das audiências públicas. Entre elas, convém destacar o debate sobre fato determinado, a coleta de propostas ou reclamações, a divulgação de medidas e resultados e o exercício da função pedagógica da cidadania.

Geisa de Assis Rodrigues aponta as funções da audiência pública:

> "[...] a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da Coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada"[13)].

Lei infraconstitucional, decisões judiciais ou medidas administrativas não podem limitar, em abstrato, o objeto da audiência pública, tendo em vista a fundamentação constitucional dos seus princípios orientadores, como os já expostos.

E mais: poderão ser realizadas audiências públicas com periodicidade previamente determinada ou audiências públicas extraordinárias, voltadas para o debate de questões e fatos específicos.

Como mecanismo constitucional que é, a realização de audiência pública poderá se dar de ofício pelos órgãos das instituições democráticas de defesa social bem como mediante provocação de interessado ou interessados.

Em relação ao Ministério Público, a audiência pública poderá ser realizada também no curso ou no final do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo assim como fora deles para, entre outras finalidades, colher elementos para a elaboração de programas de atuação funcional da Instituição, gerais, regionais ou locais ou ainda para a divulgação de medidas e resultados dos trabalhos institucionais.

Precisamente no âmbito da tutela coletiva pelo Ministério Público Federal, aduziu Alexandre Amaral Gavronski:

> "Como já referido, a tutela coletiva põe o membro do Ministério Público Federal frente a questões de grande interesse social, estranhas ao Direito e relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade. Para atuar nessas questões, a audiência pública é um excelente instrumento a nosso dispor se o objetivo for buscar informações gerais junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências), identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade

> interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao membro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos"[14].

Hugo Nigro Mazzilli, ao escrever sobre o objeto das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público, conclui:

> "Já no que diz respeito às audiências públicas a cargo do Ministério Público, o objeto não é, naturalmente, o mesmo das audiências públicas de caráter político-governamental; as audiências públicas cometidas ao Ministério Público são apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)[15].

Inúmeras são as finalidades das audiências públicas que poderão ser realizadas pelo Ministério Público[16]. Todavia, duas delas merecem especial destaque. A primeira é a elaboração dos Programas de Atuação Funcional. Com base nas propostas e reclamações colhidas em audiências públicas, o Ministério Público elaborará os seus Programas de Atuação Funcional (geral, regional e local), de forma a atuar em sintonia com as reais necessidades sociais. A segunda é a função pedagógica da cidadania a ser exercida pelo Ministério Público perante os cidadãos e seus entes representativos.

Por intermédio da audiência pública, os órgãos do Ministério Público podem dialogar com a sociedade, divulgando seus direitos e deveres, especialmente os constitucionais fundamentais, de forma a permitir a sua compreensão e ampliar o seu exercício pelo cidadão comum que não teve oportunidade de passar por uma instrução que siga os princípios informadores constantes do art. 205 da CF/88[17].

Combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, "caput", da CF/88): da perícia para as estatísticas e os indicadores sociais – necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária

A promoção social está no núcleo do novo perfil constitucional do Ministério Público. A defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirma o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88).

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no art. 3º da CF/88, também vinculam o Ministério Público.

Para Marcelo Pedroso Goulart:

> "Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no 'movimento catártico' que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas

> instituições do 'momento corporativo' e particularista para o 'momento ético-político' de modificação do real"[18].

Todavia, adverte Goulart que o Ministério Público ainda não conseguiu superar muitas barreiras: a velha Instituição (pré-88) morreu, porém o novo Ministério Público (pós-88) ainda não se firmou:

> "No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o 'momento corporativo', fato que impõe a aceleração do 'movimento catártico interno'. Do contrário, a 'passividade' poderá tomar conta da Instituição, levando-a à 'impotência objetiva', ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de 'comportamento passivo-impotente' poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público"[19].

Portanto, para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional não mais se sustenta o modelo institucional antigo que ainda se arrasta pelo País. É preciso avançar no planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional.

A atuação repressiva, amparada geralmente nas espécies clássicas de prova (prova pericial, prova testemunhal, etc.) deve ceder espaço para a atuação baseando-se nas estatísticas e dos indicadores sociais[20].

Para tanto, é imprescindível que o Ministério Público, em todas as suas esferas, constitua núcleos de estudos e estatísticas de atuação funcional e ainda realize parcerias importantes com centros de estudos e pesquisas bem como com universidades que possam fornecer-lhe elementos que deem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais[21].

Torna-se imperioso, também, que o Ministério Público acompanhe e fiscalize a elaboração e o cumprimento dos orçamentos públicos, garantindo a aplicação das verbas públicas necessárias para atender aos ditames constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente os elencados no já referido art. 3º e nos arts. 5º e 6º, todos da CF/88. A atuação da Instituição, nesse âmbito, poderá ser extrajurisdicional e jurisdicional. No plano extrajurisdicional, o Ministério Público deverá acompanhar a votação orçamentária, participando das propostas de inserção de políticas públicas específicas, socialmente necessárias, além da utilização dos mecanismos da recomendação e do TAC visando à realização de políticas públicas a serem contempladas nos orçamentos públicos. Poderá, ainda, realizar audiências públicas para colher reclamações e propostas objetivando o controle orçamentário. No plano jurisdicional, o Ministério Público poderá mover ações coletivas com pedidos de tutelas específicas, especialmente o de tutela inibitória, para garantir o cumprimento orçamentário adequado. Contudo, a falta de previsão orçamentária não poderá ser obstáculo à atuação do Ministério Público, especialmente no âmbito dos direitos coletivos, inseridos na CF/88 como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata (Título II, Capítulo I, art. 5º, § 1º). Nos casos de políticas públicas específicas e socialmente necessárias, o Ministério Público tem o dever constitucional, em razão do seu compromisso com os interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF/88), de atuar para garantir a sua implementação tempestiva e adequada.

Nesse sentido, já aduzimos:

> "Falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantias constitucionais fundamentais. A impossibilidade, que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente"[22].

O combate articulado e efetivo à sonegação fiscal, extrajurisdicional e jurisdicional, também é um caminho útil

para garantir a ampliação das receitas do Estado e o cumprimento orçamentário.

A respeito do controle orçamentário pelo Ministério Público, aduziram Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto:

> "O Ministério Público tem papel importante na manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme prevê a própria Constituição em seu art. 127, *caput*. Nesta senda, uma das vertentes mais importantes para a concretização deste Estado Democrático de Direito é a utilização, de modo transparente, conforme os ditames da Boa Governança, do orçamento público [...]. Destarte, o Ministério Público tem importante atuação no campo atinente ao Orçamento Público, uma vez que ele atua tanto (i) na questão da captação de receita (fiscalização da sonegação, firmatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta para regularizar situações potencialmente ilícitas), bem como na (ii) indução da 'boa' despesa, seja em âmbito institucional interno ou junto a outros órgãos públicos, tanto na esfera do Executivo (indução de políticas públicas), do Legislativo (indução de processos legiferantes tendentes à promulgação de leis com temática específica) ou do Judiciário (utilização dos meios e instrumentos judiciais para concretizar disposições orçamentárias e legais)"[23].

Portanto, não mais se sustenta a predominância de uma atuação repressiva condutora da continuidade das injustiças sociais. É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito com base nos indicadores sociais e nos diagnósticos sociais específicos, os quais necessitam ser realizados com certa periodicidade pela Instituição por intermédio de suas parcerias.

Só assim o Ministério Público conseguirá assumir e exercer, efetivamente, a sua mais nobre função constitucional: a promoção da justiça social.

Nesse sentido, conclui Marcelo Pedroso Goulart:

> "De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes 'agentes da vontade política transformadora', cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a 'estratégia institucional'"[24].

Provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional (abstrato/concentrado e difuso/incidental) e extrajurisdicional da constitucionalidade

Na condição de guardião da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público na proteção da Constituição, o que se dá tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental da constitucionalidade. Também é fundamental a atuação da Instituição no controle extrajurisdicional da constitucionalidade, que poderá ocorrer pela expedição de recomendação para provocar, perante o Poder Legiferante, o autocontrole da constitucionalidade, bem como por intermédio da tomada de Termo de Ajustamento de Conduta, que é, também, um excelente mecanismo para viabilizar o controle extrajurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição Federal prevê expressamente um sistema de controle concentrado, que é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a", § 1º e § 2º, e art. 103, ambos da Constituição Federal/88), na sua condição de Corte Constitucional Nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como Cortes Constitucionais Regionais (art. 125, § 2º, da Constituição Federal/88). Esse mecanismo processual de proteção em abstrato e concentrado contra a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, exercido perante as Cortes Constitucionais, não exclui a existência de outras formas de controle, tais como os exercidos pelos próprios Poderes Legiferantes, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo,

neste caso por meio do exercício do poder do veto. O referido mecanismo não exclui, ainda, o controle difuso e incidental da constitucionalidade, que possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88)[25].

Assim, sendo possível, é até mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante – seja por intermédio da revogação, seja por intermédio da alteração, para adequação ao sistema constitucional, de lei ou ato normativo apontado como inconstitucional.

Com efeito, é mais razoável provocar, primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte Constitucional competente.

O Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para controle abstrato e concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos perante as Cortes Constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição Federal/88, e dos arts. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal 75/93, e 25, I, da Lei Federal nº 8.625/93. Contudo, essa atribuição do Ministério Público não exclui a utilização de outros mecanismos pela Instituição, especialmente quando voltados para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente. Portanto, quando desrespeitados os direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da Constituição Federal/88).

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *Recomendação*, que poderá ser dirigida aos Poderes Públicos em geral e mesmo aos particulares, a fim de que sejam respeitados os direitos assegurados constitucionalmente[26]

O vício da inconstitucionalidade é o mais grave no âmbito de uma ordem jurídica democrática que valoriza a Constituição como a base do sistema. É por intermédio do controle da constitucionalidade que se faz observar a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade, já consagrados constitucionalmente.

Daí a importância da priorização, do planejamento e da sistematização dessa atribuição constitucional pelo Ministério Público na sua função de guardião da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/88)[27].

Ampliação e estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo: necessidade de sistematização e maior investimento na atuação extrajurisdicional

O modelo tradicional e antigo do Ministério Público, de caráter demandista, ainda é o que prevalece. Em inúmeras situações, os membros dessa Instituição, com destaque para as comarcas do interior, estão sobrecarregados de atribuições processuais em demandas judiciais.

Nessas hipóteses, a atuação resolutiva, no plano extrajurisdicional, acaba sendo prejudicada, impedindo a devida inserção social da Instituição ministerial. E o pior: o Poder Judiciário vive uma verdadeira crise de efetividade, o que acaba por recair também sobre o Ministério Público e, nesses casos, em dose muito pesada, principalmente em razão do interesse social, que está quase sempre presente nas demandas judiciais que justificam a sua atuação.

A atuação extrajudicial, por intermédio das recomendações, dos inquéritos civis, das audiências públicas e/ou dos termos de ajustamento de conduta, é uma via necessária e muito eficaz para o Ministério Público cumprir os seus compromissos constitucionais perante a sociedade e ter ampliada a sua legitimidade social.

Por isso, é imprescindível a sistematização e a ampliação do investimento para estender e fortalecer a atuação extrajurisdicional do Ministério Público. A mudança cultural interna para a compreensão do modelo de Ministério Público resolutivo faz-se necessária, especialmente com o preparo de seus membros e servidores para o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos sociais.

Atuação vinculada à especificação funcional da Instituição

O novo modelo constitucional implantado na CF/88 para o Ministério Público vincula sua atuação e revela a real dimensão da sua especificação funcional. O art. 127, *caput*, da CF/88 é a cláusula-mãe de toda e qualquer atribuição do Ministério Público, seja no plano da sua normatização em abstrato, seja no da sua aferição concreta. A cláusula aberta de encerramento das atribuições institucionais previstas no art. 129, IX, da CF/88, deve ser lida em perfeita sintonia com o art. 127, anteriormente citado.

Com efeito, a base da especificação funcional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qualquer espécie de atuação institucional deve estar atrelada a essas diretrizes constitucionais. As atribuições arroladas no art. 129 da CF/88 estão em perfeita correlação com o art. 127, *caput*, desta Carta Magna.

Uma lei infraconstitucional não poderá conferir ao Ministério Público atribuição que não esteja seguindo essas diretrizes principiológicas. Leis anteriores à Constituição de 1988 que se divorciavam do novo modelo constitucional não foram recepcionadas. Tudo isso decorre da força normativa e irradiante da Constituição, nos termos apresentados pelo neoconstitucionalismo.

Convém destacar que o membro do Ministério Público e a Instituição em si devem tomar o cuidado necessário para não desvirtuarem, em suas atuações estratégicas, essa especificação funcional estabelecida na Lei Fundamental. Por exemplo, os *problemas de caixa* do Governo e as dificuldades administrativas do Poder Público em geral não podem servir de parâmetro para justificar a não atuação do Ministério Público; caso contrário, a Instituição estaria desvirtuando a sua especificação funcional ao levar em conta, para justificar sua omissão, problemas que estão relacionados com a especificação funcional de outra instituição, no caso o Poder Executivo.

O acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais

Para o jurista Marcelo Zenkner, o Ministério Público precisa ingressar em uma nova fase, em que são fundamentais os resultados adequados e efetivos da sua atuação funcional. Em palestra proferida no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, afirmou Zenkner que não é suficiente que o membro da Instituição simplesmente ajuíze a ação e passe para o Poder Judiciário o problema. Torna-se cogente, como fator de ampliação da sua legitimação social, que ele também acompanhe efetivamente a tramitação processual e tome medidas para garantir o rápido e adequado andamento processual bem como a execução dos provimentos jurisdicionais, especialmente no que tange aos processos coletivos, em razão dos seus impactos sociais[28]. Estamos de pleno acordo com o talentoso jurista, que tem dedicado parte dos seus estudos para aprimorar a efetividade da atuação do Ministério Público[29]. Em tempos atuais, a leitura do direito não mais se sustenta no plano abstrato. O plano da concretização é fundamental para compreensão do direito no neoconstitucionalismo.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam a importância do acesso à Justiça como novo método de pensamento para a revisitação da filosofia do direito e da própria teoria geral do direito:

> "[…] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos"[30].

É importante também que o membro da Instituição acompanhe toda a instrução do processo e diligencie para a produção necessária das provas a fim de alcançar o resultado adequado da prestação jurisdicional. Nos tribunais, é relevante o acompanhamento dos recursos e das ações de competência originária pelo órgão da Instituição, que deverá até mesmo fazer sustentação oral nas hipóteses cabíveis.

Adequação da independência funcional do Órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição

O planejamento estratégico da atuação funcional deve vincular todos os órgãos do Ministério Público. Não pode o órgão de execução alegar a independência funcional para deixar de cumprir as estratégias de atuação funcional da Instituição, presentes nos seus planos e programas de atuação.

Nesse sentido, Marcelo Pedroso Goulart propõe uma revisitação à leitura dos princípios institucionais do Ministério Público. Diz ele que, no âmbito do seu objetivo estratégico de promoção da transformação social, tal Instituição Pública deve definir políticas públicas nos seus *Planos e Programas de Atuação Institucional*, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e até da Administração Superior. Essas metas prioritárias devem ser seguidas pela Instituição e por seus membros como decorrência do *princípio da unidade* institucional. Para o autor, o *princípio da unidade* ganhou na CF/88 conotação política que supera as dimensões meramente administrativas presentes em sua concepção clássica, passando a informar e a orientar a própria atuação político-institucional do Ministério Público[31]. Afirma, também, Marcelo Goulart que o princípio da independência visa a garantir ao órgão da Instituição o exercício independente das suas atribuições funcionais:

> ”[…] tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito“[32].

A independência funcional seria, nesse sentido, uma garantia da própria sociedade antes mesmo de ser uma garantia do membro do Ministério Público, conforme conclui Marcelo Goulart:

> “O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público”[33].

Formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e dos servidores do Ministério Público

Para que haja a concretização do novo Ministério Publico, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público.

Conforme bem ressaltou Jorge Alberto de Oliveira Marum:

> ”[…] democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Daí a profunda ligação entre o regime democrático, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos“[34].

Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e dos servidores do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística, fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na Instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos.

Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e os servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da Instituição.

Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a Engenharia, a Biologia, Agronomia, Sociologia, Economia, Ciência Política, Geologia, etc.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e o revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.

A compreensão das diretrizes do novo constitucionalismo, com destaque para a nova *summa divisio* constitucionalizada no País[35], já apresentada neste texto, bem como a consciência crítica das verdadeiras causas geradoras dos problemas sociais devem estar presentes nos cursos, seminários e eventos do Ministério Público.

Sustentando a necessidade de uma formação crítica e transdisciplinar do órgão do Ministério Público, afirma Antônio Alberto Machado:

> "Pensamos que a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988 e legislação subseqüente, institucionalizando conflitos coletivos e operando instrumentais com caráter jurídico-político, 'na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais', apesar de sua cultura formalista e unidimensional, está em condições de fazer do 'Promotor de Justiça' um operador do direito consciente de suas funções não só jurídicas, mas também políticas e sociais, pelo relacionamento transdisciplinar que doravante estará forçado a fazer entre a estrutura normativa do direito que aplica e as estruturas sociopolíticas que estão na gênese dos conflitos coletivos"[36].

Revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais

É fundamental a releitura e a reestruturação da atuação do Ministério Público no processo civil como órgão interveniente, com base na teoria dos direitos fundamentais, especialmente naquilo que se relaciona com o direito à vida e sua existência com dignidade, núcleo básico e irradiante do sistema constitucional.

Considerando que os direitos ou os interesses coletivos também são direitos fundamentais, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88, cabe destacar também as hipóteses de presença de interesse social, tais como as situações em que esteja presente, no processo civil, a necessidade de aferição da função social da propriedade, da função social do contrato e da função social da empresa. Nessas hipóteses, também é necessária a participação interveniente do Ministério Público no processo civil (art. 127, *caput*, da CF/88).

Utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação da Instituição

O rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público não é exaustivo, o que também ocorre em relação às suas atribuições constitucionais, consoante se interpreta do art. 129, IX, da CF. Ademais, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais são consagrados tanto em dimensão formal quanto em dimensão material, nesse caso pela adoção da cláusula aberta prevista no § 2º do art. 5º da CF/88. Com efeito, tudo isso impõe uma atuação criativa do Ministério Público, tanto no plano jurisdicional quanto no extrajurisdicional, sendo que neste a Instituição assume verdadeira função resolutiva.

Além do inquérito civil, da recomendação e do termo de ajustamento de conduta, que possuem amparo no texto constitucional e no infraconstitucional, outros mecanismos legítimos, fundamentados no interesse social, poderão ser utilizados pelo Ministério Pública para a defesa da sociedade (art. 1º, 3º, 127, *caput*, e art. 129, II, III

e IX, todos da CF/88). Com base na multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, as técnicas de atuação devem ser flexibilizadas para atender às necessidades do direito material. Outras técnicas legítimas de atuação também poderão ser utilizadas para atender às necessidades dos direitos e das garantias fundamentais, mesmo que não previstas expressamente em lei, como ocorre com a utilização de projetos sociais como legítimos mecanismos de atuação social pelo Ministério Público.

Os projetos sociais são verdadeiros mecanismos legítimos que poderão potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente na promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (art. 3º, art. 127, *caput*, e art. 129, todos da CF/88).

Nesse sentido foi pautado o belíssimo trabalho teórico, amparado em experiências concretas, desenvolvido pelo Promotor de Justiça, em seu mestrado, Paulo César Vicente Lima. O referido promotor de justiça coordenou vários projetos sociais junto à Bacia do Rio São Francisco, com excelentes resultados concretos, utilizando-os como mecanismo de atuação do Ministério Público, acabando por desenvolver sua pesquisa científica a partir dessas experiências concretas. [37)]

Foi elaborada recentemente, por exemplo, a Carta das Famílias, como resultado do I Simpósio dos Direitos das Famílias, realizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na qual consta a utilização de Projetos Sociais como um dos mecanismos de atuação na tutela coletiva no direito das famílias, conforme registra um dos seus enunciados:

> "Enunciado 4. O órgão do Ministério Público com atribuição na área da tutela do Direito das Famílias poderá instaurar inquérito civil, expedir recomendações, tomar termo de ajustamento de conduta, coordenar projetos sociais e ajuizar ações coletivas, entre elas a ação civil pública (arts. 3º, 127, *caput*, 129, III, da CF/1988 e art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). (aprovado por unanimidade)".

Essa mesma orientação está presente no inciso XV do art. 4º da Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010, que criou, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias.

Conclusões

- 1. O neoconstitucionalismo, surgido a partir das concepções filosóficas que compõem do pós-positivismo jurídico, coloca a Constituição no centro do sistema jurídico, conferindo-lhe força normativa vinculatória e irradiante sobre toda ordem jurídica.
- 2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inserida no novo constitucionalismo, adotou uma nova *summa divisio* no Título II, Capítulo I, alçando os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais.
- 3. Todas as diretrizes principiológicas e interpretativas do neoconstitucionalismo devem servir de parâmetros para a aferição do novo perfil constitucional do Ministério Público brasileiro.
- 4. O Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988 passou a ser instituição de promoção da transformação da realidade social, assumindo natureza institucional autônoma que o retira da Sociedade Política e o insere, no plano da sua atuação funcional, na Sociedade Civil.
- 5. Com a CF/88 passaram a existir nitidamente dois modelos constitucionais do Ministério Público: o demandista, de atuação jurisdicional, e o resolutivo, de atuação extrajurisdicional.
- 6. A partir da CF/88, o Ministério Público abandonou a função de mero *custos legis* para assumir a função *custos societatis* e guardião da ordem jurídica (*custos juris*).

- 7. O Ministério Público é instituição permanente, de forma que ele e as suas atribuições, princípios e garantias constitucionais são cláusulas pétreas (superconstitucionais).

- 8. Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais) poderão ser ampliados, mas não poderão ser eliminados ou restringidos.

- 9. A multifuncionalidade da teoria dos direitos e das garantias fundamentais deve exercer enorme influência nas técnicas de atuação do Ministério Público, especialmente para que a Instituição consiga atuar de modo a promover a transformação social. Assim, o Ministério Público deverá ter criatividade para se utilizar de novas técnicas procedimentais para cumprir sua missão constitucional, por exemplo, a via dos projetos sociais como novos mecanismo de atuação funcional.

- 10. No que tange aos direitos e às garantias constitucionais fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 *segue o modelo misto*, *eclético ou conciliatório*, mas com algumas peculiaridades importantes: primeira delas decorre do compromisso constitucional com a transformação da realidade social, manifestado em um conjunto de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, muito bem delineado no art. 3º da CF/88; a segunda é fruto da inserção, inédita em nossa história, dos direitos ou interesses coletivos como direitos fundamentais, que passam a compor o núcleo principal, com eficácia irradiante máxima, do sistema jurídico brasileiro, conforme previsto no Título II, Capítulo I, da CF/88[38] – sobressai aqui o papel de destaque conferido ao sistema de tutela coletiva, também integrante do núcleo central da ordem jurídica brasileira e diretamente ligado à transformação da realidade social. Nesse contexto, é destacado o projeto constitucional conferido ao Ministério Público, um dos principais protagonistas da tutela coletiva do País (arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da CF/88).

- 11. Existem vários fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público, sendo que a preocupação com esses fatores é muito importante para a concretização do novo perfil constitucional da Instituição, especialmente no que tange à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF).

- 12. Entre outros, seriam fatores constitucionais de ampliação da legitimação social do Ministério Público:
- a) a priorização da atuação preventiva;
- b) o exercício da função pedagógica da cidadania;
- c) a realização periódica de audiências públicas;
- d) o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais, especialmente por intermédio da fiscalização orçamentária;
- e) a provocação articulada e sistematizada do controle da constitucionalidade;
- f) a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutivo;
- g) a atuação vinculada à especificação funcional da Instituição;
- h) o acompanhamento da tramitação processual e a fiscalização da execução dos provimentos jurisdicionais;
- i) a adequação da independência funcional do órgão do Ministério Público ao planejamento funcional estratégico da Instituição;
- j) a formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público;
- k) revisitação da atuação como órgão interveniente no processo civil com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais;
- l) utilização dos projetos sociais como novos mecanismos de atuação constitucional da Instituição.

---

[1] Sobre o tema, conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: **MPMG Jurídico**. Ano I, n. 1, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ed. 001, setembro 2005, p. 13-16. Também vale conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações**

constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 151-154.

[2] A respeito desse novo perfil constitucional do Ministério Público, escreve Tepedino: "[...] o Ministério Público deixa de atuar simplesmente nos momentos patológicos, em que ocorre lesão a interesse público, sendo convocado a intervir de modo permanente, promovendo o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento". (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 300.).

[3] Estabelece o art. 205 da CF/88: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Ao comentar o dispositivo, escreveu Silva: "O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais". (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 784-785.).

[4] Ao sustentarem a necessidade de um pensamento complexo, escreveu Morin: "O conhecimento deve certamente utilizar a abstração, mas procurando construir por referência do contexto. A compreensão dos dados particulares necessita da ativação da inteligência geral e a mobilização dos conhecimentos de conjunto. Marcel Mauss dizia: 'É preciso recompor o todo'. Acrescentemos: é preciso mobilizar o todo. Certamente, é impossível conhecer tudo do mundo, bem como apreender suas transformações multiformes. Mas, por mais aleatório que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo deve ser perseguido, sob pena da imbecibilidade cognitiva. Tanto mais que hoje o contexto de todo conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico constitui o próprio mundo. É o problema universal para todo cidadão: como adquirir a possibilidade de articular e organizar as informações sobre o mundo. Mas para articulá-las e organizá-las é preciso uma reforma do pensamento". (MORIN, Edgar. O pensamento complexo, um pensamento que pensa. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. Trad. de Nirimar Maria Falci. 3 ed. São Paulo: Peirópolis, 2000. p. 207-208.).

[5] Sobre o exercício do poder diretamente pelo povo, aduz Silva: "O poder que o povo exerce diretamente. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos 'democracia semidireta', que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: a iniciativa popular, pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo de lei ao Legislativo; o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo devem ser subjetivos à vontade popular; o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere porque este ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida [...]". (SILVA, 2005, p. 40-41.).

[6] Sustenta Rodrigues: "A audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual [...]". (RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94.).

[7] Afirma Bonavides: "A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema [...]". (BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 525-526.).

[8] O art. 58, § 2º, da CF/88, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional

[9] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 330.

[10] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Tutela coletiva**: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006. p. 90-91.

[11] Gavronski demonstra, com muita precisão de raciocínio, a necessidade de expedição de convite ao público com a antecedência necessária e a escolha do local que facilite o acesso dos interessados. (GAVRONSKI, 2006, p. 92.).

[12] A respeito da oralidade e da informalidade da audiência pública, explica Rodrigues: "O que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside, sobre uma medida administrativa qualquer que tenha repercussão social. Na audiência púbica, ao mesmo tempo que se informa o ter e implicações da medida administrativa analisada, se consulta a opinião sobre o assunto, sem contudo haver a vinculação da vontade do administrador, posto que na audiência pública se tem voz mas não voto. Não se confunde com os atos de colegiados públicos nos quais só participa quem é formalmente autorizado. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática". (RODRIGUES, 2002, p. 95.).

[13] RODRIGUES, 2002. p. 95.

[14] GAVRONSKI, 2006, p. 89-90.

[15] MAZZILLI, 1999, p. 326-327.

[16] Afirma Mazzilli: "Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembléia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional". (MAZZILLI, 1999, p. 327.).

[17] ALMEIDA; SOARES JÚNIOR; GONÇALVES, 2006, p. 13-14.

[18] GOULART, Marcelo Pedroso. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. In: **Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público**: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007. p. 713.

[19] GOULART, 2007, p. 713-714.
[20] A respeito do surgimento dos indicadores sociais e da sua importância para demonstrar que crescimento econômico não é evidência certa da melhoria das condições de vida das pessoas, escreve Jannuzzi: "O aparecimento e o desenvolvimento dos indicadores sociais estão intrinsecamente ligados à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX. Embora seja possível citar algumas contribuições importantes para a construção de um marco conceitual sobre os indicadores sociais nos anos 20 e 30, o desenvolvimento da área é recente, tendo ganhado corpo científico em meados dos anos 60 no bojo das tentativas de organização de sistemas mais abrangentes de acompanhamento das transformações sociais e aferição do impacto das políticas sociais nas sociedades desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nesse período começaram a se avolumar evidências do descompasso entre crescimento econômico e melhoria das condições sociais da população em países do Terceiro Mundo. A despeito do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), persistiam altos os níveis de pobreza e acentuavam-se as desigualdades sociais em vários países. Crescimento econômico não era, pois, condição suficiente para garantir o desenvolvimento social [...]". (JANNUZZI, Paulo Martino. **Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em: <http:comciencia.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>. Acesso em: 03 jun. 2008.).
[21] Esclarece Jannuzzi: "Diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, as estatísticas sociais, econômicas e demográficas usadas para construção dos indicadores são produzidas, compiladas e disseminadas por diferentes agências, situadas em âmbito federal ou estadual. Através de uma rede capilarizada pelo território nacional, com delegacias estaduais e agências municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cumpre seu papel de agente coordenador do Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas, como produtor de dados primários, compilador de informação proveniente de ministérios e como agente disseminador de estatísticas. As agências estaduais de estatísticas também compilam uma ampla variedade de dados administrativos produzidos pelas secretarias de Estado e, em alguns casos, também produzem dados primários provenientes de pesquisas amostrais. Alguns ministérios e secretarias estaduais também têm órgãos encarregados da produção ou organização de seus dados administrativos. Assim, o IBGE, agências estaduais de estatísticas e ministérios/secretarias integram, pois, o Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas no Brasil". (JANNUZZI, 2008.).
[22] ALMEIDA, 2008, p. 334.
[23] WEINGARNER NETO, Jaime; VIZZOTTO, Vinícius Diziz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 292-293.
[24] GOULART, 2007, p. 713.
[25] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 690-691.
[26] Sobre o assunto, conferir: : ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: **MPMG Jurídico**. Ano I, n. 1, Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ed. 001, setembro 2005. p. 16-17. Também conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 770-773.
[27] Nesse sentido, cabe destacar que foi criada, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade (Resolução PGJ-MG nº 75/2005), com as finalidades apresentadas.
[28] A palestra foi proferida na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no dia 22 de janeiro de 2008, às 14h, para o curso de formação dos novos Promotores de Justiça do XLVII Concurso, com o seguinte título: Inquérito civil: técnicas de investigação em improbidade administrativa, formalização de TAC e de Recomendação.
[29] Vale a pena destacar, para conferir, a seguinte obra do autor: ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[30] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12.
[31] Conceitua Goulart: "PRINCÍPIO DA UNIDADE - a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República". (GOULART, 2007, p. 714.).
[32] GOULART, 2007, p. 715.
[33] GOULART, 2007, p. 715-716.
[34] MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos. Campinas: Bookseller, 2006. p. 395.
[35] ALMEIDA, 2008.
[36] MACHADO, 2000, p. 194.
[37] O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco. 2008. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social). Universidade Estadual de Montes Claros.
[38] ALMEIDA, 2008, p. 14.

2. Princípios, garantias e deveres constitucionais do Ministério Público

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes Santos*

- 2.1. Princípios institucionais do Ministério Público
- 2.2. Garantias constitucionais do Ministério Público
- 2.3. Deveres dos membros do Ministério Público

2.1. Princípios institucionais do Ministério Público

O art. 127, § 1º, da Constituição da República elenca como princípios institucionais do Ministério Púbico a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Tais princípios estão contemplados no parágrafo único do art. 1º do Estatuto Orgânico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Importa sempre assinalar que a observância de tais princípios é obrigatória e, consequentemente, qualquer ato que deles desvirtue será inválido, o que confirma a ideia adotada pela moderna doutrina de que os princípios,

> "[…] a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta com seus ditames, denotando o seu caráter normativo (dever ser)"[1].

Princípio da unidade do Ministério Público

A concepção mais tradicional do princípio da unidade limita-se ao conceito de que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe[2]. Essa unidade, todavia, não se estende aos integrantes dos diversos Ministérios Públicos, uma vez que essas instituições possuem estruturas organizacionais diferentes, com autonomia garantida, sendo reflexo da forma federal consagrada na Constituição.

No entanto, a visão contemporânea do princípio da unidade vai além dos aspectos administrativos e estruturais que compõem a doutrina conservadora.

O Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Marcelo Pedroso Goulart, em tese apresentada no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, afirma o seguinte:

> "O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, por meio do conjunto de seus membros – de seus órgãos de execução e de Administração Superior – deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, a erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum)"[3].

Com efeito, o contorno da unidade institucional está claramente definido no texto constitucional.

No campo prático, compete a cada Ministério Público traçar as metas para a realização dos objetivos que foram abstratamente estabelecidos pela Constituição, de forma transparente e democrática, levando-se em conta as peculiaridades regionais e locais, a experiência dos órgãos de execução e a vontade da sociedade, a qual se pode perceber por meio de audiências públicas.

Assim, com a participação de todos os seus integrantes, cada qual desempenhando o papel que lhe foi conferido (órgão de execução, na promoção de medidas para a concretização dos objetivos expostos no texto constitucional, e administração superior, no fornecimento da estrutura necessária para tal fim, com firmeza para fiscalizar o efetivo cumprimento das metas instituídas), o Ministério Público garantirá a sua unidade institucional.

A título de curiosidade, vale dizer que o mestre Roberto Lyra já sinalizava que o princípio da unidade merecia uma interpretação mais avançada. Em sua obra *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, ele consignou que a unidade era uma tese sem sentido definido e explicou que:

> "[…] desde que os órgãos do Ministério Público, nos atos de ofício, dispõem de liberdade de consciência, afigura-se impossível uniformizar o critério de apreciação do fato e do direito. Mas, se em espécie, assim acontece, os representantes do Ministério Público estão ligados pelo sentimento comum da causa pública,

> pela identidade do programa e da finalidade, dos deveres cívicos e das responsabilidades funcionais”[4].

Princípio da indivisibilidade do Ministério Público

A mescla entre os princípios da unidade (em sua acepção tradicional) e o da indivisibilidade é praticamente reconhecida por todos os autores que cuidam do tema.

Contudo, é possível identificar o princípio da indivisibilidade com um viés mais procedimental, no sentido de que, observados os preceitos legais, um membro do Ministério Público poderá substituir o outro quando tal se fizer necessário. Essa substituição não provoca traumas na atuação ministerial, porque, invocando-se o princípio da indivisibilidade, é a Instituição quem pratica determinado ato, e não o seu agente. Como decorrência desse princípio, é necessário que, na produção de peças processuais ou na elaboração de qualquer ato, se evite a pessoalização do documento e se indique como autor da respectiva peça o Ministério Público, e não o Promotor ou o Procurador de Justiça.

Vale ressaltar que as substituições mencionadas se referem a férias, licenças, impedimentos e a outras hipóteses semelhantes. Não se deve cogitar, por via de regra, que um Promotor de Justiça com atribuição em seara criminal possa oferecer representação por prática de ato infracional. Como já assinalado, o princípio da indivisibilidade encontra limitações nos ordenamentos que cuidam da definição das atribuições dos membros ministeriais, não sendo possível olvidar do princípio do Promotor natural[5].

Uma questão que merece ser pontuada diz respeito à aplicação do princípio da indivisibilidade diante do reconhecimento da incompetência do juízo.

Existem decisões que autorizam que prevaleça o ato praticado pelo Promotor de Justiça mesmo quando praticado perante juízo incompetente.

Nesse sentido:

> “Oferecida à denúncia em juízo incompetente, não há necessidade de sua ratificação ou de oferecimento de outra no juízo competente”[6].

Todavia, o melhor entendimento segue a tese oposta e determina que outra manifestação ministerial seja colhida (a manifestação do Promotor de Justiça que tenha atribuição para atuar perante o juízo que foi tido como competente), a fim de se preservar a estrutura organizacional da instituição e respeitar os comandos legais que regem a matéria.

Princípio da independência funcional

Dos princípios estabelecidos na Constituição, o da independência funcional é o que mais instiga os doutrinadores, tanto pela sua importância – ao garantir uma atuação ministerial absolutamente desvinculada de qualquer interesse que não seja o de cumprir com fidelidade o ofício destinado à Instituição –, como pela polêmica relativa à extensão dessa independência.

Sem dúvida, os Promotores e Procuradores de Justiça, no exercício de suas tarefas, somente devem obediência ao ordenamento jurídico e às suas consciências. Nesse sentido: “Goza o órgão do Ministério Público da prerrogativa de independência funcional (art.127,§ 1º, CF/88), caracterizada pelo direito de atuar de acordo com a sua consciência e a lei, não havendo subordinação hierárquica no desempenho de suas funções”[7].

Entretanto, essa liberdade de atuação não pode ser ilimitada, sob pena de se descaracterizar a própria razão de ser do princípio, que é o de permitir o exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais com foco, apenas, na satisfação do interesse da sociedade.

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Hugo Nigro Mazzili é categórico ao reconhecer a necessidade de, em certas situações concretas, temperar-se na dimensão do princípio da independência funcional:

> "Admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de não o fazendo, subvertermos as premissas da destinação constitucional do MP. Por isso que o inciso V do art.41 da Lei nº 8625/93, referindo-se às prerrogativas dos membros da instituição, sublinha sua inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional. Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma, a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica"[8].

Com efeito, os membros do Ministério Público não podem ficar à mercê de censuras oportunistas nem de patrulhamento ideológico. Deve-se garantir liberdade e serenidade para que os agentes ministeriais possam defender suas teses e suas convicções jurídicas.

Contudo, devaneios desarrazoados ou, o que é pior, defesa (que também pode se manifestar por omissão) de interesses dissociados dos previstos constitucionalmente não podem ser justificados com a invocação de um princípio tão nobre como é o da independência funcional. A ponderação de valores, no caso, é imprescindível para se assegurar a concretização dos interesses mais significativos que devem prevalecer.

Útil, ainda, fazer uma correlação entre o princípio da unidade e o da independência funcional.

Partindo do conceito mais moderno de unidade institucional, que, como já consignado, entende que esta se verifica quando o Ministério Público elege prioridades e estabelece metas que permitam o desempenho do papel que lhe foi conferido na Constituição, os órgãos de execução não poderão alegar o princípio da independência funcional para deixar de atender ao que foi democraticamente deliberado. Não há como os agentes ministeriais se desvincularem das orientações que se relacionam com o cumprimento do objetivo constitucional. A independência funcional está inserida nesse contexto, uma vez que, no cumprimento dessas orientações, o exercício livre e independente das atribuições estará sempre garantido.

No que diz respeito à independência funcional dos membros ministeriais, o Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Robson Renault Godinho, entende que ela existe para garantir a atuação, e não para servir de escudo a quem não quer atuar.

Anota-se, por fim, que, no tocante às atividades administrativas da Instituição, o cumprimento das regras traçadas é determinante para a sua efetiva organização. O eventual desleixo do membro para com essas ordens poderá caracterizar falta funcional.

---

[1] GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

[3] GOULART, Marcelo Pedroso. **Princípios Institucionais do Ministério Público**: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Livro de teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público – CONAMP, 2007.

[4] LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

[5] Cf. acórdão proferido nos autos do Recurso em *Habeas Corpus* 18257-PE 2005/0139296-6-STJ.

[6] RT 500/319.

[7] Recurso em Mandado de Segurança 12.479-SP-2000/0109039-9 STJ.

[8] RT 715/571.

2.2. Garantias constitucionais do Ministério Público

Neste ponto, abordaremos as garantias expressamente previstas no § 5º, inciso I, letras “a”, “b”, “c”, do art.127 da Constituição.

É sempre importante destacar que as garantias constitucionais não podem ser confundidas com privilégios. O privilégio não se encaixa em um Estado Democrático de Direito. Assim, as garantias concedidas ao Ministério Público (e a seus agentes) só podem ser admitidas como instrumentos hábeis a permitir que a Instituição se desincumba de sua destinação constitucional com eficiência e resolutividade.

Vitaliciedade

Após dois anos de exercício na carreira, o membro do Ministério Público só perderá o cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado. Tal sentença poderá ser cível ou penal.

Antes de decorrido tal lapso temporal, existe a possibilidade de o Promotor de Justiça perder o cargo por decisão administrativa.

Considerando que alcançar a vitaliciedade é um marco na carreira de um agente ministerial, a Instituição, durante esse biênio inicial, avalia, mais acentuadamente, alguns requisitos relativos aos aspectos pessoais e profissionais do Promotor de Justiça iniciante.

É evidente que comportamento pessoal adequado e conduta profissional ilibada sempre devem nortear a vida de um membro do Ministério Público, independentemente do tempo de carreira que possua.

Contudo, é absolutamente razoável (e até recomendável) que, antes de garantir a vitaliciedade, o Promotor de Justiça comprove que está apto a servir uma Instituição tão digna e tem realmente condições de desempenhar as relevantes tarefas que lhe foram atribuídas.

Inamovibilidade

A inamovibilidade assegura ao agente a permanência no órgão em que se encontra lotado. A modificação da titularidade só ocorre, em regra, por vontade do membro. A movimentação compulsória é excepcional e depende da constatação de interesse público que a justifique.

Mais do que uma garantia para os Promotores e Procuradores de Justiça, a inamovibilidade assegura, para a sociedade, uma atuação livre e independente do membro ministerial, evitando que ele fique sujeito a ingerências no exercício de suas atribuições.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o *quorum* exigido para a deliberação do Conselho Superior a respeito da caracterização de 'interesse público' que autorizasse a remoção do Promotor de Justiça de forma compulsória. Antes da modificação, reclamava-se que a decisão fosse tomada pela maioria de dois terços dos integrantes do colegiado; atualmente, a remoção poderá verificar-se com a deliberação da maioria absoluta dos membros.

Vale ressaltar que a inamovibilidade não abrange apenas o aspecto físico ou geográfico, no sentido de impedir que o Promotor de Justiça seja removido da Comarca x para a Comarca y. Sua extensão é muito mais profunda. Essa garantia não permite que as atribuições ministeriais sejam suprimidas no decorrer do exercício da titularidade, pois de nada adiantaria manter o Promotor de Justiça em determinada Comarca e retirar dele as funções que foram previamente definidas. Admitir tal possibilidade é burlar o mandamento constitucional. Hugo Nigro Mazzilli resume com precisão essa ideia: “A garantia da inamovibilidade se liga ao exercício das funções do promotor, e não à sua presença física na promotoria”[1)].

Por outro lado, não se pode confundir alteração do exercício das funções ministeriais (que é inconstitucional)

com reestruturação das atividades. Essa é possível e desejável, uma vez que a Instituição, sempre obediente ao princípio da legalidade, deve velar pela eficiência na prestação dos serviços que lhe são inerentes. Endossando o raciocínio:

> "Administrativo. Promotor de Justiça. Reestruturação do Ministério Público. Extinção de circunscrições. Garantia da Inamoviblidade. Violação. Não Ocorrência"[2].

Irredutibilidade de subsídio

A Emenda Constitucional nº 19/98 modificou toda a sistemática remuneratória dos agentes públicos, estabelecendo dois sistemas, o subsidial e o vencimental.

No caso do Ministério Público, seus membros são remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

O Promotor de Justiça do Estado de Rondônia, Alexandre Jésus de Queiroz Santiago, discorrendo sobre o tema, assevera que:

> "[…] no aspecto remuneratório, uma das pretensões da nossa Lei Suprema foi diminuir as diferenças. […] entre os agentes políticos da mesma espécie, consagrando a inexistência real de uma hierarquia funcional, ao atribuir o mesmo quilate ao suor de todos os membros do poder ou Instituição"[3].

No tocante à característica de irredutibilidade do subsídio, o citado Promotor de Justiça entende que essa não é apenas nominal, mas real, garantindo-se eventuais reposições de perdas salariais verificadas em períodos de inflação.

Ressalta-se que apenas a irredutibilidade real do subsídio permitirá que o objetivo motivador dessa garantia constitucional seja alcançado: "[…] evitar que, como forma de intimidação ou mesmo de retaliação, os membros do Ministério Público sofram perdas financeiras sempre que contrariem os interesses dos detentores do poder"[4].

---

[1] RT 494/269.

[2] Recurso Ordinário em MS 7770-SC 1996/0065366-6-STJ.

[3] SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. **Promotor de Justiça**: agente político ou funcionário público? Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7149>. Acesso em: 17 abr. 2008.

[4] GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

2.3. Deveres dos membros do Ministério Público

O art. 110 da Lei Complementar nº 34/94 enuncia alguns dos deveres dos membros ministeriais. A enumeração é meramente exemplificativa, uma vez que, em dispositivos distintos, identificam-se outras obrigações dos agentes da Instituição.

O eventual descumprimento dos deveres pode acarretar, após tramitação de processo disciplinar administrativo, a incidência das penas de advertência ou censura (art. 211 e 212 da Lei Complementar nº 34/94).

Há deveres que só se aplicam aos membros do Ministério Público em exercício, como o de fundamentar seus pronunciamentos processuais. Todavia, alguns deveres acompanham também os agentes que se encontram afastados ou em disponibilidade, como o de guardar sigilo funcional.

Destacam-se, por fim, as vedações constitucionais que são impostas aos agentes do Ministério Público.

Emerson Garcia ensina que essas

> "[...] vedações visam a assegurar o correto exercício da atividade funcional, proibindo a prática de condutas que, de forma direta ou indireta, possam comprometê-lo"[1)].

As vedações destinadas aos Promotores e Procuradores de Justiça estão previstas no art. 128, § 5º, II, "a", "b", "c", "d", "e", "f" e § 6º da Constituição.

Assim, com essas sucintas considerações sobre aspectos tão relevantes do Ministério Público, vale registrar a reflexão do sempre citado Emerson Garcia: "O membro do Ministério Público deve ser, não pensar ou aparentar que é"[2)].

[1)] GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[2)] GARCIA, 2008.

3. As atribuições constitucionais do Ministério Público

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno*

- 3.1. Modelo constitucional do Ministério Público
- 3.2. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos
- 3.3. As funções institucionais do Ministério Público

3.1. Modelo constitucional do Ministério Público

Sem a pretensão de buscar a origem histórica do Ministério Público ou mesmo sua gênese no Direito brasileiro, fato é que a Constituição Federal promulgada em 1988 inaugurou a fase mais moderna e profícua do Ministério Público brasileiro, quer do ponto de vista estrutural, quer sob a ótica funcional, disciplinando a Instituição vocacionada para a tutela dos interesses sociais.

Inspirada por uma Assembleia Nacional Constituinte com ideais progressistas, libertários e humanistas[1], mesmo sobre influências contrárias e pressões de alguns segmentos sociais que defendiam interesses menos nobres, eclodiu o Ministério Público brasileiro, delineado na Carta Maior, com autonomia, independência e unidade funcionais, apartado dos Poderes do Estado, voltado à defesa dos interesses maiores da sociedade. Enfim, veio a lume o desenho constitucional de uma instituição que seria reconhecida, em momento posterior, como um dos maiores avanços sociais concebidos pelo Poder Constituinte originário.

A magnitude da tarefa constitucional atribuída ao Ministério Público encontra diretriz no artigo 127 da Constituição Federal, tendo sido concedido à Instituição o caráter permanente e a essencialidade de sua função na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição da República dispôs sobre a normatização fundamental do Ministério Público no título IV, do capítulo IV, que cuida das funções essenciais à Justiça.

Assim, para a salvaguarda dos interesses sociais e individuais mais caros, caberá ao Ministério Público, no desempenho de seu mister, utilizar-se dos instrumentos processuais dispostos pelo legislador, não apenas como mecanismo de atuação da Instituição, mas como garantia conferida à sociedade, com o objetivo de viabilizar ou potencializar a tutela social com que a Instituição se vê compromissada.

Preleciona Emerson Garcia, estribado em Renato Alessi,[2] que "[...] toda a função estatal denota o dever de o agente praticar determinados atos, valendo-se dos poderes que a lei lhe confere, visando à consecução do interesse da coletividade"[3].

Dessa forma, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, tarefa constitucional compreendida em seu sentido mais amplo, abarcando a noção do próprio Direito, contempla-se, por exemplo, a legitimidade para deflagrar o controle da constitucionalidade das leis (art. 103, I e § 4º, da CF/88).

Extraindo uma interpretação sistemática do artigo 127 da Constituição da República, reproduzida pelo legislador infraconstitucional no artigo 1º da Lei nº 8.625/93, é de todo razoável asseverar que, no desempenho da atribuição constitucional, fica afastada a ideia de que toda e qualquer ordem jurídica merece ser tutelada pelo Ministério Público. Como ensina ainda Emerson Garcia, somente deve ser tutelada a

> "[...] parcela que aglutine os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que abarcam, além dos interesses sociais, os individuais, ainda que disponíveis, que gerem reflexos relevantes e imediatos na própria coletividade (*v.g.*: as hipóteses contempladas no artigo 82, I e II, do Código de Processo Civil)"[4].

Malgrado a história registrar em regimes totalitários a existência de Ministério Público forte, notou-se sua fragilidade quanto a sua independência funcional.

A defesa do regime democrático compreende, pois, que o Ministério Público se apresente como efetivo instrumento de transformação social em ambiente político permeado pela democracia plena, uma vez que fadado a servir à sociedade, e não ao autoritarismo.

O Estado democrático, preleciona Hugo Nigro Mazzilli[5], escorado no ensinamento de Ataliba Nogueira, é aquele em que o povo, de acordo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política ou, ao menos, decide quais hão de ser as linhas diretivas a que se deve ater a ação dos que são colocados no governo[6].

Ensina Hugo Nigro Mazzilli, *verbis*:

> "[…] Ora, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa do regime democrático, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, como a falta de regulamentação da participação popular nas decisões políticas, quer pelo plebiscito, quer pelo referendo, quer pela iniciativa do processo legislativo; necessário é que proponha ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional; preciso é que intervenha na fiscalização de todo o processo eleitoral, bem como nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos, e no zelo do livre funcionamento dos partidos políticos"[7].

Assim, na dicção do artigo 127 da CF/88 e do artigo 1º, caput, da Lei nº 8.625/93, será legítima a tutela ministerial nas questões que tenham por objeto interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como interesses difusos ou coletivamente considerados.

Os interesses sociais transbordam o terreno da individualidade para atingir os interesses maiores da sociedade, podendo versar sobre direito disponível desde que tenham expressão para toda a coletividade. Daí a noção de direito individual homogêneo reconhecidamente existente no ordenamento jurídico pátrio. Nota-se, portanto, que será legítima a tutela de interesses individuais, ainda que disponíveis, desde que a defesa manejada busque proteção coletiva, uma vez que não existe previsão constitucional que permita ao Ministério Público que sua atuação se volte à defesa de direito individual disponível.

Mais uma vez vale o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli:

> "[…] o objeto da atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema"[8].

A Constituição da República, refletindo o modelo federativo que inspirou o Estado Brasileiro, estabeleceu os ramos do Ministério Público sob a forma dicotômica: da União e dos Estados, sem elos funcionais entre ambos, administrativo ou hierárquico.

O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Militar, o do Trabalho e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; afastado, pois, o ramo do Ministério Público Eleitoral, sendo este compreensível na medida do exercício das funções junto à Justiça Eleitoral.

Chefiado o Ministério Público da União pelo Procurador-Geral da República, as demais carreiras que o integram são independentes entre si, tendo cada uma delas organização própria, recaindo a chefia em seus respectivos Procuradores-Gerais, que, por força da Lei Orgânica do Ministério Público da União, e para reverter a omissão constitucional, poderão exercer, exclusivamente, atribuições especialmente delegadas pela Lei Complementar nº 75/93[9].

No âmbito estadual, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer a chefia institucional (§§ 3º e 4º do art. 128 da CF/88).

A Lei Complementar nº 75/93 dispôs sobre a organização e atribuições do Ministério Público do Trabalho e do Militar. Cabe ao primeiro a atuação nas causas de competência da Justiça do Trabalho (art. 83, *caput*), e ao segundo nas causas afetas à competência da Justiça Militar (art. 116, *caput*). O Ministério Público Federal exercerá as funções nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal e Juízos Federais. Contudo, suas relevantíssimas funções não serão aprofundadas no presente trabalho.

Ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, não obstante pertencerem à abrangência do Ministério

Público da União, caberá o desempenho das atribuições junto ao Tribunal de Justiça e juízes do Distrito Federal.

[1)] Sobre o Ministério Público na Constituição Federal de 1988, ver: RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público**: dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57-67.

[2)] ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano**. 3. ed. Milão: Guiffrè, 1960. p. 2.

[3)] GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48.

[4)] GARCIA, 2005, p.48

[5)] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 136.

[6)] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966, p. 67.

[7)] MAZZILLI, 1966, p. 136-137.

[8)] MAZZILLI, 1966, p. 139.

[9)] Sobre o tema, consultar: arts. 22 e 26, VIII, § 1º, e arts. 32, 45, 83, 87, 116, 120, 149 e 155, todos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

3.2. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos

Apesar da completa independência administrativa e hierárquica entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, a própria legislação[1)], antevendo a possibilidade de a demanda tocar as atribuições de ambos os órgãos, permite a formação de litisconsórcio ativo facultativo entre as instituições.

Na doutrina[2)], admite-se a viabilidade de litisconsórcio facultativo entre os órgãos ministeriais na defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, podendo interferir sobre os interesses nacionais, com resvalo nos interesses regionais.

Tanto o Ministério Público Estadual como o Ministério Público Federal poderão demandar em conjunto ou separadamente na Justiça Federal ou Estadual, respectivamente, visto que a Carta Magna não vincula exclusivamente a atuação ao órgão jurisdicional a que ordinariamente se vê atrelado o órgão ministerial.

Vale notar que o Ministério Público do Estado desempenha funções originariamente atribuíveis ao Ministério Público Federal, como no caso das causas eleitorais em face do juízo eleitoral mantido pela União, consoante preconizado pelo art. 79 da LC nº 75/93, ou mesmo nas causas previdenciárias (art. 109, § 3º da CF/88).

Por outro lado, na defesa dos direitos e interesses da população indígena, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional (art. 37, II, da LC n. 75/93), poderá o Ministério Público Federal litigar em quaisquer juízos ou tribunais.

O litisconsórcio facultativo, portanto, ao contrário de criar qualquer obstáculo, precisa ser incentivado de molde que propicie maior economia processual. Os trabalhos coligados devem merecer estímulo. A *vis atrativa* da Justiça Federal sobre o caso concreto não poderá inibir a ação do Ministério Público Estadual no exercício de suas prerrogativas e, por consequência, na tutela dos interesses regionais ou locais.

---

1) V. art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85; art. 210, § 1º, da Lei nº 8.069/90 (ECA); art. 81, § 1º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

2) Nesse sentido, consulte-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 4. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 80-92; NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1343.

3.3. As funções institucionais do Ministério Público

A Constituição da República, em seu artigo 129, preconizou exemplificativamente atribuições ao Ministério Público, traçando linhas de atuação, quer no campo da conflituosidade judicial, em que o perfil institucional se afigura eminentemente demandista, quer no plano extraprocessual, servindo o órgão ministerial como agente pacificador dos conflitos sociais. Em ambos os casos, contudo, sua função estará atrelada, indissoluvelmente, à sua atividade finalística, desenhada pela norma do artigo 127, *caput*, da CF/88, que prevê a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

- 3.3.1. Promoção privativa da Ação Penal Pública (Art. 129, I, da CF/88)
- 3.3.2. Zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos Serviços de Relevância Pública (Art. 129, II, da CC/88)
- 3.3.3. Promoção do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública (Art. 129, III, da CF/88)
- 3.3.4. Promoção da Ação de Inconstitucionalidade ou Representação para fins de intervenção da União e dos Estados (Art. 129, IV, da CF/88)
- 3.3.5. Defesa judicial dos direitos e dos interesses das populações indígenas (Art. 129, V, da CF/88)
- 3.3.6. Expedição de notificações e requisições de informações e documentos (Art. 129, VI, da CF/88)
- 3.3.7. Exercício do controle externo da atividade policial (Art. 129, VII, da CF/88)
- 3.3.8. Requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial - Manifestações fundamentadas (Art. 129, VIII, da CF/88)
- 3.3.9. Exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade e vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de Entidades Públicas (Art. 129, IX, da CF/88)
- 3.3.10. Jurisprudência

3.3.1. Promoção privativa da Ação Penal Pública (Art. 129, I, da CF/88)

Ensina Emerson Garcia:

> "[...] a propositura da ação penal, como projeção da soberania estatal, é atribuição que se confunde com a própria existência do Ministério Público, estando presente em todos os países que adotam esse modelo institucional. Outorgando essa atribuição do Ministério Público, é prestigiado o sistema acusatório (ainda que receba temperamentos) e preservada a imparcialidade do órgão jurisdicional. Com a Constituição de 1988, foram abolidos os procedimentos penais *ex officio*, que podiam ser instaurados e julgados pelo mesmo órgão jurisdicional, o que em muito comprometia a sua imparcialidade. Foram igualmente extintos os procedimentos judicialiformes, que eram instaurados e parcialmente instruídos pela Autoridade Policial, o que comprometia o contraditório e a imparcialidade na colheita das provas, pois a mesma autoridade que deflagrava o procedimento presidia a instrução processual"[1)].

O monopólio da ação penal pública, condicionada ou incondicionada, pertence ao *Parquet*, pois esta é uma função institucional que lhe foi atribuída com exclusividade[2)].

A denúncia, cujos requisitos foram pinçados pelo artigo 41 do Código de Processo Penal, constitui a peça inaugural da ação penal pública, cabendo ao Ministério Público a *opinio delicti* e, portanto, a palavra final sobre o oferecimento da acusação. Assim, afigura-se a denúncia como legítimo e democrático instrumento legal de que dispõe o Estado para exercer, pela via processual, o *jus accusationis*, com o propósito de realizar o direito e pacificar a ordem jurídica violada.

Entre nós, com o advento da Constituição da República de 1988 e na dicção do artigo 129, I, da Carta Magna, entendemos que foi abolida a denominada 'ação penal popular', prevista na Lei nº 1.079/50, que permite a qualquer cidadão oferecer denúncia (*jus accusationis*) em face do Ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador-Geral da República por crimes de responsabilidade. A ação penal, na espécie, não sendo privada, será pública, ante o critério legal adotado pelo artigo 100 do Código Penal[3)] e caberá ao Ministério Público o seu exercício[4)].

---

1) Nesse sentido, consulte-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 4. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 80-92; NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1343.

2) STF – RDA – 183/108.

3) "**Código de Processo Penal** - Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido."

4) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 451.

3.3.2. Zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos Serviços de Relevância Pública (Art. 129, II, da CC/88)

Em decorrência da ampla área de atuação, caberá ao Ministério Público plena legitimidade, por exemplo, para fiscalizar e propor medidas destinadas a proteger os direitos da criança e do adolescente, no que se refere ao ensino obrigatório, visto que a educação constitui direito fundamental da pessoa e dever do Estado.

O poder de recomendação do Ministério Público, com sugestão de medidas que visem à melhoria dos serviços públicos, encontra no dispositivo em foco sua origem embrionária. Malgrado não tenha poder vinculante ao administrador destinatário do ato, afigura-se, invariavelmente, instrumento útil de enquadramento da administração pública aos anseios sociais e à lei.

No plano infraconstitucional, a expedição de recomendação encontra amparo no artigo 26, VII, da Lei nº 8.625/93, e no artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93, preceito igualmente amparado no plano estadual por força do artigo 80 da Lei n° 8.625/93.

Tratando-se de providência de caráter extrajudicial, que busca, em regra geral, prevenir conflituosidade com a administração pública, não se divisa a necessidade de o ato recomendatório se encontrar diretamente vinculado à hipótese de atuação do órgão ministerial como agente[1)].

[1)] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. I, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.383.

3.3.3. Promoção do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública (Art. 129, III, da CF/88)

Inquérito Civil

O inquérito civil, como procedimento administrativo investigatório, de caráter pré-processual, realiza-se extraprocessualmente.

Criado pela Lei n° 7.347/85 e sufragado pela Constituição da República, o inquérito civil é um relevante instrumento a cargo exclusivo do Ministério Público, destinado à coleta de elementos de convicção para escolta futura de eventual ajuizamento de ação civil pública, o que diminui o risco de propositura de ações temerárias. Por isso possui traços semelhantes aos do inquérito policial. É, portanto, procedimento administrativo inquisitivo, não sendo obrigatório o contraditório, uma vez que por esse procedimento não se busca aplicar nenhum tipo de sanção[1)]

Sustenta Marcelo Pedroso Goulart[2)], ao discorrer sobre o perfil *resolutivo* do Ministério Público consagrado na Constituição da República de 1988, que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, potencializando a autonomia funcional de cada órgão de execução, sobretudo com a efetiva atuação na proteção dos interesses e direitos massificados. Assim, a utilização consciente e responsável do inquérito civil pelo Ministério Público tem servido como um importante e eficaz instrumento para o resguardo dos interesses sociais.

Sensível ao tema, afirma Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz[3)] que não é difícil perceber que essas atribuições do Ministério Público, recebidas na qualidade de órgão de defesa social, têm por inequívoco escopo a promoção da cidadania. Aliás, o inquérito civil é, e tem sido, um eficiente instrumento de cidadania, estando hoje disseminado o hábito de associações, partidos políticos e cidadãos, isolada ou coletivamente, representarem ao MP para apuração de fatos possivelmente lesivos aos interesses difusos.

Vigora, de regra, no inquérito civil o *princípio da publicidade*, condizente com os atos administrativos (art. 37, *caput*, da CF/88). Contudo, persiste a possibilidade de limitação a essa regra, forte em situações em que a norma constitucional resguarda a privacidade e o sigilo de documentos ou dados, cabendo ao órgão ministerial, fundamentadamente, impor o sigilo, a fim de assegurar a apuração cabal dos fatos, com resguardo aos direitos fundamentais.

Objeto do Inquérito Civil

Terá o inquérito civil, por objeto, os direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e os individuais homogêneos. Não obstante, há controvérsia doutrinária quando a apuração de lesão ou ameaça de lesão tem alcance mais restrito, ou seja, a direito individual puro (criança ou adolescente ou idoso). Nesses casos, torna-se cabível a instauração de sindicância simples ou do procedimento administrativo inominado, previsto no artigo 26, I, da Lei n° 8.625/93[4)].

Como adverte Emerson Garcia, em se tratando de matéria inserida nas atribuições do Ministério Público e que não esteja sob a epígrafe dos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos, conforme previsão do artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93, não é aconselhável a instauração de inquérito civil para a apuração de lesão ou ameaça de lesão. Justifica-se a assertiva, pois o inquérito civil está sujeito a uma sistemática específica de arquivamento, suprimindo do órgão de execução a decisão final a respeito da investigação por ele presidida. Nesses casos, o correto será instaurar um procedimento administrativo, no qual o agente poderá utilizar todos os instrumentos contemplados na Constituição e na legislação infraconstitucional com o fim de instruí-lo[5)].

O procedimento do Inquérito Civil

Embora inspirado pela informalidade, o inquérito civil não se encontra imune a um regramento básico. São

perceptíveis ao menos três fases distintas:

- a) a instauração;
- b) a instrução, e
- c) a conclusão.

Desde a *instauração*, mediante portaria inaugural ou por despacho do órgão ministerial, passando-se à etapa *apuratória*, com a coleta de provas, e à sua *conclusão*, deverá o órgão de execução atentar para o procedimento traçado pelo ato normativo que a disciplina. A 'Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007', do Conselho Nacional do Ministério Público regulamenta, no âmbito da Instituição, a instauração e a tramitação do inquérito civil.

No Estado de Minas Gerais vigora ainda a 'Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007'[6], que regulamentou a tramitação do inquérito civil e do procedimento preparatório pertinente à tutela coletiva ou difusa, excluindo-se a apuração de ameaça ou lesão a direito individual puro.

O inquérito civil, por enquadrar-se em procedimento pré-processual, terá como fonte legislativa concorrente entre a União e os Estados o teor do artigo 24, XI, da Constituição da República[7]. Contudo, nada obsta, no âmbito do Estado de Minas Gerais, ao Procurador-Geral de Justiça, em razão de competência administrativa expressa e por delegação legislativa (Lei Complementar Estadual nº 34/94), editar ato normativo que discipline normas complementares do procedimento do inquérito civil[8], respeitados os parâmetros e princípios da lei federal básica (Lei nº 7.347/85).

No curso do inquérito civil, poderá sobrevir termo de ajustamento de conduta, sem prejuízo, em algumas vezes, do prosseguimento de diligências.

A instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça em juízo. O inquérito pode ser dispensado, portanto, caso existam elementos necessários para a propositura da ação[9].

Concluídas as apurações necessárias, não sendo hipótese de ajuizamento de ação civil pública ou celebração de termo de ajustamento de conduta, caberá ao órgão de execução promover o arquivamento do inquérito, remetendo-o em seguida, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, para fins de homologação.

Cabe relembrar que, no curso do inquérito civil, poderá sobrevir, entre o Ministério Público e o investigado, a celebração de termo de ajustamento de conduta, cujo descumprimento ulterior poderá dar ensejo à ação civil pública em forma de ação de execução do acordo, válido como título extrajudicial.

A Ação Civil Pública: origens

Historicamente, fez-se necessária a criação de um instrumento jurídico ideal para a defesa de direitos massificados no Brasil, porquanto a proibição gizada no artigo 6º do CPC comprometia a proteção eficaz dos interesses coletivos.

José Carlos Barbosa Moreira e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior foram os precursores do tema no país, nos idos dos anos de 1970. Posteriormente, os professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e o próprio Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, em trabalho desenvolvido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, propuseram o anteprojeto de lei. Após isso, o deputado paulista Flávio Bierrembach apresentou o Projeto de Lei nº 3.034/84 à Câmara dos Deputados.

Posteriormente, o Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou ao Poder Executivo outro anteprojeto, que foi acolhido pelo Governo Federal e resultou na Lei nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública (LACP).

Legislações subsequentes trouxeram outras alterações, tendo sido o seu objeto ampliado pela própria Constituição da República de 1988 para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Outras leis esparsas alargaram as hipóteses de ação civil pública para a defesa de bens jurídicos relevantes, tais como a Lei nº 7.853/89, que visa a proteger as pessoas portadoras de necessidades especiais; a Lei nº 7.913/89, que defende os investidores lesados no mercado de valores mobiliários; a Lei nº 10.741/03, que ampara os idosos; e a própria Lei n° 8.078/90, que traça as linhas de Defesa do Consumidor, além de outros instrumentos normativos que visam à proteção massificada dos direitos e interesses da sociedade.

Entre as modificações ulteriores à LACP, merecem destaque as impostas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que ampliou o campo de incidência. Assim, o CDC previu expressamente a tutela dos interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III), corrigindo o veto imposto pelo Presidente da República à redação original da LACP. Foi alargada, então, a aplicabilidade do CDC à LACP (art.117, CDC)[10], criando harmônica interação entre ambos os sistemas. Em contrapartida, no art. 90 do Código Consumerista[11], estabeleceu o legislador a aplicação da Lei nº 7.347/85 (LACP) às ações reguladas pela Lei nº 8.078/90, acrescentando, ainda, a possibilidade de formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos e a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Explica Mazzilli[12] que nem tudo foi progresso em matéria de defesa de interesses transindividuais no país. Em matéria de ações civis públicas, sucessivas alterações legislativas cuidaram de limitar o âmbito das liminares; outras mudanças na legislação buscaram limitar a eficácia da coisa julgada formada nessas ações (Lei nº 9.494/97), e questões que o interesse do governo federal não pretendia ver resolvidas, tais como matérias tributárias ou relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), tentaram vedar, de maneira inconstitucional, o acesso coletivo à jurisdição. Tais ações caracterizaram uma forma de intimidação aos membros do Ministério Público, com previsão em medida provisória, de responsabilização pessoal e reconvenção em sede de ação civil pública de improbidade, merecendo recuo do governo federal após ajuizamento de ADI nº 2.384-5-DF pela CONAMP.

Conceito da Ação Civil Pública

O acesso coletivo à tutela jurisdicional adequada configura corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como a prevista para a defesa dos direitos individuais (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88).

A ação civil pública tem status constitucional (art. 129, III, da CF/88). Por isso, fala-se que ela constitui verdadeira garantia constitucional processual à disposição de seus legitimados ativos, para a tutela dos direitos difusos ou coletivos e individuais homogêneos.

Objeto da Ação Civil Pública

Conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli, não existe taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos podem, em tese, ser defendidos em juízo, por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público, quanto pelos demais colegitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC[13].

Explica Nelson Nery Junior[14] que é *difuso* o direito de natureza transindividual, e indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstância de fato (art. 81, parágrafo único, inc. I, do CDC); e que são *coletivos* os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base

(art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC).

Aponta Celso Antonio Pacheco Fiorillo[15], citando a visão de Nelson Nery Junior, que um direito se caracteriza como difuso de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo, aduzindo que a pedra de toque do método classificatório para qualificar um direito como difuso, coletivo ou individual, é o tipo de tutela jurisdicional pretendida quando se propõe a competente ação judicial. Para o mesmo autor, é certo que da ocorrência de um mesmo fato podem originar pretensões difusas, coletivas e individuais.

Ensina Mazzilli[16] que os *interesses individuais homogêneos*, à luz do CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, III, do CDC). Tanto os interesses individuais homogêneos, quanto os difusos, originam-se de circunstâncias de fato comuns. Entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo.

Os direitos individuais homogêneos são divisíveis, identificáveis e titularizáveis.

A LACP, em razão da abrangência emprestada pelo CDC ao processo coletivo, não impõe limitação aos tipos de ações passíveis de ajuizamento, de sorte que se admite toda e qualquer modalidade de ação para a tutela dos direitos regulados pela Lei nº 7.347/85 (CDC, arts. 83 e 90; LACP, art. 21).

Princípio da legitimação concorrente e pluralista

A legitimação no processo coletivo, consoante previsão constitucional (arts. 129, §1º; 125, § 2º e 103 da CF), conservada desde a vigência da Lei nº 7.347/85, é concorrente e pluralista. Com isso, confere-se legitimidade à União, aos Estados e Municípios, à Defensoria Pública, às entidades da administração indireta e às associações que preencham os requisitos do artigo 5º da LACP. Idêntico sistema foi adotado nas seguintes leis: Lei nº 8.069/90 (ECA — Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.078/90 (CDC), Lei nº 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência) e Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Vale notar que a legitimação ativa da Defensoria Pública na ação civil pública se relaciona com a defesa de direitos ou interesses coletivos de pessoas necessitadas, em consonância com a regra preconizada no artigo 5º, II, da Lei nº 7.347/85, e no art. 134, *caput*, da Constituição da República. Exigir-se-á da Defensoria Pública, pois, tal pertinência temática específica (atuação concreta de acordo com suas finalidades institucionais), sob pena de desvio de sua função social, regrada em sede constitucional, consistente na representação judicial e na defesa dos necessitados[17].

Natureza jurídica da Legitimação na Ação Civil Pública

Na tutela transindividual, reconhece a doutrina clássica, com respaldo em posicionamento majoritário da jurisprudência, que a proteção dispensada aos titulares ocorre por *legitimação extraordinária*[18], tendo em vista a verdadeira substituição dos lesados por expressa permissão legal. Outra corrente defende, baseada em doutrina alemã, que, em relação à defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, por sua abrangência dilatada, trata-se de *legitimação autônoma para condução do processo*[19] (*selbständige Prozessführungsbefugnis*). Preconiza a teoria que o substituto processual defende direito de titular determinado. Na tutela difusa os substituídos são indetermináveis, e na proteção coletiva indeterminados, daí a sua defesa em juízo ser realizada pela sobredita legitimação; outra corrente sustenta a presença da *legitimidade anômala mista* (ordinária e extraordinária)[20].

No plano da defesa dos interesses individuais homogêneos, vale mais uma vez o ensinamento de Gregório Assagra de Almeida, ao afirmar que a legitimidade ativa também seria uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo, pois o legitimado ativo não tem de identificar, de modo individualizado, os

respectivos titulares para o ajuizamento de ação coletiva para a tutela de tais direitos. Basta que haja a afirmação de direitos ou interesses individuais homogêneos, por exemplo, para que o Ministério Público seja legitimado para a defesa, *ex vi legis*[21]. Vigora aqui o princípio da presunção da legitimidade ad causam ativa coletiva pela afirmação do direito coletivo tutelável. Assim, bastaria a afirmação do direito ou do interesse para presumir a legitimidade, sendo desnecessária a busca pela real titularidade do direito coletivo alegado[22].

A desistência da Ação Civil Pública e a proibição de seu abandono

O artigo 5º, § 3º, da LACP[23] prevê o princípio da desistência motivada da ação civil pública e a proibição de seu abandono.

A desistência da ação civil pública poderá ocorrer; contudo, caberá ao autor legitimado motivar sua decisão. Se forem infundadas as razões expostas, qualquer outro colegitimado ativo, ou o Ministério Público (desde que não seja o autor), assumirá o polo ativo da ação.

Por isso, considerando que a sistemática da LACP não admite o abandono da ação civil pública, haveria incompatibilidade no reconhecimento da *contumácia das partes* (art. 267, II, do CPC) ou da *contumácia do autor* (art. 267, I, do CPC), afastando-se, por tais motivos, a possibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito.

No tocante ao Ministério Público, nada impede que desista da ação intentada. O órgão ministerial não está obrigado a assumir a titularidade da ação civil pública, pois possui a independência funcional que preserva seu convencimento. Contudo, o Ministério Público deverá justificar adequadamente a recusa em prosseguir na demanda, cabendo ao juiz, caso discorde, aplicar por analogia o disposto no artigo 28 do CPP[24], com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. A mesma solução vale para a hipótese de abandono da ação pelo órgão ministerial.

Legitimidade ativa do Ministério Público na Ação Civil Pública

O Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, compreendida como uma das funções primordiais do Estado. Extrai-se do desenho constitucional da Instituição o seu dever de tutelar os direitos fundamentais, o regime democrático e a ordem jurídica vigente (art. 127, *caput*, da CF/88).

Como corolário desse perfil de defesa social e dos interesses mais elevados da sociedade, a legitimação do Ministério Público ecoa na Lei nº 7.347/85 (art. 5º, I) como verdadeira imposição constitucional a proteger os direitos e interesses transindividuais.

O artigo 5º da LACP, em acatamento ao comando traçado no art. 129, § 1º, da CF/88, ratifica, pois, no plano infraconstitucional, a legitimidade do Ministério Público no processo coletivo, o qual se apresenta como *concorrente*, uma vez que subsiste ao lado de outros entes igualmente legitimados. É *disjuntiva*, porquanto cada colegitimado ativo poderá vir a juízo, isoladamente, sem a companhia dos demais. Neste particular, assume o Ministério Público, no processo coletivo, a função primordial de guardião da sociedade (*custos societatis*) e guardião da lei (*custos juris*) em face do alcance social a ser tutelado pela via coletiva, não se limitando à mera atividade de *custos legis*[25]. Também é *exclusiva* a legitimidade coletiva ativa na ação civil pública, pois somente aos entes indicados na lei ou extraídos do sistema jurídico é permitido aforar a ação.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, com origem fática ou jurídica comum, divisíveis, poderão ser tutelados coletivamente (art. 81, parágrafo único, III, do CDC) pelo Ministério Público, em face do *reconhecimento do microssistema da tutela jurisdicional coletiva* entre o CDC (art. 90) e a LACP (art. 21), não obstante a marcante carga de individualidade no compartilhamento dos prejuízos suportados pelos titulares, cuja identidade de origem, contudo, transborda para o terreno do interesse social, compatível com a atuação finalística da Instituição.

Ressalte-se que a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos repousa em interesse social, com a finalidade de evitar: a dissipação dos lesados; os provimentos jurisdicionais contraditórios advindos da fragmentação das inúmeras lides; o abarrotamento de processos no Poder Judiciário, com proliferação de ações individuais, causando o retardamento da prestação jurisdicional e o desprestígio da justiça, além de desequilíbrio e insegurança sociais; a ausência de economia de despesas e de otimização de tempo do Estado na sua relevante função de dizer e realizar o direito.

Na tutela jurisdicional coletiva irradia o *princípio do máximo benefício*, consistente na resolução, num só processo, de variados conflitos interindividuais ou de um forte conflito social, tanto que o CDC, no § 3º do artigo 103[26], prevê expressamente a transferência da coisa julgada coletiva, oriunda da tutela metaindividual, para a seara individual.

Vale destacar que a ação civil pública, vocacionada para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados aos direitos ou interesses coletivos, em sentido amplo, poderá tutelar também, com fundamento no artigo 127, *caput*, da Carta Magna, *clausula mater* da estrutura constitucional do Ministério Público, os interesses individuais indisponíveis[27].

A legitimação do Ministério Público na defesa de direitos e interesses individuais puros indisponíveis, tutelando direito alheio em nome próprio, será extraordinária.

Ainda no escólio de Gregório Assagra de Almeida[28], os fundamentos dessa legitimação devem ser extraídos de forma abrangente, a partir da leitura e interpretação do artigo 127, *caput*, da CF, com base nas orientações neoconstitucionalistas, dentro das quais o sistema constitucional é concebido de forma aberta e irradiante da eficácia extraída, principalmente, da teoria dos direitos fundamentais.

Considerando que a ação civil pública é voltada para a proteção coletiva, nada impedirá que a tutela individual pura indisponível seja aviada como verdadeira ação individual proposta pelo Ministério Público, como legitimado extraordinário. A denominação de ação civil pública será individual, repita-se, e liga-se à qualidade da parte processual da Instituição autora, e não ao seu objeto material. A doutrina e a jurisprudência já consolidaram o entendimento de que não é a nomenclatura que confere a natureza da ação, mas a pretensão deduzida.

Por isso, ainda que a ação civil pública seja concebida, originariamente, para a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é secundária a denominação da ação no caso de proteção dos direitos individuais puros indisponíveis, uma vez que se afigura uma ação individual (com objeto individual indisponível), com ampla legitimidade ministerial para sua tutela, em conformidade com o art. 127, caput, da Constituição da República, e não pela regra do art. 129, III, ou do art. 5º, I, da Lei nº 7.347/85. Nesses termos, pode-se afirmar que será irrelevante a natureza jurídica da ação civil pública na defesa dos direitos individuais indisponíveis, porquanto tem o Ministério Público legitimidade de cunho constitucional para sua defesa, podendo aplicar à ação civil pública normas ou princípios peculiares da ação coletiva, por força dos artigos 201, V, e 212, ambos do ECA, e do art. 21 da LACP, em casos de defesa da saúde de criança ou adolescente[29].

No tocante ao estudo da indisponibilidade, vale trazer à colação o que preleciona Antônio Cláudio da Costa Machado[30], quando classifica a *indisponibilidade* em *objetiva* ou *subjetiva* com reflexos na intervenção do Ministério Público no processo, infundindo nesses atributos relevância social. O direito é *objetivamente indisponível* quando o fator a ser considerado se cinge à relação jurídica existente, independentemente de quem seja o seu titular (*v.g.*, questão de estado). Será considerado direito *indisponível subjetivo*, ao contrário, quando este se ligar a um dos titulares da relação jurídica, como é o caso de ações que envolvam interesse de incapaz ou de idosos, todos pessoalmente considerados.

A tutela coletiva, indisfarçavelmente, abriga a indisponibilidade dos direitos, por exemplo, na tutela dos interesses difusos, em que se verifica ampla indisponibilidade. Nos demais direitos tutelados pela via coletiva, com maior ou menor extensão, igualmente viceja a indisponibilidade, o mesmo ocorrendo com os direitos individuais homogêneos, podendo externar-se, de modo subjetivo, com alcance coletivo (*v.g.*, pessoas portadoras de necessidades especiais, com dimensão coletiva).

[1)] Nesse sentido, consultar: ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 225.
[2)] GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: LED, 1998. p. 210-211.
[3)] FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Inquérito Civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1995. p. 64.
[4)] FERRAZ, 1995, p. 295.
[5)] FERRAZ, 1995, p. 295-296
[6)] Instituiu ainda, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios (SRU).
[7)] Nesse sentido, STF – ADI n. 1.285 – SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Moreira Alves, **DJU** 23.03.2001, Inf. n. 221.
[8)] MINAS GERAIS. Ministério Público Estadual. **Resolução nº 3**, de 14 de dezembro de 2007. Regulamenta o inquérito civil e o procedimento preparatório na área dos interesses difusos ou coletivos e institui o Sistema de Registro Único de inquéritos civis e procedimentos preparatórios (SRU).
[9)] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 339.
[10)] "**Lei de Ação Civil Pública** - Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: 'Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."
[11)] "**Código de Defesa do Consumidor** - Art. 90: Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."
[12)] MAZZILLI, 2002, p. 104
[13)] MAZZILLI, 2002, p. 112.
[14)] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1127.
[15)] MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1195. p. 175.
[16)] MAZZILLI, 2002, p. 48-49.
[17)] ALMEIDA, 2007, p. 124.
[18)] ALMEIDA, 2007, p. 53-55.
[19)] NERY JUNIOR, Nelson; de Andrade Nery, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 399; 1466.
[20)] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 123.
[21)] ALMEIDA, 2007, p. 136.
[22)] ALMEIDA, 2007, p.34-35.
[23)] "**Lei de Ação Civil Pública** - Art. 5º, § 3°: Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa."
[24)] Em sentido contrário, dizendo caber o controle da desistência ou abandono da ação civil pública pelo Ministério Público ao CSMP: MAZZILLI, 2002, p. 338-339.
[25)] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 512
[26)] "**Código de Defesa do Consumidor** - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] § 3° Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99".
[27)] Sobre o tema, consultar: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.8, p.596-621, 2007.
[28)] ALMEIDA, 2007, p. 605.
[29)] Nesse sentido: **TJMG** – Reexame Necessário n. 10220059782932001 – Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 30.03.2006.
[30)] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 64.

3.3.4. Promoção da Ação de Inconstitucionalidade ou Representação para fins de intervenção da União e dos Estados (Art. 129, IV, da CF/88)

Aspectos gerais do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade assenta-se em sistemas jurídicos que impõem a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico vigente, comum em modelos que adotam a rigidez constitucional como regra, pelo qual exige especial processo para sua revisão.

Alexandre de Moraes leciona que:

> "[...] a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo."[1)].

Controlar a constitucionalidade, prossegue o jurista, "[...] significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais"[2)].

Os modelos de controle de constitucionalidade existentes, identificados por José Afonso da Silva[3)], são de três ordens:

- a) *sistema político*, segundo o qual um órgão especial ou político tem a incumbência de realizar o controle;
- b) *sistema jurisdicional*, cabendo ao Poder Judiciário, centralizadamente, exercer o papel de dizer os atos que se encontram em desacordo com a normatividade constitucional; e
- c) *sistema misto*, no qual certas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras são sujeitas ao controle jurisdicional.

Na seara jurisdicional de controle de constitucionalidade, fundamentalmente, persistem três sistemas:

- o *difuso* ou *aberto*;
- o *concentrado*; e
- o *misto*.

O sistema difuso ou por via de exceção (ou defesa) autoriza o exercício do controle de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer processo. O controle difuso tem origem histórica nos Estados Unidos, em julgamento da *Supreme Court* no caso *Madison versus Marbury*, em 1803, ocasião em que o juiz Marshall determinou caber aos juízes aplicar e interpretar as leis, devendo sobrepor-se a Constituição a qualquer lei ordinária, caso esta se colocasse em posição contraditória com a Lei Maior[4)].

A via de exceção, considerada modo de controle judicial, é forma incidental, pois se exerce *incidenter tantum* no processo – vale dizer, como matéria ventilada em linha preliminar ou como questão prejudicial, conforme a natureza (material ou processual) do ato impugnado. É chamada incidental, visto que é manifestada no âmbito das fundamentações das decisões judiciais, sendo que os seus efeitos operam *inter partes*, sem os efeitos, contudo, da coisa julgada.

Na Constituição da República, o modelo difuso ou incidente de controle de constitucionalidade tem respaldo no artigo 5º, XXXV, e no art. 97. No CPC, por sua vez, vislumbra-se a previsão nos arts. 480 a 482.

O sistema jurisdicional *concentrado e abstrato* ou *por meio das ações diretas*, também conhecido como modelo austríaco, impõe a centralização da competência jurisdicional. O controle se dá por meio de ação direta, com efeito *erga omnes*.

No sistema jurisdicional misto, o controle de constitucionalidade é manejado por via concentrada ou abstrata (por ação direta) ou pelo modo difuso ou incidental e concreto. É o modelo adotado no Direito brasileiro (art. 5º, XXXV, e arts. 97, 102, I, "a", e 103, todos da CF/88).

O controle de constitucionalidade, quanto ao momento de sua realização, pode ser *preventivo* ou *repressivo*.

Quando o controle do ato normativo é exercido antes da vigência da lei, a doutrina denomina-o de *controle preventivo*, que poderá ser exercido:

- a) pelo Poder Legislativo, por meio de suas comissões ou em plenário;
- b) pelo Poder Executivo, pelo exercício do direito de veto (art. 66, § 1º, CF/88);
- c) pelo Poder Judiciário, mediante mandado de segurança, sob a forma difusa ou incidental.

O *controle repressivo*, por sua vez, é realizado após a entrada em vigor da norma. Na Constituição da República subsiste o sistema repressivo exercido pelo Poder Judiciário e, excepcionalmente, pelo Poder Legislativo.

O controle repressivo de constitucionalidade, a cargo do Poder Judiciário, poderá ser efetivado pela forma difusa ou abstrata, ou pela via de exceção, nos diversos processos em andamento.

No sistema constitucional brasileiro, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes[5], ao contrário do sistema alemão de controle de normas, qualquer juiz ou tribunal, no caso concreto, pode recusar a aplicação de uma lei por entendê-la inconstitucional.

Analisando o tema, esclarece, com habitual maestria, Gregório Assagra de Almeida, *in verbis*:

> "[…] O certo é que não há forma rígida ou prazo para ser suscitado o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no curso do processo, até porque esse controle é matéria de ordem pública e, por isso, não gera, pelo menos em tese, preclusão. A única restrição que poderá existir ocorre no plano dos recursos extraordinário e especial, já que esses recursos são vias excepcionais de fundamentação vinculada e, assim, para serem apreciados, dependem de que a questão alegada já tenha sido objeto de apreciação pela decisão recorrida (art.102, III, e art. 105, III, ambos da CF/88), o que é denominado por parte da doutrina e da jurisprudência como pré-questionamento […]"[6].

O controle difuso ou incidental é extraído do sistema constitucional brasileiro do art. 5º, XXXV, do qual sobressai o princípio da indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição, e do art. 97, que estabelece a denominada "cláusula de reserva de plenário", ou seja, somente por maioria absoluta de seus membros, ou do órgão especial, poderão os tribunais acolher a inconstitucionalidade da lei ou do ato do Poder Público, sob pena de nulidade, excetuada a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil (CPC)[7]. O procedimento do controle de constitucionalidade incidental nos tribunais vem regulado pelos artigos 480 a 482 do CPC.

Em caso de controle difuso ou incidental, operada em primeiro grau de jurisdição, por juiz singular, não há que falar em instauração de procedimento especial, cabendo ao julgador o mero afastamento, de ofício ou mediante provocação, da incidência do ato normativo tido como inconstitucional.

Tal modalidade de controle é considerada pela doutrina pátria como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), visto tratar-se de direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXV, CF).

Declarada a inconstitucionalidade difusa ou incidental pelo STF, remeterá a Corte cópia do acórdão ao Senado Federal, que, por seu turno, poderá emitir resolução que suspenda a eficácia do ato normativo no território nacional (art. 52, X, da CF). Vale notar que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não se cogita da aludida comunicação ao Senado Federal, uma vez que a decisão que julgou inconstitucional a norma faz coisa julgada *erga omnes*, tendo o efeito de tirar a eficácia da lei em todo o território nacional.

O controle repressivo feito pelo Poder Legislativo ocorre quando a Carta Magna permite ao Congresso Nacional,

em seu artigo 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Nessa situação, ante a inconformidade constitucional verificada, caberá ao Congresso Nacional editar decreto legislativo sustando o ato normativo presidencial.

Por ocasião da votação das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, tendo ingressado no ordenamento jurídico, poderá o parlamento rejeitá-las com base na inconstitucionalidade. Sobreleva destacar que as medidas provisórias poderão ser submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade (ação direta), visto que, desde a sua edição, terá a espécie normativa vigência e eficácia imediata[8)].

Os atos normativos sujeitos ao controle são aqueles que encerram um dever-ser, veiculada pauta prescritiva de comportamento, subordinante da vontade humana, a ser cumprida e observada pelos órgãos do Estado[9)].

Uadi Lammêgo Bulos[10)], apoiado em decisão do STF, ensina o significado e a abrangência da lei e dos atos normativos, em decisão cuja relatoria coube ao eminente Ministro Celso de Mello, na ADI nº 1.352/DF, segundo a qual não é a forma que manifesta o alcance de significado do que sejam os atos normativos, mas a substância que nele engendra em sua configuração. Para saber se o ato é normativo, é preciso perquirir sua qualidade jurídico-material. Assim, um ato que regula determinado padrão de comportamento, estabelecendo critérios para a decisão de conflitos, qualifica-se como normativo, e pode ser considerado para fins de constitucionalidade.

Exemplifica ainda o festejado constitucionalista as matérias sujeitas ao controle concentrado:

> "a) todas as espécies normativas arroladas no art. 59 da CF;
> b) as resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça;
> c) as deliberações administrativas dos órgãos judiciários;
> d) as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho;
> e) os atos estatais de conteúdo meramente derrogatório".[11)]

Por outro lado, segundo o mesmo jurista, não se sujeitam ao controle abstrato de constitucionalidade:

> "a) atos estatais de feito concreto;
> b) súmulas;
> c) ementas de leis diversas de seu conteúdo;
> d) respostas do TSE;
> e) normas constitucionais inconstitucionais;
> f) ato normativo já revogado;
> g) convenção coletiva de trabalho;
> h) atos normativos estrangeiros (diversos dos tratados internacionais);
> i) decreto executivo (desde que não seja autônomo)".[12)]

Discute-se sobre a possibilidade de a ADI ter por objeto súmula vinculante do STF. Nelson Nery Junior[13)] entende possível o controle abstrato, ante a possibilidade de os legitimados ativos previstos no art. 103 proporem a edição, a revisão e o cancelamento da súmula de efeito vinculante (cf. art. 103-A, § 2º, CF).

Ação Direta de Inconstitucionalidade e Representação Interventiva: legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público assumiu a função constitucional de defesa social manifestada, entre outras vertentes, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. É este, pois, o comando constitucional extraído do art. 127, *caput*, da Constituição da República.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos constitui relevante elemento ético-jurídico que integra o Estado Democrático de Direito e resguarda a tutela dos valores constitucionalmente estabelecidos, quer sob a ótica social, quer sob o prisma individual.

Do controle político e jurisdicional de constitucionalidade exercido pelos poderes constituídos, o Ministério Público ficou incumbido da defesa da ordem jurídica, o que, por si só, o credencia como legitimado ativo natural para a deflagração do controle abstrato e incidental de constitucionalidade, sem embargo de sua atuação preventiva, facultando-se ao *Parquet* a utilização da *Recomendação*. O emprego desse instituto, apesar de ser desprovido de força vinculante ao Poder Público, poderá servir como instrumento de autocontrole de constitucionalidade, pelo Poder competente, na produção da normatividade tida como inconstitucional.

Assim, o artigo 103 da Constituição da República prevê os legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. São eles:

> "I – o Presidente da República;
> II – a Mesa do Senado Federal;
> III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> VI – o Procurador-Geral da República;
> VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

No plano do controle concentrado de constitucionalidade, portanto, tem o Ministério Público legitimidade para manejar os seguintes instrumentos jurídicos, segundo o sistema vigente:

> "a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", e seu § 2°, e art. 103 da CF/88);
> b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2°, da CF/88);
> c) ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, "a", e seu § 2°, e art. 103 da CF/88);
> d) ação por descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1°, da CF/88)".

A Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

A ação é imprescritível, por sua natureza social e difusa, e, pelos mesmos motivos, é inadmissível a sua desistência.

Como é cediço, cabe ao STF o papel de Corte Constitucional, competindo-lhe, exclusivamente, o controle de constitucionalidade abstrata ou concentrada de leis ou atos normativos em geral, em face da Constituição da República. Aos Tribunais de Justiça dos Estados é reservada a competência jurisdicional do controle concentrado de constitucionalidade de normas estaduais ou municipais, em face das respectivas Constituições Estaduais (art. 125, § 2°, da CF/88).

A ação por descumprimento de preceito fundamental vem disciplinada pela Lei nº 9.882/99, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1°, *caput*); cabe ainda quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1° da lei supracitada).

Por ato do Poder Público entende-se o ato normativo ou o administrativo, o comissivo ou o omissivo. Todas as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), seus respectivos órgãos (Ministérios, Secretarias), entidades da administração indireta (fundações e empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista) sujeitam-se a essa via de controle.

Atos de particulares que desrespeitem preceito fundamental, excetuados os que se encontram no exercício de função pública ou delegada pelo Poder Público, não se sujeitam ao controle jurisdicional comum.

A arguição por via da ação direta ao STF vem regulada no artigo 1°, *caput*, da Lei nº 9.882/99, enquanto o parágrafo único permite o aforamento por via incidental, nos casos de relevância.

Outra via direcionada pela doutrina também como instrumento de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos refere-se à *ação interventiva* ou *representação interventiva*, prevista no art. 35, IV (intervenção estadual), e no art. 36, III, c/c o art. 34, VII (intervenção federal), introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2°).

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica da ação, inserindo-a ora no controle concentrado ou abstrato, ora na esfera do controle difuso ou concreto, uma vez que busca eliminar conflito constitucional por desrespeito aos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF/88)[14].

São chamados de princípios constitucionais sensíveis, ante a gravidade de sua inobservância:

- a) a forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante dos impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Como observa Alexandre de Moraes, a regra do Estado Federativo é a autonomia dos entes federativos (União/Estados/Distrito Federal e Municípios), caracterizada pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização, autogoverno e autoadministração. Excepcionalmente, porém, será admitido o afastamento dessa autonomia política, com a finalidade de preservação da existência e unidade da própria Federação, por meio da intervenção[15].

A intervenção tem por fim tutelar a estrutura federativa do Estado, coibindo abusos ou excessos de gravidade acentuada, e preservar a soberania estatal e as autonomias das demais entidades políticas, mediante atos interventivos e temporários, fundamentados nas hipóteses taxativamente previstas pela Constituição da República.

A intervenção federal autoriza a incursão interventiva da União somente sobre os Estados-Membros, exceto em municípios localizados em território federal. Os Estados, por sua vez, somente poderão afastar a autonomia política-administrativa dos municípios nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos I a IV do art. 35 da Constituição da República.

Vale notar que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (§ 1°, art. 103, CF/88).

A doutrina reconhece que legitimidade ativa é pluralista e concorrente para o exercício da ação.

Ao Procurador-Geral da República cabe a legitimidade exclusiva de propor a representação perante o STF, na hipótese de violação dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII).

Consoante entendimento pretoriano, é vedado ao autor desistir da ação direta interventiva, em virtude do interesse público de que se reveste o controle abstrato da constitucionalidade[16].

A legitimidade passiva é dos Estados ou do Distrito Federal, sujeitos ao decreto interventivo.

Julgada procedente a ação direta interventiva, caberá ao STF declarar a violação ao princípio sensível constitucionalmente previsto.

O artigo 36, IV, da Constituição da República cuida ainda da ação direta interventiva a ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República perante o STJ, em caso de recusa à execução de lei federal.

Em ambos os casos, após o trânsito em julgado da decisão, o respectivo Tribunal Superior comunicará à autoridade responsável, bem como ao Presidente da República, para as providências constitucionais, sendo pois ato vinculado do Chefe do Poder Executivo Federal. Nessa hipótese, a intervenção federal será efetivada por decreto do Presidente da República, mediante requisição do STF ou do STJ, podendo ser limitada a suspender o ato impugnado, se bastar ao restabelecimento da normalidade (art.36, § 3°, da CF/88).

O procedimento da ação direta interventiva vem regulado pela Lei nº 4.337/64 e no Regimento Interno do STF. A sua competência é do próprio STF, salvo se se tratar de intervenção estadual em municípios, quando cabe aos respectivos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 35, IV, da CF/88).

Conforme orientação doutrinária[17)] e jurisprudencial, as leis e os atos normativos municipais, contestados à luz da Constituição da República, não podem sofrer o controle abstrato do STF (RTJ 93/459) nem do TJ Estadual (STF-RDA 184/208); tal controle se dá apenas no caso concreto. As Constituições Estaduais podem estabelecer, por meio de ADI, o controle abstrato de leis municipais contestadas à luz da Constituição Estadual (CF/88, art. 125, § 2°).

Malgrado a Constituição da República utilizar a expressão *representação*, a doutrina informa que se trata verdadeiramente de *ação constitucional direta interventiva*.

No âmbito dos Estados, a intervenção vem preconizada pelo artigo 35 da Constituição da República, *in verbis*:

> "Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
> I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
> II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
> III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
> IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial."

Cuida-se de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados.

O procedimento da ação vem estabelecido pela Lei nº 4.337/64, por força da Lei nº 5.778/72, bem como no regimento interno dos Tribunais de Justiça, havendo possibilidade de concessão de liminar no processo da ação interventiva.

A legitimidade ativa da ação é de atribuição exclusiva do Procurador-Geral de Justiça. Por sua vez, a legitimidade passiva é atribuição do município contra o qual se pede a intervenção.

O Tribunal de Justiça, acolhendo a representação interventiva, requisitará ao Governador do Estado a medida interventiva, cabendo, então, decretá-la. Poderá o Governador do Estado, previamente ao decreto interventivo, limitar-se a suspender a execução do ato impugnado, caso baste ao restabelecimento da normalidade (art. 36, § 3°, CF/88).

A ação interventiva terá como objeto o desrespeito do município aos princípios previstos na Constituição Estadual ou a resistência à execução de lei, de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário.

A Ação Civil Pública e o controle de constitucionalidade

Questão que tem merecido acalorada discussão no meio doutrinário e jurisprudencial diz respeito à possibilidade de a ação civil pública agitar a inconstitucionalidade do ato normativo do Poder Público, haja vista os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, com possibilidade de invasão de competência do STF, visto que a decisão proferida seria equivalente ao controle concentrado exercido pelo excelso Pretório.

O entendimento prevalente é no sentido de que poderá a ação civil pública ter como causa de pedir

fundamento de inconstitucionalidade de ato normativo, sendo vedado, por esta via processual, o controle abstrato de constitucionalidade. Na ADI, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade não é a causa a pedir, mas o próprio pedido[18].

---

[1] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 699.
[2] MORAES, 2008, p. 701
[3] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50-52.
[4] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial das leis no direito comparado**. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1992. p. 47-48.
[5] MENDES, Gilmar Mendes. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.
[6] ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 690.
[7] "**Código de Processo Civil** - Art. 481 - Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."
[8] Nesse sentido: **STF** – ADI n. 295-3 – DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Paulo Brossard, j. 22.06.1990.
[9] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Fiorentino Duarte. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1986. p. 2.
[10] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 907.
[11] , [12] BULOS, 2002, p. 907.
[13] BULOS, 2002, p. 57.
[14] Sobre o tema, consulte-se: BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.
[15] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 756.
[16] Nesse sentido: ADI n. 1971 – SP – Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/2001.
[17] NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 278.
[18] Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial n. 175222 – SP – 2ª Turma - Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.03.2002; JTJ 84/78 e 182/10.

3.3.5. Defesa judicial dos direitos e dos interesses das populações indígenas (Art. 129, V, da CF/88)

A Constituição da República de 1988 dedicou capítulo próprio ao indigenato (Capítulo VIII, arts. 231 e 232), sendo fonte inspiradora legislativa das Constituições do Paraguai e da Colômbia nos seus processos constituintes.

A questão das terras indígenas, bem como a preservação cultural desses povos, foi objeto de previsão constitucional, cabendo à União legislar sobre as populações indígenas. Caberá ainda ao Congresso Nacional autorizar a exploração mineral em terras indígenas.

A defesa dos direitos e interesses da comunidade indígena é matéria afeta às atribuições do Ministério Público Federal; portanto, de competência da Justiça Federal (art. 109, XI, da CF/88). O verbete 140 do STJ aclarou a questão, ao reconhecer que compete à justiça estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

Por isso, já se decidiu que, em casos de lesões corporais de silvícola contra outro índio, sem conotação especial, a competência será da Justiça Comum[1)]. A dimensão do caso concreto, em seu aspecto subjetivo, ditará, decisivamente, a fixação da competência envolvendo a tutela ao índio.

De outra sorte, as comunidades indígenas e os índios gozam de legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública e de outras ações coletivas, nos termos do art. 232 da Constituição da República, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos do processo.

[1)] Nesse sentido: **Superior Tribunal de Justiça** – CC n. 575 – MS – 3ª Seção – Rel. Min. Costa Leite – j. 21.9.1989; STJ – CC n. 3910 - RO – Rel. Min. Ademar Maciel, j. 17.12.1992.

3.3.6. Expedição de notificações e requisições de informações e documentos (Art. 129, VI, da CF/88)

Considerações gerais

Para o desempenho das inúmeras atribuições conferidas ao Ministério Público, é mister que tenha à sua disposição instrumentos legais eficazes, que lhe darão suporte no desempenho de seu papel constitucional, com absoluta independência funcional e na abrangência do interesse público, sem os quais ficará comprometida a sua capacidade de iniciativa e, assim, a sua própria missão.

Para tanto, compete ao Ministério Público, para o desempenho fiel de sua vocação constitucional, assumir um papel ativo, em harmonia com a expectativa de atuação que a sociedade deposita na Instituição; assim, o órgão tem de buscar elementos necessários para sua plena atuação, tanto à frente da área cível como da criminal, podendo valer-se das notificações e requisições, instrumentos jurídicos essenciais à atividade ministerial.

O art. 129, VI, da Constituição da República, assim como o artigo 26, I, da Lei nº 8.625/93, assegura ao Ministério Público a expedição de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, autoriza ao órgão ministerial requisitar condução coercitiva do faltoso.

A notificação, na lição de Pontes, "[...] é o meio de se dar conhecimento a alguém de que, se não praticar, ou se praticar certo ato, ou certos atos, está sujeito à cominação"[1].

A notificação, no rigor jurídico, pressupõe a instauração de procedimento investigatório cível ou criminal, ou mesmo de expediente preliminar de investigação.

O precitado art. 26, I, da LONMP não fixou prazo entre a comunicação e a data designada para inquirição, podendo gerar a necessidade de comparecimento imediato do notificando. O uso da força policial, requisitada em situações extremas, será conveniente em casos mais graves, quando a recalcitrância do notificando for deliberada, indiferente e descompromissada. O interesse público ou social não pode ficar à mercê de caprichos ou relutância desarrazoada do notificando.

A *notificação* encerra expressão mandamental em seu conteúdo, decorrente do amplo poder investigatório do Ministério Público.

Sob influência da norma constitucional, a lei assegura ainda o poder de *requisição* ministerial, consubstanciado em ato administrativo unilateral, imperativo, que abarca a ideia de ordem.

A requisição ministerial poderá ser destinada a qualquer autoridade, órgão público ou particular, com o fim de obter *certidões, informações, exames ou perícias*[2]. Ressalte-se que o *exame*, em sentido mais amplo, constitui aferição de determinada realidade fática, podendo ser realizado por qualquer pessoa; a *perícia*, por sua vez, cuida de um exame mais específico, elaborado por profissional habilitado quanto aos fatos que se pretende constatar; já as *certidões* compreendem declarações formais extraídas de registros e assentamentos administrativos, e as *informações* cingem-se a quaisquer esclarecimentos referentes a dados ou acontecimentos em geral.

Tanto a notificação como a requisição são faculdades administrativas colocadas à disposição do Ministério Público, independentemente da natureza de sua atuação, seja como órgão agente ou interveniente.

Vale destacar que é necessário que o órgão de execução proceda a minucioso exame formal ao expedir os referidos atos de comunicação, a fim de evitar erros grosseiros na elaboração do documento, tais como: indicação nominal do destinatário equivocada; incorreção do cargo ou função desempenhada por seu receptor; emprego de pronome de tratamento, para as autoridades, em contradição com as regras da língua culta; desajustes da formatação do texto, além de outras passíveis de imediata correção.

A adequada fundamentação[3], com fixação de prazo razoável para seu atendimento, é elemento formal da requisição, podendo, contudo, ser concisa. A notificação também merece ser motivada.

É comum a publicação de atos, avisos ou recomendações, expedidas pelas Corregedorias-Gerais do Ministério

Público, que disciplinam algum tema relacionado com a matéria, sendo, pois, fonte indispensável de consulta para o órgão de execução que prima por uma escorreita forma de atuação.

Cabe ao destinatário dar cumprimento ao ofício requisitório, não lhe sendo lícito recusar o atendimento. Poderá, contudo, solicitar a dilação do prazo para o cumprimento da requisição.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho[4]:

> "[...] qualquer agente público ou indivíduo pertencente à entidade privada que não atenda a requisição legitimamente feita por um de seus órgãos de execução, comete crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal [...]. Poderá ainda o recalcitrante incidir nas penas do delito previsto no artigo 10 da Lei n° 7.347/85."

Sobre a análise do elemento normativo do tipo penal do artigo 10 da Lei nº 7.347/85[5], pondera Nelson Nery Junior[6] que o adjetivo "indispensáveis" é elemento normativo do tipo, cabendo ao juiz aferir o que seriam dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. O não fornecimento de elementos úteis, auxiliares ou complementares não configura o crime da LACP 10, mas pode caracterizar prevaricação (art. 319 do CP), desobediência (art. 330 do CP)[7] ou o crime tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 236 (apenas para as ACPs fundadas no Estatuto).

O texto constitucional arremata quanto à necessidade de *fundamentação das manifestações processuais* do órgão ministerial. A obrigatoriedade de fundamentar suas manifestações processuais, incluindo-se os procedimentos administrativos, à semelhança do que ocorre com as decisões ou sentenças judiciais, é imperativo formal que deve ser acatado integralmente pelo órgão de execução, sob pena de cometimento de falta disciplinar (art. 110, inc. IV, da Lei Complementar nº 34/94)[8].

A obrigatoriedade da fundamentação das manifestações do membro do Ministério Público, igualmente, vem disposta no artigo 43, III, da Lei nº 8.625/93. Injustificável, portanto, ao órgão de execução o descumprimento desse dever funcional, notadamente quanto aos atos de maior relevância processual, ante a grave missão constitucional que recai sobre a Instituição.

Inviolabilidade da privacidade e do sigilo de dados

A garantia constitucional do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF/88) deve ser conjugada com a necessidade de se tutelar a intimidade da vida privada (art. 5º, X, da CF/88).

Os dados bancários e fiscais em cadastros de instituições financeiras, da Receita Federal e de outras entidades ou serviços similares são dotados de densa carga de informações de conteúdo privado de seus titulares. Por isso, somente poderão ser devassados em caráter excepcional, com a observância das formalidades legais e mediante autorização judicial ou de Comissões Parlamentares de Inquérito, ainda que proveniente de CPI de Assembleia Legislativa[9], desde que evidenciada a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos e de caráter restrito.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição da República compreende a proteção dos seguintes bens jurídicos:

> "a) sigilo da correspondência;
> b) sigilo das comunicações telegráficas;
> c) sigilo das comunicações de dados;
> d) sigilo das comunicações telefônicas;
> e) sigilo das comunicações telemáticas."

O sigilo de dados entrelaça-se com o segredo das comunicações telefônicas, o que robustece a proteção da intimidade. São informações personalíssimas.

O sigilo de dados inovou a ordem constitucional de 1988, inaugurando sua existência no plano normativo supremo. Contudo, o resguardo à intimidade ou à privacidade não é absoluto, mas *relativo* ou *limitado*, uma vez que passível de ingerência do Poder Judiciário diante da supremacia do interesse público em confronto com o individual ou privado.

O renomado jurista Alexandre de Moraes[10] elenca as características básicas do sigilo bancário e fiscal, entre elas, *in verbis*:

> "• Indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade[11], quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre investigação[12];
>
> • Individualização do investigado e do objeto da investigação;
>
> • Obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento investigatório;
>
> • Utilização de dados obtidos de maneira restrita somente para a investigação que lhe deu causa;
>
> • O sigilo bancário e fiscal é relativo e possui limites; pode ser devassado pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público, em hipóteses restritas de investigação de recursos públicos, pois a proteção constitucional do sigilo não deve servir a detentores de negócios não transparentes ou a devedores que dele tiram proveito para não honrar seus compromissos[13];
>
> • O mandado de segurança e, segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus*, quando houver 'a possibilidade destes (quebra de sigilos bancário e fiscal) resultarem em constrangimento à liberdade do investigado';
>
> • Impossibilidade de quebra de sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias, havendo necessidade de intervenção judicial[14];
>
> • A quebra de sigilo bancário, desde que presentes os requisitos já estudados, não afronta o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal;
>
> • O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo sem oitiva do investigado[15];
>
> • O próprio Código Tributário Nacional, ao estabelecer o sigilo, não o faz de forma absoluta.

Dessa forma, não há nenhuma ofensa à Constituição Federal, nem às leis infraconstitucionais; contudo, não foi fixada como critério a natureza do estabelecimento que deverá fornecer os dados, pois o pedido não se reveste de caráter contencioso em relação a eles, não se enquadrando nos casos previstos no artigo 109 da Constituição Federal. Assim, ora será competente a Justiça Federal, ora a Justiça Comum.

Com o advento da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.725/2001, permitiu-se a quebra de sigilo de dados em instituições financeiras, inclusive por servidores do Poder Executivo. Quanto a isso, houve pesada crítica doutrinária à sua validade constitucional, uma vez que o primado constitucional requer a intervenção do Poder Judiciário para sua autorização. No caso, haveria violação ao próprio Estado Democrático de Direito[16].

O Supremo Tribunal Federal, entendendo a subsistência do sigilo bancário e fiscal como direito individual, situa-o no patamar das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF/88), impedindo a deflagração de processo legislativo tendente a aboli-lo ou modificá-lo.

A quebra do sigilo bancário e a requisição do Ministério Público

No que tange ao Ministério Público, vicejam divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da possibilidade de seu órgão de execução requisitar diretamente os dados ou informações bancárias para fins de investigação.

Preceitua o artigo 5º, incisos X e XII, da Carta Magna, *in verbis*:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> [...]
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"

É sabido que a Constituição da República concebeu o Ministério Público como órgão essencial à função jurisdicional, com perfil de defesa da ordem social e democrática (art.127, caput, CF/88), valores essenciais na composição de um Estado de Direito. Delegou ainda ao órgão a titularidade exclusiva da ação penal pública e, para a realização de sua finalidade ético-institucional, acresceu instrumentos jurídicos sob sua responsabilidade, a fim de propiciar o cumprimento de suas obrigações constitucionais. Por isso, outorgou-lhe, entre outros, o poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos que instaurar, tais como inquéritos civis e procedimentos investigatórios criminais[17].

Leis orgânicas federais reafirmam e aclaram esse instrumento de atuação, permitindo ao *Parquet* "requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie"[18], determinando a responsabilização do membro do Ministério Público em caso de uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo[19]. No mesmo sentido, tem-se o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93, que regula a atuação do Ministério Público da União, extensível subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93.

A Lei Complementar nº 105/2001 não contemplou o Ministério Público como colegitimado ativo para requisitar às instituições financeiras a confidencialidade dos dados bancários ou fiscais.

Nada obstante, parte da doutrina[20] admite a quebra de sigilo diretamente pelo Ministério Público, amparada no *poder de requisição* eriçado constitucionalmente, bem como na legislação infraconstitucional[21] supracitada. Assim, a Lei Complementar nº 105/2001 não alcançou o Ministério Público, que possui pleno poder de requisição.

A jurisprudência é vacilante quanto ao tema, havendo, contudo, posições favoráveis à quebra do sigilo[22]. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há precedente[23] que admite a quebra de sigilo bancário envolvendo instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal (Banco do Brasil), em desfavor de empresas do setor sucroalcooleiro, tendo por objeto informações sobre a concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional.

Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno, em 17 de dezembro de 2007, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801-6 – DF – Rel. Min. Menezes Direito, por unanimidade de votos, admitiu válida a Lei Complementar nº 105/01, sufragando que os ditames da norma complementar, a qual exaustivamente tratou a matéria, outorgou apenas ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito, possuidoras de poderes próprios das autoridades judiciárias, o poder para determinar a quebra do sigilo bancário e fiscal. Por tais razões, negou-se ao Tribunal de Contas o acesso direto às informações sigilosas.

Vale acrescentar que a Lei Complementar nº 105/01 ampliou o leque de entidades a gozarem do beneplácito legal, alcançando o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários. Nada obstante, extrai-se dos

votos proferidos no aludido julgamento a exigência absoluta de mediação do Poder Judiciário (excetuadas as Comissões Parlamentares de Inquéritos, que detêm poderes específicos investigatórios, revestidos de autoridade judiciária) para romper com a imunidade que resguarda o valor constitucional da intimidade e suspender, excepcionalmente, o princípio da reserva das informações bancárias.

---

[1] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. III: 4.
[2] Veja-se art. 26, inciso I, letras "a", "b" e "c", e inciso II da Constituição da República, assim como o artigo 26, I, da Lei nº 8.625/93.
[3] Cf. arts. 67, § 6º, e 67, inc. XII, letra "b", ambos da Lei Complementar nº 34/94 do Estado de Minas Gerais.
[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 253.
[5] "Art. 10 – Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."
[6] NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Anotado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1339-1340.
[7] Nesse sentido: RT 499/304.
[8] "Art. 211 A pena de advertência será aplicada nos seguintes casos: [...] V - descumprimento do disposto no art. 110, IV [...]."
[9] Nesse sentido: **STF** – ACO n. 730 – RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Informativo STF n. 362, p. 3.
[10] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72-73.
[11] Nesse diapasão: **STF** – Inq. n. 2.245 Agr/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Informativo STF n. 450, seção I, p. 1.
[12] Nesse sentido: **STF** – Inq. n. 899-1 – DF – Rel. Min. Celso de Mello, DJ, set. 1994, p. 25.341.
[13] 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo – Agravo de Instrumento n. 596655 – 3ª Câmara – Rel. Juiz Aloísio Toledo; JTA-LEX 151/39.
[14] **STF** – Habeas Corpus n. 85.088 – ES – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ, Seção I, 23.09.2005, p. 50 e RTJ 195/978.
[15] **STF** – *Habeas Corpus* n. 55.447 e n. 69.372 – Agravo Reg. em Inquérito n. 887 – Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 24.05.1995, p. 6.806.
[16] Sobre o tema, consulte-se: NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 129, item 10; BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 119-120.
[17] Cf. art. 129, VI, CF/88.
[18] Cf. art. 26, II, da Lei nº 8.625/93.
[19] Cf. art.26, § 2º, da LONMP.
[20] Conferir: NERY JUNIOR, Nelson. **Direito Constitucional**, p.506. No mesmo sentido: MAZZILI, Hugo Nigro. **Def. interesses difusos em juízo**, p.327.
[21] Nesse sentido, consulte-se: MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74-76.
[22] **STJ** – *Habeas Corpus* n. 18060 – PR – Rel. Min. Jorge Scartezzini – v.u. j. 7.2.2002 – DJU 26.8.2002. No mesmo sentido: STJ – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca RSTJ 147/453 e RSTJ 139/579.
[23] **STF** – Mandado de Segurança 21.729-4-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), m.v., j. 5.10.1995 – DJU 19.10.2001, p. 33.

3.3.7. Exercício do controle externo da atividade policial (Art. 129, VII, da CF/88)

A Constituição da República consigna que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, cumprindo à Polícia Federal, à Polícia Civil e à Polícia Militar, entre outras instituições, fazê-la (art. 144, CF/88).

A política de segurança pública tem por escopo a manutenção da ordem pública, por meio da qual se busca a convivência harmoniosa e pacífica da população, fundada em valores jurídicos e éticos, indispensáveis à consecução do bem comum. Almeja o Estado (detentor do monopólio do *jus puniendi* e garantidor da ordem pública) banir a violência das relações sociais por meio do seu poder de polícia.

O regime jurídico-constitucional do Ministério Público atribui à Instituição a função privativa de promover a ação penal pública (art. 129, I). Como *dominus litis*, vislumbra-se implícito interesse do órgão em zelar pelo bom andamento das apurações criminais no país, atividade predominantemente exercida pela polícia judiciária.

A Constituição da República de 1988 inovou na nova ordem constitucional, conferindo expressamente ao Ministério Público a missão de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

Segundo a lição de Waldo Fazzio Júnior, *in verbis*:

> "[...] Quando o constituinte de 1988 atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII), não lhe conferiu uma autorização ou um poder (Kann-Formulierung) mas uma determinação de dever (Muss-Bestimmungen). [...] A atribuição do controle externo da atividade policial ao Ministério Público não é simples programação constitucional abstrata. Trata-se da imposição concreta de um dever material que não comporta juízos discricionários de oportunidade e conveniência.[...] Com efeito, a plenitude do exercício da legitimação ativa para a ação penal pública não se satisfaz com o mero repasse de elementos probatórios ao órgão jurisdicional. O exercício material pleno da legitimação ativa na ação penal pública reclama o controle da investigação como antecedente lógico e necessário para viabilizar a dedução da pretensão punitiva. Titular é o que detém o título, é o dominus, sendo natural que controle os atos preparatórios que instruirão sua postulação, tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade, como no plano substancial da eficácia e da objetividade. Ora, o inteiro cumprimento de uma imposição constitucional não se contenta com o simples desempenho formal de uma atividade; reclama exercício suficiente. [...] Por derradeiro, ao imperativo constitucional de controlar a atividade policial, imposto ao Ministério Público, corresponde o direito subjetivo pessoal, cujo titular é qualquer cidadão, de exigir que o 'parquet' o faça"[1].

Roberto Lyra, já há algum tempo, advertia que:

> "[...] a eficiência e a respeitabilidade do trabalho policial, que constitui a base da ação da Justiça, interessam ao Ministério Público como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da ação penal, como responsável pela segurança, pela regularidade e pela justiça da repressão"[2].

Ressalte-se que o controle da atividade finalística da polícia segue a tendência do sistema constitucional de estabelecer freios e contrapesos entre várias instituições.

Pretendeu o constituinte criar um sistema de fiscalização e vigilância administrativa capaz de potencializar a destinação institucional do Ministério Público, porquanto natural órgão de recepção dos trabalhos investigatórios criminais (inquéritos policiais) desenvolvidos pela polícia judiciária.

As atividades de apurações de infrações penais, tanto sob a ótica da prevenção como na repressão delituosa, são matérias de interesse do Ministério Público, cabendo a ele controlá-las.

A existência de órgãos de fiscalização interna, tais como *Corregedoria da Polícia*, não desnatura o controle externo exercido pelo *Parquet*, uma vez que o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), divisado na Carta Maior, visa a resguardar a ordem jurídica, os direitos individuais fundamentais, a apuração de abusos e

violações praticadas pela polícia, sem prejuízo de eventuais omissões de agentes descompromissados com o interesse público. O próprio art. 9º, III, da Lei Complementar nº 75/93 antevê a possibilidade de o órgão ministerial representar à autoridade competente para a adoção de providências, a fim de sanar omissão indevida, prevenir ou corrigir ilegalidades ou abusos. Como se vê, há integração de atuação de órgãos, com a finalidade de melhorar os serviços públicos prestados (art. 129, II, da CF/88).

Ademais, o policial que respeita seu cargo e a Instituição à qual pertence jamais poderia sentir-se ultrajado diante desse mister; ao contrário, deve aplaudi-lo, tendo consciência de que os policiais incautos, corruptos ou que pratiquem outro desvio de conduta funcional poderão ser responsabilizados diante dos tribunais e nas instâncias administrativas.

O objeto de controle da atividade policial deve ser disciplinado em lei complementar, em organização de cada Ministério Público.

Em vista da ausência de regramento da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), deixado a cargo da lei complementar de cada Estado, importa aplicar subsidiariamente (art. 80), na ausência de disciplinamento da lei complementar estadual (Lei Complementar nº 34/94, art. 67, IV), a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União), que trouxe diretrizes de atuação ministerial nessa área em que sobressai a tendência ao corporativismo.

Segundo os artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93 (LOMPU), o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio das seguintes medidas, *in verbis*:

> "Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:
>
> I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
> II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
> III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
> IV - requisitar à autoridade competente para a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
> V - promover a ação penal por abuso de poder.
> Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão".

As medidas relacionadas pela lei complementar são revestidas de pertinência temática relativa à finalidade institucional do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou, por meio da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, o controle externo da atividade policial, extraindo seu fundamento jurídico da ordem constitucional (art. 127, *caput*, e art. 129, I e II) e dos diplomas de organização funcional do Ministério Público insertos na Lei nº 8.625/93 (art. 80) e na Lei Complementar nº 75/93 (art 9º), esmiuçando a atividade fiscalizadora de forma clara e inafastável.

Importa ao Ministério Público, como legítimo instrumento de promoção da cidadania, exercitar o controle dessa sensível e relevante função institucional com maior efetividade, contribuindo decisivamente com os interesses sociais na busca do respeito aos valores da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

[1)] FAZZIO JUNIOR, Waldo. O Ministério Público e o dever constitucional do controle externo da atividade policial. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**, n.12, p. 100-102, 1997.

[2)] LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 1989. p. 121.

3.3.8. Requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial - Manifestações fundamentadas (Art. 129, VIII, da CF/88)

As requisições como instrumento de atuação funcional

Independente da escorreita classificação jurídica, ora tida como função constitucional do órgão ministerial, ora como efetivo instrumento de atuação, *o poder requisitório* objetiva fazer valer concretamente a finalidade institucional do Ministério Público, qual seja, implementar a efetiva defesa social e o resguardo dos direitos fundamentais.

Sob o prisma do sistema acusatório vigente no direito pátrio, detém o Ministério Público o poder de requisitar a instauração de inquérito policial ou requisitar diligências investigatórias *sponte propria*, não podendo lei infraconstitucional tolher tal instrumento de atuação funcional. Para a consecução de sua destinação constitucional na repressão aos ilícitos penais, a Instituição poderá valer-se de seu poder requisitório aos organismos policiais para a instauração de procedimento investigatório criminal, resguardando o interesse público por desvendar a existência de possíveis delitos.

As requisições trazem consigo a exigência de seu cumprimento. Tratando-se de requisição de instauração de inquérito policial, a autoridade policial destinatária há de observar seu cumprimento, devendo ser creditada ao órgão ministerial requisitante toda e qualquer alegação de ilegalidade ou abuso de poder, sendo, pois, a autoridade coatora.

Em caso de mero encaminhamento de peças de informações à autoridade policial para “providências cabíveis”, o órgão ministerial não exercita, a nosso sentir, o seu poder requisitório, cabendo àquela autoridade a discricionariedade de instauração do procedimento investigatório.

Os destinatários das requisições poderão ser pessoas físicas ou jurídicas, particulares ou públicas, além de entes despersonalizados.

A requisição, calcada em sede constitucional e no interesse público, se sobrepõe a qualquer outro. Assim, a ocultação ou a recusa no atendimento da requisição ministerial é conduta impeditiva de sua ação e, consequentemente, da justiça, configurando conduta abusiva do destinatário recalcitrante. Por isso, a requisição será endereçada diretamente ao interessado, sendo desnecessário o órgão ministerial dirigir-se ao superior hierárquico do destinatário[1)].

Qualquer matéria de interesse do Ministério Público que se alinhe na esfera de sua atuação poderá ser *objeto* da requisição.

A requisição ministerial, regra geral, precede a ação penal, uma vez que é direcionada às investigações que servirão de escora para o ajuizamento da denúncia. Contudo, tem-se que a *requisição* poderá ultrapassar a fase inquisitiva, remanescendo ao Ministério Público seu poder requisitório, que deve ser orientado para a captação de elementos probatórios necessários à busca da verdade real.

Por outra ótica, o poder de requisição não exclui a intervenção do juiz, como provedor da regularidade do processo, com iniciativa no campo probatório (arts. 156 e 502, *caput*, ambos do CPP), podendo determinar providências eventualmente pleiteadas pelo Ministério Público e imprescindíveis para a elucidação dos fatos, ou mesmo de ofício[2)], não estando, na busca da verdade real, sujeito a preclusões[3)].

As requisições constituem importantíssimo instrumento jurídico de que dispõe o Ministério Público como instituição vocacionada ao desempenho de funções investigatórias, tanto que foram reconhecidas como tal a partir da Carta Magna (art. 129, VIII, CF/88), e previstas em variadas legislações infraconstitucionais.

O poder investigatório do Ministério Público

Por investigação, derivado do latim *investigatio*, de *investigare* (indagar, seguir o rastro de, perscrutar), entende-se a pesquisa, seguindo-se os vestígios e indícios relativos a certos fatos, para que se esclareça ou se descubra alguma coisa[4].

Nas multivariadas formas de relações sociais, havendo a notícia da prática de um ilícito penal, impõe-se ao Estado o poder-dever de investigar ou esclarecer os fatos, fazendo nascer o *jus puniendi* e a pretensão punitiva estatal. Surge daí o poder-dever do Estado de colher elementos de convicção capazes de elucidar fatos e sua autoria com o propósito de, eventualmente, deflagrar a competente ação penal. Surge, assim, a noção de investigação criminal, qual seja, aquela atividade inquisitiva destinada à produção e coleta de evidências capazes de apontar a autoria e materialidade delitivas.

Conquanto assuma diversas nomenclaturas no direito comparado, como *indagine preliminare*, na Itália; *vorverfahren* e *ermittlungsverfahren* – procedimento preparatório ou fase de averiguação – na Alemanha; *enquête préliminaire* e *instruction*, na França; *prosecution* e *preliminary inquiry*, na Inglaterra, etc., no Brasil é tradicional o emprego de *investigação criminal*[5].

A investigação criminal, em suma, aponta para toda e qualquer colheita de informações pré-processuais, direta ou indireta, com o fito de estabelecer o vínculo de causalidade entre a autoria e a materialidade de uma infração penal e todas as suas circunstâncias.

Nesse contexto jurídico-penal, a par de seu inerente poder requisitório, poderá o Ministério Público dispor de diligências investigatórias *interna corporis*, instaurando procedimento investigatório criminal, colhendo elementos probatórios que julgar necessários, com observância da licitude de sua produção, com o fim de subsidiar a propositura de futura ação penal, visto que detentor do *dominus litis*.

No caso, não se cuida de presidir a inquéritos policiais, tarefa afeta à Polícia Civil por via de seus valorosos Delegados.

O poder investigatório do Ministério Público decorre da própria Constituição da República, em seu artigo 129, inc. IX[6]. A norma constitucional em apreço qualifica-se como norma de encerramento, podendo a lei infraconstitucional prever as hipóteses de investigações, o que, de fato, ocorre no cotejo dos artigos 25, *caput*[7], 26, IV[8], e 80[9], todos da Lei nº 8.625/93, e arts. 5º, VI[10], e 8º, IV[11] e VII[12], ambos da LC nº 75/93.

Ora, consoante se extrai das normas infraconstitucionais citadas, quem *requisita diligências investigatórias* já está executando atos ou diligências de apuração. Ademais, quem *realiza* atos investigativos, da mesma sorte, já se encontra em vias de investigação. Por isso, não se deve confundir a atividade de polícia judiciária, que é própria dos organismos policiais e cujo esvaziamento não se propõe, com a função investigatória, atribuição ministerial por excelência, fundada no interesse público e na defesa da sociedade, que se vê afrontada por condutas ilícitas, muitas vezes de enorme gravidade e consequências sociais, devendo, por isso, cumprir sua vocação constitucional.

Ademais, a matéria guarda estreita relação temática com as funções constitucionais do Ministério Público, haja vista o disposto no art. 129, I, da Carta, o qual estabelece caber ao *Parquet* a promoção privativa da ação penal pública, resultando em harmônica interação entre a desafiadora missão de investigar e, sucessivamente, com lastro nos elementos investigativos colhidos – matéria por si só impregnada de essencialidade social – de deflagrar o titular da ação penal o *jus accusationis in judicio*.

Como bem ponderado por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

> "[…] se a intervenção do Ministério Público só se justificasse no instante imediatamente posterior ao relatório de que trata o art. 10 do Cód. de Proc. Penal, haveríamos de concluir, por consequência, que aquele ato constituiria uma esdrúxula e inusitada condição de procedibilidade, o que afronta a unanimidade da doutrina especializada"[13].

Sob outro aspecto, não existe no texto constitucional em vigor nenhum monopólio para a realização de toda e qualquer função investigativa. A exclusividade das funções de polícia judiciária federal a que alude o *caput* do art. 144, §1º, da Constituição da República justifica-se em razão de critérios de organização funcional dos

demais órgãos federais indicados pelo art. 144, *caput*, ou seja, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal[14].

As Polícias Civis, no âmbito estadual, exercerão as funções de polícia judiciária, sem caráter de exclusividade, vale repisar. Caso contrário, qual seria o destino das investigações empreendidas no seio dos demais Poderes do Estado?

No Poder Executivo, tramitam variadas apurações que irão desaguar no Ministério Público. Por exemplo, o Banco Central promove investigações no sistema financeiro, com participação efetiva do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros (DECIF); já o COAF, a seu turno, no combate à lavagem de dinheiro, realiza atos investigatórios próprios; a Receita Federal, por meio de suas Delegacias; a Controladoria-Geral da União; o INSS, em relação aos desvios de condutas previdenciárias; as Delegacias do Trabalho, quanto a ilícitos que atentam contra a organização do trabalho ou quanto ao trabalho escravo; o IBAMA, e outros. Por isso, o próprio parágrafo único do art. 4º do CPP rechaça a feudalização da investigação criminal pela Polícia, conferindo o poder investigatório a outras autoridades administrativas, desde que correlatas com sua vocação constitucional ou legal[15].

O Poder Legislativo, na mesma senda, instaura CPIs com poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, cujo destino também será o Ministério Público.

No Poder Judiciário, cabe rememorar que, havendo indício de prática de crime cometido por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar deverá remeter os autos do inquérito policial ao tribunal competente para fins de prosseguimento da investigação. Vale destacar que a norma legal recomenda apenas a remessa dos autos ao tribunal ou órgão especial competente, sendo, pois, descabido cogitar-se de qualquer autorização da Corte Especial para dar curso ao procedimento investigatório (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/79). Segundo o nosso ponto de vista, afigura-se ilegal qualquer dispositivo regimental que imponha condicionantes não previstas em lei. Nesse aspecto, entendeu o STF que o referido dispositivo legal não obstaculiza a atuação interna e externa do Ministério Público, conferindo, pois, legitimidade de exercer sua autonomia administrativa, sob pena de inutilizar as funções constitucionais atribuídas ao *Parquet*[16].

Ademais, a presença do órgão jurisdicional na atividade investigativa, ante o sistema acusatório desenhado pelo Estado Democrático de Direito, é hipótese de *exceção*, tendo-se em vista o natural e recomendável distanciamento do juiz da função investigatória, figurando o Poder Judiciário, a rigor, como garantidor da legalidade da investigação e resguardo aos direitos e garantias fundamentais do investigado. Por isso, a regra prevista no precitado art. 33, parágrafo único, da LOMAN, lei federal elaborada em momento político distante dos ideais democráticos trazidos pela vigente Carta Magna, há de ser interpretada sob a luz do *sistema acusatório*, que melhor se coaduna com o 'Estado Democrático de Direito'. Por isso, a iniciativa investigatória ou persecutória por parte do juiz há de ser vista com reservas.

Em decorrência disso, o prosseguimento investigatório contra magistrados, trilhado sob os cuidados do tribunal competente, não aniquila eventuais elementos de convicção carreados ao Ministério Público, ou mesmo aqueles coligidos em fase preparatória, a fim de formar sua *opinio delicti*, uma vez que destinatário final de toda investigação criminal, excetuado o particular, em casos de ação penal privada.

O mesmo se diga quanto aos membros do Ministério Público (art. 40, III, da Lei nº 8.625/93), havendo transmissão legal da atribuição investigatória ao Procurador-Geral de Justiça. Como se vê, a pretensão ao poder investigatório exclusivo não ressoa como norma afinada com o regime democrático esboçado no texto da Carta Maior.

Outrossim, não há no sistema constitucional brasileiro funções típicas exclusivas. Com isso, o Legislativo não apenas edita leis, mas investiga (CPIs, por exemplo), julga crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e pelo Vice-Presidente, além dos cometidos pelos Ministros do STF, pelo Procurador-Geral da República e pelo Advogado-Geral da União (art. 52, I, e II, da CF/88). O Poder Executivo, igualmente, legisla por via de medidas provisórias. Por sua vez, o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa (cf. art. 93, caput, CF), visto que edita atos normativos regimentais e julga mandado de injunção na ausência de norma regulamentadora (art. 102, “q”, CF/88).

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas sim o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

Por isso, reconhece a doutrina que a investigação se legitima pelo *fato investigado*, e não pela ponderação subjetiva sobre qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta[17)].

Ante o permissivo constitucional cristalino conferido ao Ministério Público em sua função de investigar, poder-se-ia cogitar de eventual duplicidade de procedimentos investigatórios. Prevenindo o ataque, bem observa Luciano Feldens[18)] que a duplicidade de investigações não pode ser considerada, em si mesma, como um problema que deve redundar na anulação – ou paralisação – de uma delas. Tal hipótese é comum ocorrência quando temos em andamento uma CPI no Congresso Nacional voltada à investigação de fato, revestida de densidade delituosa. Em tal situação tramitam, em paralelo, um inquérito parlamentar e um inquérito policial, sem que objeção alguma tenha sido ofertada a essa convivência de investigações.

No dizer de Alexandre de Moraes[19)], não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso Supremo Tribunal Federal, configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da 2ª Turma, no julgamento do HC nº 89837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20 de outubro de 2009, reconheceu, à unanimidade, o poder investigatório do Ministério Público, facultando-se ao órgão ministerial a instauração de procedimento investigatório a ser por ele presidido, independentemente da existência de inquérito policial sobre os fatos. Idêntica orientação foi adotada no julgamento do HC nº 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10 de março de 2009.

O Conselho Nacional do Ministério Público disciplinou a instauração e a tramitação do *procedimento investigatório criminal* a ser conduzido pelo Ministério Público por via da Resolução nº 13/2006. No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a matéria mereceu tratamento através da Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 02/2004.

Conquanto ao Ministério Público caiba exercer tarefas investigativas, vislumbra-se a existência de determinados atos que são confiados exclusivamente à atividade judicial. São denominadas *cláusulas de reserva jurisdicional*, as quais excluem do órgão investigador a possibilidade de órgão estatal investigador praticar diretamente a medida ou o ato, senão mediante a intervenção ou autorização judicial. Como exemplo, temos buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, medidas e prisões cautelares, exceto o flagrante. Tal princípio é de caráter absoluto, sendo, pois, um limitador constitucional aos poderes investigatórios do Ministério Público.

Como limitador da atividade investigatória do Ministério Público, a doutrina aponta o princípio do *Promotor Natural*, pois ninguém poderá ser 'processado' senão por autoridade dotada de atribuição consoante as regras previamente estabelecidas (art. 5º, LIII, CF). Assim, exige-se que a condução de uma investigação seja realizada por um membro que possua atribuições para o caso concreto, segundo a normatividade previamente estabelecida. Trata-se de uma *limitação concreta*, pois somente poderá ser aferida diante de um caso real, ante a análise de suas peculiaridades, de modo que se identifique com exatidão o órgão ministerial que congrega as atribuições para seu exame.

A requisição de procedimento administrativo

A possibilidade de requisição de instauração de procedimento administrativo é realidade fática comum, *maxime* diante da independência das esferas administrativas, penais e civis (art. 26, III, da Lei nº 8.625/93).

A conduta de servidor público, considerada em sentido amplo, pode desprestigiar a administração pública, ao violar princípios ou regras estruturais ou éticas dos serviços públicos, incidindo o incauto, inafastavelmente, em sanções administrativas. Daí ser facultado ao Ministério Público, sob inspiração da norma constitucional gizada no artigo 129, II, e com supedâneo legal supracitado, requisitar a apuração dos fatos perante a autoridade

administrativa competente.

Importa dizer que a conclusão da apuração requisitada, ainda que não esteja atrelada à autuação funcional do órgão ministerial requisitante, deverá ser cumprida, refugindo da esfera de atribuição do destinatário a análise de sua conveniência.

O desatendimento à requisição ministerial poderá ensejar a interposição de mandado de segurança ou mesmo a caracterização dos delitos capitulados no art. 10 da Lei nº 7.347/85 e no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

[1)] Nesse sentido: **STJ** – Mandado de Segurança n. 5370 – DF – 1ª Séc. – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., j. 12.11.1997 – RSTJ 107/21.

[2)] Nesse sentido: **STJ**, RT 683/361.

[3)] Tacrim/SP, RT 626/318.

[4)] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 9. ed. [S.l.]: Forense, p. 517.

[5)] CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51-52.

[6)] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

[7)] "Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]."

[8)] "Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; [...]."

[9)] "Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União."

[10)] "Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei."

[11)] "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] V - *realizar inspeções e diligências investigatórias*; [...]." (grifo nosso).

[12)] "[...] VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; [...]."

[13)] DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **A investigação a cargo do Ministério Público e o controle da atividade policial**. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/proc.criminal/doutrina>. Acesso em: 21 jun. 2014.

[14)] Nesse sentido consultar: **STJ** – Recurso Especial n. 2001/0191236-6 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 15.12.2003, p. 413.

[15)] CPP: "Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função."

[16)] **STF** – RHC nº 88.280-3 – SP– Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/08/2006, v.u. No mesmo sentido, consultar: **STJ** – *Habeas Corpus* nº 32.391 – MA – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca

[17)] CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107.

[18)] FELDENS, Luciano. A função investigatória do Ministério Público. In: MOURA, Flávio Paixão de et al (Org.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-164.

[19)] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 611.

3.3.9. Exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade e vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de Entidades Públicas (Art. 129, IX, da CF/88)

O Poder Constituinte, ao dimensionar o Ministério Público no texto constitucional como instituição determinada a zelar pelos interesses maiores da sociedade, primando pela boa técnica legislativa, estipulou cláusula de reserva capaz de prever qualquer outra atribuição ao Ministério Público, observada a pertinência temática de suas funções constitucionais.

Trata-se de *norma de encerramento*, de modo que outras legislações, no âmbito federal e estadual – incluídas as Constituições Estaduais e leis orgânicas dos Estados –, desde que compatíveis com a vocação constitucional do Ministério Público, podem outorgar outras atribuições ao *Parquet*.

A norma infraconstitucional não poderá desviar a Instituição de sua destinação constitucional, estabelecendo-lhe funções desconexas do perfil institucional. Assim, ficam vedados à Instituição a defesa de interesses de entidades fazendárias ou o patrocínio de interesses individuais disponíveis.

O interesse público com que o Ministério Público se vê compromissado pela norma constitucional é o interesse da sociedade, também denominado pela doutrina como *interesse público primário*, inconfundível com o interesse público sob a ótica da administração pública (interesse secundário).

Portanto, a legislação municipal jamais poderá disciplinar matéria relacionada com as funções do Ministério Público, sendo inconstitucionais, por exemplo, normas locais que obriguem a participação de membro do Ministério Público em Conselhos Municipais[1)].

Outra hipótese de atuação residual do *Parquet* consiste na assistência ao trabalhador rural, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, diante da ausência de sindicato profissional da categoria, da autoridade do Ministério do Trabalho ou do Defensor Público (art. 477, CLT). Conquanto haja recalcitrância de alguns membros em admitir legitimidade da Instituição em tal forma de atuação, cremos haver, no caso, latente interesse social, sobretudo envolvendo localidades menos favorecidas onde não existem outros órgãos de apoio ao trabalhador rural por ocasião da rescisão dos contratos de trabalho. Diante desse quadro deficitário, não vemos, *concessa venia*, como negar a hipótese de intervenção ministerial no socorro aos direitos e interesses dos trabalhadores rurais, mormente se considerarmos que, atualmente, o Ministério Público do Trabalho não se encontra presente em todos os rincões do país, o que, por si só, justifica a atuação supletiva do Ministério Público Estadual.

[1)] Nesse sentido, conferir: **STF**, Agravo de Instrumento n. 168.964-1/040 – Rel. Min. Néri da Silveira – **DJU** 29.05.1996, p. 18.352.

3.3.10. Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Súmulas vinculantes

Súmula Vinculante 11:

> "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado."

Súmula Vinculante 13:

> "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

Súmula Vinculante 14: "É direito do defensor, no interesse do interessado, ter acesso amplo a elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Súmula Vinculante 18:

> "A dissolução da sociedade ou do conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no artigo 14, § 7º da Constituição Federal."

Súmula Vinculante 23:

> "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra o empregador, inclusive aquelas nas quais, ao tempo da edição da Emenda Constitucional n. 45/04, ainda não havia sido proferida sentença de mérito em primeiro grau."

Súmula Vinculante 24:

> "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

Súmula Vinculante 25:

> "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito."

Súmula Vinculante 26:

> "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame crimino lógico."

Súmula Vinculante 27:

> "Compete à Justiça estadual julgar causas entre o consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente."

Súmulas

Súmula 208:

> "O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus."

Súmula 210:

> "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal."

Súmula 448:

> "O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público."

Súmula 608:

> "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada."

Súmula 609:

> "É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal."

Súmula 643:

> "O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares."

Súmula 696:

> "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal."

Súmula 701:

> "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo."

Súmula 714:

> "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções."

Súmula 715:

> "A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução."

Súmula 716:

> "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória."

Súmula 717:

> "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial."

Súmula 718:

> "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

Súmula 719:

> "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Súmula 720:

> "O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres."

Súmula 721:

> "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual."

Súmula 722:

> "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento

> das respectivas normas de processo e julgamento."

Súmula 723:

> "Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave, com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano."

Julgados

> "***EMENTA***: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA E PROTEÇÃO, EM JUÍZO, DE DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL. IMPOSIÇÃO, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA (VERBA HONORÁRIA, CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS). INADMISSIBILIDADE, 'SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ' (LEI N. 7.347/85, ART. 18). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, NO CASO, DE CONDUTA ABUSIVA OU MALICIOSA POR PARTE DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOUTRINA. PRECEDENTES. (STF - RE 233585 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 09/09/2009)"[1].

> "***EMENTA***: COMPETÊNCIA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL VERSUS MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal (STF, Pleno, Pet 3528 / BA – Bahia, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 28/09/2005)"[2].

> "***EMENTA***: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). Recurso não conhecido (STF, Pleno, RE n. 208.790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 27/09/2000, DJU de 15/12/2000, p. 105)"[3].

> "***EMENTA***: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. MENSALIDADES ESCOLARES. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DE REAJUSTE FIXADAS PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF, 1ª T., RE n. 190.976/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 31/10/1997, DJU 06/02/1998, p. 35)"[4].

> "***EMENTA***: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem

número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação (STF, Pleno, RE n. 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 26/02/1997, DJ 29/06/2001, p. 55)”[5].

“***EMENTA***: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). Recurso não conhecido (STF, Pleno, RE n. 208.790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27/09/2000, DJ 15/12/2000, p.105)”[6].

“***EMENTA***: LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. ATIVA. CARACTERIZAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA SOBRE CONTRATOS DE FINANCIAMENTO FIRMADOS NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH. TUTELA DE DIRETOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MATÉRIA DE ALTO RELEVO SOCIAL. PERTINÊNCIA AO PERFIL INSTITUCIONAL DO MP. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 127 E 129, INCS. III E IX, DA CF. PRECEDENTES. O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. (RE 470.135-AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 22-5-07, DJ de 29.06.2007)”[7].

“***EMENTA***: O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito. (RE 441.318, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25.10.2005, DJ de 24.02.2006)”[8].

“***EMENTA***: Ação civil pública para proteção do patrimônio público. art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92). (RE 208.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 27.09.2000, DJ de 15.12.2000)”[9].

“***EMENTA***: Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, caput e § 1º, do Código Civil (L.

> 10.406, de 10-1-2002). O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta a lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de 'funções institucionais do Ministério Público', admite que a elas se acresçam a de 'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas'. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma 'norma de encerramento', que, à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias — qual acontece, de há muito, com as de cunho processual — possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com as finalidades da instituição e às vedações de que nelas se incluam 'a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas'. (ADI 2.794, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.12.2006, DJ de 30.03.2007)"[10]. No mesmo sentido: MS 26.698, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28.02.2008, Informativo 49.

Área Criminal

> "***EMENTA***: MAGISTRADO - PROCESSO ADMINISTRATIVO *VERSUS* ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ARTIGO 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. O que previsto no artigo 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não obstaculiza a atuação interna e externa do Ministério Público. Na primeira, mediante exame de dados que lhe tenham chegado às mãos e, na segunda, formalizando denúncia junto ao Tribunal competente, visando à persecução criminal. AÇÃO PENAL - TIPICIDADE - *HABEAS CORPUS*. O *habeas* não é meio próprio para apreciar-se a denúncia formalizada pelo Ministério Público. Óbice a esta última, via a impetração, pressupõe situação clara e precisa a afastar a persecução criminal. (STF – 1ª T. - RHC n. 88280-3 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 15.08.2006, unânime)"[11].

> "***EMENTA***: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, §1°, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento. (STF - 2ª T. - RE 464893 / GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/05/2008, unânime)"[12].

> "***EMENTA***: *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBLIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (*HC* n. 89.877/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal,

atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (STF- 2ª T., *HC* n. 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, un., julg. 10/03/2009)"[13].

"***EMENTA***: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: *HC* 75.343, 12.11.1997, Pertence, *RTJ* 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. (RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.03.2006, DJ de 31.03.2006)"[14].

"***EMENTA***: Correição parcial (CPPM, art. 498): compatibilidade com o art. 129, I, CF, que outorgou legitimação privativa ao Ministério Público para a ação penal pública (*HC* 68.739, 01/10/91, Pertence, RTJ 138/524)." (HC 78.309, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 02.02.1999, DJ de 26.03.1999)"[15].

"***EMENTA***: O Ministério Público, nas ações penais públicas condicionadas, não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos constantes da representação ou da requisição de que lhe haja sido dirigida. A vinculação do Ministério Público à definição jurídica que o representante ou requisitante tenha dado aos fatos é nenhuma. A formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia." (*HC* 68.242, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.11.1990, DJ de 15.03.1991)"[16].

"***EMENTA***: Ministério Público. Privatividade da ação penal pública (CF, art. 129, I): incompatibilidade com os procedimentos especiais por crime de deserção, no ponto em que prescindem da denúncia (C. Pr. Pen. Militar, art. 451 ss.): precedente *HC* 67.931. (*HC* 68.204, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.10.1990, DJ de 23.11.1990)"[17].

"A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11.05.2005, DJ de 11.11.2005)"[18]. No mesmo sentido: *HC* 83.463, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.03.2004, DJ de 04.06.2004.

"***EMENTA***: *Habeas corpus*. Processual penal. Alegação de nulidade do auto de prisão em flagrante, do inquérito policial, da denúncia e da condenação dos pacientes. Denúncia oferecida pelo mesmo promotor de Justiça que teria investigado e acompanhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais. Não-ocorrência. Habeas corpus denegado. O fato de o Promotor de Justiça que ofereceu a denúncia contra os pacientes ter acompanhado a lavratura do auto de prisão em flagrante e demais atos processuais não induz à qualquer ilegalidade ou nulidade do inquérito e da consequente ação penal promovida, o que, aliás, é perfeitamente justificável em razão do que é disposto no art. 129, inc. VII, da Constituição da República. (*HC* 89.746, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12.12.2006, DJ de

09.02.2007)”[19].

“***EMENTA***: Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC n. 75/1993. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público — art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992. Mandado de segurança indeferido. (MS 21.729, Rel. p/ o ac. Min. Néri da Silveira, julgamento em 05.10.1995, DJ de 19.10.2001)”[20].

“***EMENTA***: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: *HC* 75.343, 12.11.1997, Pertence, RTJ 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. (RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.03.2006, DJ de 31.03.2006)“[21].

“Contraria o disposto no art. 129, I, da Constituição, a decisão judicial, que em fase anterior à própria demanda, cerceia a titularidade do Ministério Público, definindo, em caráter terminativo, a competência do Juízo, só perante o qual poderá ser promovida a ação penal. (RE 222.283, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24.03.1998, DJ de 08.05.1998)”[22].

“A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, *HC* 67.931-5-RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do MP. Revogação dos artigos 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/88, art. 129, I. (RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13.08.1991, DJ de 13.09.1991)“[23]. No mesmo sentido: HC 72.073, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 02.04.1996, DJ de 17.5.1996

“O Ministério Público, nas ações penais públicas condicionadas, não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos constantes da representação ou da requisição de que lhe haja sido dirigida. A vinculação do Ministério Público à definição jurídica que o representante ou requisitante tenha dado aos fatos é nenhuma. A formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia. (*HC* 68.242, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.11.1990, DJ de 15.03.1991)”[24].

"O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável. Contribuinte, portanto. Os documentos foram apreendidos no interior da sede da empresa e não no domicílio do seu responsável legal. A atividade da pessoa jurídica está prevista como crime contra a ordem econômica. Legítima, assim, a atuação do Fisco, com respaldo na legislação pertinente. Legítima, também, a atuação do Ministério Público instando a autoridade policial à instauração do inquérito policial, com vista a apurar a ocorrência de um fato típico [...]. (*HC* 87.654, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 07.03.2006, DJ de 20.04.2006)"[25].

"A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decrete, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira. Precedentes. (HC 84.758, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25.05.2006, DJ de 16.06.2006)"[26].

"***EMENTA***: Agravo Regimental. Inquérito. Quebra de sigilo bancário. Remessa de listagem que identifique todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente titularizada pela agravante para fins de remessa de valores ao exterior. Listagem genérica: impossibilidade. Possibilidade quanto às pessoas devidamente identificadas no inquérito. Agravo provido parcialmente. Requisição de remessa ao Supremo Tribunal Federal de lista pela qual se identifiquem todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente para fins de remessa de valores ao exterior: impossibilidade. Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. Agravo provido parcialmente. (Inq 2.245-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 29.11.2006, DJ de 09.11.2007)"[27].

"O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. (AI 655.298-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 04.09.2007, DJ de 28.09.2007)"[28].

"***EMENTA***: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei n. 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. Notitia criminis condicionada 'à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário'. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no *HC* 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita 'representação tributária', se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação. (STF, Pleno, ADI 1571 / UF – União Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/12/2003)"[29].

"***EMENTA***: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQÚERITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II. - Não há

> impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III. - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93 (STF, Pleno, Inq 1957 / PR – Rel. Min. Carlos Velloso, j 11/05/2005)"[30].

> "***EMENTA***: *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADA POR OMITIR DADO TÉCNICO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 10 DA LEI N. 7.347/85). ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL, QUE TERIA ORIGEM EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL EM CAUSA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em Inquérito Civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil. Daí porque essencial a apresentação das informações negadas, que não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói, cabendo ao Ministério Público zelar por aqueles princípios, como *custos iuris*, no alto da competência constitucional prevista no art. 127, caput. Habeas corpus indeferido (STF, 1ª T. *HC* n. 84367 / RJ – Rel. Min. Carlos Brito, j. 09/11/2004)"[31].

Superior Tribunal de Justiça

Súmulas

Súmula 116:

> "A Fazenda Pública e o Ministério Público têm o prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça."

Súmula 189:

> "É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais."

Súmula 226::

> "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado".

Súmula 234:

> "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia."

Súmula 329:

> "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público."

Súmula 337:

> "É cabível suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva."

Súmula 338:

> "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas."

Súmula 415:

> "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada."

Julgados

> "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS. - O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de ação civil pública objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica. - Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC. - Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes.Recurso especial provido. (STJ - Resp 910192/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2010, unânime)"[32].

> "ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar deste da mesma Câmara Municipal. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade, por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário. 3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com 'dedicação e eficiência'. 4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública. 5. O fato de a Resolução nº 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo. 6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. 7. Recurso especial provido. (STJ – 2ª T. - Resp 1009916/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2009, unânime)"[33].

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO FIRMADAS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E COMERCIAL. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

> 1. O Ministério Público, no exercício do poder-dever de investigação, ostenta legitimidade para requerer ao Poder Judiciário informações necessárias à promoção de Inquérito Civil e de Ação Civil Pública, a teor do que dispõem os art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal; e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. Precedentes do STJ: *HC* 47.757/PA, 5ª Turma, DJ 12/12/2005 ; RMS 15.552/SP, 5ª Turma, DJ 19/12/2003; RMS 12131/RR, 1ª Turma, DJ de 10/09/2001; MC 5512/RS, 5ª Turma, DJ de 28/04/2003; RMS 8716/GO, 1ª Turma, DJ 25/05/1998; RMS 7423/SP, 1ª Turma, DJ de 03/11/1997. 2. Ademais, a quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de interesse público superior, posto proteção não consubstanciadora de direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo. 3. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo o Poder Legislativo e a CPI obterem informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE n. 219780/PE, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999 e do STJ: REsp 943.304/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/06/2008; RMS 15364/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta Relatoria, DJ de 28.02.2005. 4. Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos. 5. *In casu*, revela-se descabida a insurreição do Banco do Brasil contra a decisão judicial que determinou a apresentação de documentos, relativos à auditoria realizada nas operações de crédito firmadas entre a instituição bancária in foco e empresas correntistas, necessários à instrução de procedimento investigatório (Inquérito Civil) engendrado pelo Ministério Público Federal, notadamente porque o direito à intimidade, que é espécie de direito à privacidade, não consubstancia direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo, à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Recurso Especial desprovido, garantindo-se o respeito ao sigilo bancário no âmbito do processo *sub judice*. (STJ - 1ª T. - Resp n. 1060976/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2009, unânime).”[34)].

> “ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes que, no âmbito de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, reconheceram configurada improbidade administrativa na contratação por prefeito de advogado privado, às expensas do erário, com o escopo de defender-se no âmbito de anterior ação civil pública. 2. 'Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.' (AgREsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29.06.2006). 3. Agravo Regimental não provido. (STJ, 2ª T. – AgRg no Resp. 789100/RO, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.10.2009, unânime)”[35)].

> “PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicado o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do emprendimento, a partir da

interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – 2ª T. Resp n. 972902/RS – rel. Min. Eliana Calmon, julg. 25.08.2009, unânime)"[36].

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. *CAUSA PETENDI* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS. 1. Cuida-se, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em razão da contratação de funcionários, no âmbito do Poder Legislativo Municipal de Afonso Cláudio, para ocupar cargos efetivos sem a realização de concurso público. 2. Hipótese em que o recorrente, como Presidente da Câmara Municipal, foi o responsável pela promulgação e publicação da Resolução que dispôs sobre a contratação irregular. Legitimidade passiva ad causam configurada. 3. A contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa. 4. No âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, o Presidente da Câmara de Vereadores – sem prejuízo da responsabilidade de outros edis que, por ação ou omissão, contribuam para a ilegalidade, sobretudo ao não destacarem, aberta e expressamente, sua oposição à medida impugnada – responde pela contratação de servidores, sem concurso público, para o Legislativo municipal. 5. Exige-se que a inicial da ação seja, tanto quanto possível, exata na narração dos fatos considerados ímprobos. Esse é o fundamento do pedido do Ministério Público, e não a indicação do dispositivo legal que embasa a pretensão. 6. O enquadramento legal do ato considerado ímprobo, ainda que errôneo, não enseja a extinção liminar da Ação Civil Pública. 7. A *causa petendi*, na Ação Civil Pública, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos. Por isso mesmo, é irrelevante, na petição inicial, eventual capitulação legal imprecisa, ou até completamente equivocada, desde que haja suficiente correlação entre causa de pedir e pedido. 8. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não necessita descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e das imputações. 9. *In casu*, essa descrição é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. 10. Não há elementos no acórdão recorrido que indiquem abusividade na aplicação da medida de indisponibilidade dos bens do recorrente. A revisão do entendimento adotado pela instância ordinária implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação. 12. A totalidade do patrimônio do réu garante 'o integral ressarcimento do dano' (art. 7°, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. 13. Recurso Especial não provido. (STJ – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.11.2008, unânime.)".

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. DISPOSITIVOS NÃO-PREQUESTIONADOS. SÚMULA 211, DO STJ. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARESTO RECORRIDO QUE ENTENDEU PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. A ausência de debate dos dispositivos legais tidos por afrontados impede a apreciação por parte desta Corte da matéria impugnada. Incidência da Súmula 211 do STJ. 3. Não merece reforma o aresto recorrido que se encontra em consonância com a jurisprudência assente desta Corte no sentido de que não se mostra cabível a condenação do Parquet em honorários quando tratar-se de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do Ministério Público. Precedente: REsp 896.679/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.05.2008. 4. No particular, o aresto recorrido entendeu pela inexistência de má-fé na atuação do órgão ministerial. Averiguar tal premissa demandaria adentrar no substrato fático dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.5. Agravo regimental não-provido.(STJ -AgRg no Ag 1042206 / SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. 18.11.2008, unânime)"[37].

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO

PÚBLICO RECONHECIDA. 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública para pleitear nulidade de contratos imobiliários relativos a loteamento irregular. 2. No campo de loteamentos clandestinos ou irregulares, o Ministério Público é duplamente legitimado, tanto pela presença de interesse difuso (= tutela da ordem urbanística e/ou do meio ambiente), como de interesses individuais homogêneos (= compradores prejudicados pelo negócio jurídico ilícito e impossibilidade do objeto). Assim sendo, em nada prejudica ou afasta a legitimação do Parquet o fato de que alguns consumidores, mesmo lesados, prefiram manter-se na posse do lote irregular. 3. Recurso Especial provido. (STJ – 2ª T. Resp. 897141 / DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.10.2008, unânime)"[38].

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. 1. O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao erário. 2. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º). 3. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF, como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 5. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. 7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. 8. Recursos Especiais providos para acolher a prescrição quinquenal da ação civil pública. Recurso Especial da empresa a que se nega provimento. (STJ, 1ª T., REsp. n. 406.545/S, Rel. Min. Luiz Flux, j. em 26/11/2002, DJU de 09/12/2002, p. 292)"[39].

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PATRIMÔNIO PÚBLICO - INTERESSE COLETIVO - LOTEAMENTO - REGULARIZAÇÃO - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEI 6.766/79, ARTS. 38 E 40 - LEI N. 7.347/85, ART. 21 - C.F., ART. 129, III E IX - PRECEDENTES STF E STJ. - É dever constitucional do Ministério Público a defesa do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos e de outras funções compatíveis com a sua natureza (art. 129, III e IX, C.F.). - O Ministério Público é parte legítima para a defesa dos interesses dos compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, face à inadimplência do parcelador na execução de obras de infra-estrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos.- A iterativa jurisprudência do Pretório Excelso acompanhada por incontáveis julgados desta Eg. Corte, vem reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. - Recurso conhecido e provido. (STJ, 2ª T., REsp. n. 108.249/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06/04/2000, DJU de 22/05/2000, Revista de Direito do MPRJ n. 13/466)"[40].

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85). INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimação ativa ad causam para promover ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, incluindo aqueles decorrentes de projetos referentes ao parcelamento de solo urbano. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido.(STJ, 1ª T., REsp. n. 174.308/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 28/08/2001, Inf. n. 106)"[41].

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - DIREITO COLETIVO. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do sistema único de saúde e sua operacionalização. Recurso improvido (STJ, 1ª T., REsp. n. 131.680/MA, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 31/03/1998, Revista de Direito do MPRJ n. 09/19506; e STJ, 1ª T., REsp. n. 124.236/MA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 04/05/1998, p.84)"[42].

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENSALIDADES ESCOLARES. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE COLETIVO. LEGITIMAÇÃO ATIVA. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I – sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. II – na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor da defesa da cidadania (STJ, 4ª T., REsp. n. 34.155/MG, j. em 14/10/1996, Revista de Direito do MPRJ n. 7/407)"[43].

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE PEDÁGIO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - INTERESSE DA UNIÃO - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. - Não se conhece de recurso especial, se o dispositivo legal supostamente maltratado não foi agitado no acórdão recorrido, assim como na hipótese de o recorrente não indicar, com segurança, os dispositivos legais malsinados. Por igual, acontece, se não for comprovada a divergência pretoriana, nos moldes exigidos pelo artigo 541, parágrafo único do CPC. - A cobrança de pedágio somente é lícita se houver estrada alternativa gratuita. - Tratando-se de pedágio em rodovia federal, a União é interessada, mesmo havendo delegação ao Estado. - A ação civil pública é via adequada para o Ministério Público pleitear a proteção do direito do cidadão de transitar livremente por rodovia federal, sem pagar pedágio. - A litispendência deve ser comprovada, nos autos. - Inexiste contrariedade ao artigo 460 do CPC se não houve sentença favorável ao autor, de natureza diversa do pedido ou condenação dos réus, em quantidade superior ou objeto diverso do que foi demandado (STJ, 1ª T., REsp. n. 417.804/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 12/11/2002, DJ de 10/03/2003, p. 097)"[44].

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACIDENTE NO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MEIO AMBIENTE. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes. Recurso conhecido e provido (STJ, 4ª T., REsp. n. 315.944/SP, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 25/09/2001, DJU de 29/10/2001, p. 212)"[45].

»"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL. 1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. 2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual. 3. Recurso conhecido e provido (STJ, 5ª T., REsp. n. 95.347/SE, Rel. Min. Édson Vidigal, j. em 24/11/998, DJ 01/02/1999 p. 221)"[46].

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE, INTERESSE DIFUSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido (STJ, 4ª T., REsp. n. 97.684/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, . 26/11/1996, DJ 03/02/1997, p. 732)"[47].

"PROCESSUAL - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO. O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade de concurso público que afrontou os princípios de acessibilidade, legalidade e moralidade. Trata-se de interesses

> transindividuais de categoria ou classe de pessoa e de direitos indivísiveis e indisponíveis, de toda coletividade. Recurso improvido (STJ, 1ª T., REsp. n. 180.350/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 22/09/1998, DJ 9/11/1998, p. 55)"[48].
>
> »"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A AFASTAR DANOS FÍSICOS A EMPREGADOS DA DEMANDADA. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA AJUIZÁ-LA. I – É cabível ação civil pública com o objetivo de afastar danos físicos a empregados de empresa em que muitos deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos (LER). Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, presentes e futuros, evitando-se a continuidade do processo da sua degeneração física. II – O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho. III – Ofensa não configurada aos textos legais colacionados. Dissídio pretoriano superado. IV – Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª T., REsp. n. 207.336/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 05/12/2000, DJ 11/06/2001, p. 200)"[49].

">MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INQUÉRITO CIVIL. SEGURANÇA DO TRABALHO. Tem o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação coletiva, tendente a obter condenação a indenizar lesões resultantes de acidentes do trabalho, envolvendo direitos individuais homogêneos, desde que presente interesse social relevante. Competindo tais ações à Justiça Estadual, a legitimidade será do Ministério Público Estadual que poderá instaurar inquérito civil, visando a reunir os elementos necessários a justificar sua atuação (STJ, 3ª T., RMS n. 8785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 02/03/2000, DJ 22/05/2000, p. 104)"[50].

> "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. Ação civil pública que, não obstante possa ter reflexos em interesses privados, foi ajuizada para preservar padrão urbanístico. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 3ª T., REsp. n. 166.714/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 21/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 203)"[51].

> "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*. LEGITIMIDADE PARA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF. 2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia *erga omnes*, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC). 3. Pretensão do *Parquet* que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315. 4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da lei distrital 754/94. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC) 5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do periculum in mora. Aplicação da Súmula 07/STJ. 6. Recurso especial provido (STJ, 1ª T., REsp. n. 419.781/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 19/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 339)"[52].

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. INTERESSE DIFUSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos (STJ, 1ª T., REsp. n. 216.269/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 63)".

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE SEGURO-SAÚDE. PRÊMIO. REAJUSTAMENTO DE VALORES. ATO ADMINISTRATIVO. DESCONFORMIDADE COM AS REGRAS PERTINENTES. Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a direito privado em geral. O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado. É cabível ação civil

pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde (STJ, 3ª T., REsp. n. 286.732/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09/10/2001, DJ 12/11/2001, p. 152)"[53].

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE. 1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. 2. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. 3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da Taxa Imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. 4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos (STJ, Corte Especial, EDREsp. n. 114.908/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 07/11/2001, DJ 20/05/2002, p. 95)".

"PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO COLETIVA – SERVIÇOS DE TELEFONIA – CONTAS TELEFÔNICAS DISCRIMINADAS – LIGAÇÕES INTERURBANAS – ESPECIFICAÇÃO DO TEMPO E DESTINO DAS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS – INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO ESPECÍFICO – MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE – DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS E HOMOGÊNEOS E DIFUSOS – PRECEDENTES. - O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa dos direitos de um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica (direitos coletivos). - Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2ª T., REsp. n. 162.026/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 20/06/2002, DJ 11/11/ 2002, p. 171)"[54].

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). RELAÇÃO DE CONSUMO. PRETENSÃO DE DECRETAR-SE A NULIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS TIDAS COMO ABUSIVAS. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. - O contrato bancário de abertura de crédito (cheque especial) submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial, à defesa de interesses individuais homogêneos, ressai clara a legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 2640-RJ (STJ, 4ª T., REsp. n. 292.636/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 11/06/2002, DJ 16/09/2002, p. 190)"[55].

"CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEVISÃO POR ASSINATURA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISSÍDIO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. O Ministério Público está legitimado pelo Código de Defesa do Consumidor para ajuizar defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos. 2. A televisão por assinatura tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados. 3. Há entre os assinantes direito individual homogêneo, decorrente de origem comum, que autoriza a intervenção do Ministério Público. 4. Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª T., Resp. n. 308.486/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 24/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 183)"[56].

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. 1. Consoante entendimento preconizado por esta Corte, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, com vistas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na espécie a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido (STJ, 6ª T., Resp. n. 296.905/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 22/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 300)"[57].

"MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DO CONSUMIDOR. PROGRAMA DE CRÉDITO EDUCATIVO. Tratando-se da cobrança da mensalidade escolar de aluno contemplado pelo crédito concedido pelo Governo Federal, é o Ministério Público parte legítima para propor a ação. (STJ, 2ª T., Resp.

> n. 33.897/MG, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 13/12/1995, DJ 05/08/1996, p. 26332)"[58].

Área criminal

> "*HABEAS CORPUS*. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA LOMAN. INVESTIGAÇÃO.MAGISTRADO. NULIDADE. VÍCIO DE CITAÇÃO. QUESTÕES SUJEITAS AO EFETIVO PREJUÍZO. DISCUSSÃO JÁ DEFINIDA PELA CORTE A QUO. AFASTAMENTO DO JUIZ. A previsão da LOMAN, artigo 33, para que a investigação tenha trâmite primeiro no órgão julgador do Tribunal, não permite concluir por constrangimento ilegal só porque houve a atuação ministerial antes disso. Cabe lembrar que a Constituição Federal e as normas pertinentes conferem ao Ministério Público o comando da promoção criminal, incluindo o seu marco primeiro na condução apuratória. Além do que, as alegações de nulidades, dentre as quais inclui-se suposto vício na citação, perdem sentido se não demonstrado o efetivo prejuízo à defesa, sobretudo diante da definição do ambiente procedimental delineado por decisão do Tribunal de origem, em respeito aos princípios do devido processo legal, o qual entendeu pelo afastamento do magistrado. Ordem denegada. (STJ – 5ª T. – HC n. 32391/MA - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10.02.2004, unânime)"[59].

> "***EMENTA***: *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOCATÍCIO. REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. CRIME EM TESE. LEGALIDADE. 1. No sistema de direito positivo vigente, não pode a Polícia Civil, que tem a função constitucional de apurar infrações penais, exceção feita aos crimes militares (Constituição Federal, artigo 144,parágrafo 4º), inatender requisição de instauração de inquérito policial, feita pelo Ministério Público (Código de Processo Penal, artigo 5º, inciso II), a quem a Constituição da República atribuiu a ação penal, com exclusividade (artigo 129, inciso I), estabelecendo evidente subordinação institucional. 2. É também de nosso sistema de direito positivo que as questões de legalidade da dimensão inquisitorial da *persecutio criminis* do Estado são próprias da competência do Poder Judiciário, fazendo-se induvidosa a vinculação da autoridade policial ao Juízo criminal com competência para a *actio poenalis*, salvo regra legal diversa. 3. Atendida a requisição ministerial, ficam-lhe exauridos os efeitos, estabelecendo-se a relação autoridade policial – autoridade judiciária, para o devido controle da legalidade do procedimento inquisitorial, do qual não se subtrai o próprio ato policial de sua instauração. 4. Havendo notícia de fatos que, em tese, caracterizam infração penal, não há falar em ilegalidade da requisição ministerial de instauração de inquérito policial, que não se compromete formalmente pela ausência de expressa tipificação penal, até recomendável em obséquio da formação do juízo da autoridade policial, em nada estranho à disciplina da requisição, como é da essência do Estado de Direito, na perspectiva dos direitos fundamentais. 5. Ordem denegada (STJ, 6ª T. , HC 15115 / MS Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/12/2001)"[60].

> "***EMENTA***: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. IMPROPRIEDADE. - Não consubstancia constrangimento ilegal a requisição, pelo Ministério Público, de instauração de inquérito policial para a apuração de fato que, em tese, constitui crime. O mero expediente de requisição para que se proceda uma investigação policial não deve obrigatoriamente revestir-se de formalidades, pois não constitui a peça inaugural da ação penal.- A garantia de inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão prevista no art. 133 da Carta Magna, sofre as limitações da lei e, por isso, não se reveste de valor absoluto, nem lhe confere um *bill of indemnty* para a prática de abusos atentatórios à dignidade da profissão. A regra do art. 142, do Código Penal, que descaracteriza como injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, tem como pressuposto o regular exercício da advocacia, no debate da causa, em defesa do direito postulado. Se a descaracterização do elemento subjetivo do crime contra a honra requer o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do habeas corpus, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária. Recurso ordinário desprovido. (STJ, 6ª T., RHC 7829/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 06.05.1999)"[61].

> "***EMENTA***: CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA A APURAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DA SITUAÇÃO

FINANCEIRA DA EMPRESA E DE SEUS SÓCIOS. INDEFERIMENTO. FACULDADE CONFERIDA AO MP, QUE NÃO EXCLUI A INTERVENÇÃO JUDICIAL. CERCEAMENTO À ATIVIDADE MINISTERIAL. ÓBICE À BUSCA DA VERDADE REAL. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. I - A faculdade conferida ao Ministério Público de realizar as diligências que entender cabíveis não exclui a intervenção do juiz para a determinação de providências eventualmente pleiteadas pelo Parquet e reputadas imprescindíveis à busca da verdade real, se demonstrado que o Representante Ministerial não se encontrava devidamente aparelhado para tanto. II – Não evidenciado o intuito meramente protelatório ou diligência sem importância para a causa, mostra-se equivocada a decisão impugnada, porque, cerceando a atuação processual do Ministério Público, obsta a busca da verdade real. III – Recurso provido, para cassar a decisão recorrida e determinar a expedição, pelo Julgador da causa, do ofício requerido pelo Ministério Público. (STJ, 5ª T., REsp273766/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/05/2002)"[62].

"***EMENTA***: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO LIBERAR INFORMAÇÕES EXISTENTES EM ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO QUE AFETE A SEGURANÇA DO ESTADO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE. Deferimento da segurança. - A competência do Ministério Público no concernente à requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, à disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. - em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante - oponível a qualquer outro - que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos e conduta impeditiva da ação ministerial e, consequentemente, da Justiça, se erigindo em abuso de poder. Os documentos e informações requisitadas (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas, submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, até, impulsionar as diligências subsequentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegurará aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos Órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas as do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito, quer às conclusões do relatório preliminar, quer as do relatório final.A publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5º, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado. O novo Estatuto Brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como direitos e garantias fundamentais (STF).- Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do Parquet, torna-se evidente o interesse público na ultimação dessas investigações cujo fito é o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, in casu, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados.- É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção. Segurança concedida. Decisão unânime. (STJ, 1ª Seção, MS 5370/DF, Rel Min. Demócrito Reinaldo, j. 12.11.1997)"[63].

"***EMENTA***: CRIMINAL. *HC*. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA. 1- São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art.129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial. 2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do

> Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. 3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal. 4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o parquet o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia. 5- 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia' (Súmula n.º 234/STJ).6- Ordem denegada. (STJ, 5ªT. HC 84266/RJ *HABEAS CORPUS 2007*/0128840-3, Rel. Min. Jane Silva (Desemb. convocada do TJMG), J. 04/10/2007)”[64].

> “***EMENTA***: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME COMETIDO POR POLICIAIS CIVIS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO. 1. Encontra-se sob exame, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade do Ministério Público poder conduzir as investigações que conferem sustentação à denúncia (Inquérito n. 1.968). 2. No caso de crimes cometidos por policiais ou autoridades, afigura-se temerário contrariar aquela possibilidade. Precedentes deste Tribunal. 3. Para oferecimento da denúncia, é desnecessária a existência de inquérito policial, desde que os elementos informativos sejam suficientes àquela finalidade. 4. Recurso não provido (STJ, 6ª T., RHC 16267 / DF - Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2004/0091892-9, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 27/10/2004)”[65].

---

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 233585/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2009. **DJe**, n. 182, 28 set. 2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28233585.NUME.+OU+233585.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20090909%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nfzdqkp>. Acesso em: 16 jan. 2014.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Petição nº 3528/BA. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2005. **DJe**, 3 mar. 2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763067/peticao-pet-3528-ba>. Acesso em: 16 jan. 2014.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Especial nº 208.790/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de setembro de 2000. **DJU**, 15 dez. 2000, p. 105. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28208790.NUME.+OU+208790.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20000927%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kfbguh>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 190.976/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 31 de outubro de 1997. **DJU**, 6 fev. 1998, p. 35. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28190976.NUME.+OU+190976.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19971031%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m4ogw55>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 163.231/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1997. **DJe**, 29 jun. 2001, p. 55. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28163231.NUME.+OU+163231.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19970226%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2vc89n>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Especial nº 208.790/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de setembro de 2000. **DJe**, 15 fev. 2000, p. 105. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28208790.NUME.+OU+208790.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20000927%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ml2adw8>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 470.135-AgR-ED. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 de maio de 2007. **DJe**, 29 jun. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28470135.NUME.+OU+470135.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20070522%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mudhor7>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 441.318. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. **DJe**, 24 fev. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28441318%2ENUME%2E+OU+441318%2EACMS%2E%29+%28%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORV%2E+OU+%28M

ARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20051025%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jw9j5k4>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[9)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 208.790. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de setembro de 2000. **DJe**, 15 dez. 2000. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28208790.NUME.+OU+208790.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20000927%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ml2adw8>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[10)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.794. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2006. **DJe**, 30 mar. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282794.NUME.+OU+2794.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20061214%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lr4rual>. Acesso em: 17 jan. 2007.

[11)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso em *Habeas Corpus* nº 88280-3/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, **DJe**, 15 ago. de 2006.

[12)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Especial nº 464893/GO. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de maio de 2008. **DJe**, 1 ago. 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28464893.NUME.+OU+464893.ACMS.%29+%28%28JOAQUIM+BARBOSA%29.NORL.+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29.NORV.+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29.NORA.+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20080520%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kp6sora>. Acesso em: 17 jan. 2014.

[13)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91661/PE. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de março de 2009. **DJe**, 3 abr. 2009. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891661.NUME.+OU+91661.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20090310%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l8s7h8j>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[14)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 468.161. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de março de 2006. DJ, 31 mar. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28468161.NUME.+OU+468161.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20060314%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2pq7wp>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[15)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 78.309. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 1999. **DJe**, 26 mar. 1999. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2878309.NUME.+OU+78309.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19990202%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kxrd5wb>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[16)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.242. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de novembro de 1990. **DJe**, 15 mar. 1991. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868242.NUME.+OU+68242.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19901106%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lbh5rn4>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[17)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.204. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 1990. **DJe**, 23 nov. 1990. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868204.NUME.+OU+68204.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19901030%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mpvbmaj>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[18)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inquérito nº 1.957. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 11 de maio de 2005. **DJ**, 11 nov. 2005.

[19)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 89.746. Relator: Min. Cármen Lúcia.Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. **DJe**, 09 fev. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2889746%2ENUME%2E+OU+89746%2EACMS%2E%29+%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20061212%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzhx5fw>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[20)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.729. Relator p/Acórdão: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 05 de outubro de 1995. **DJe**, 19 out. 2001. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821729.NUME.+OU+21729.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19951005%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kz63t8o>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[21)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 468.161. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de março de 2006. **DJe**, 31 mar. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28468161.NUME.+OU+468161.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20060314%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2pq7wp>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[22)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 222.283. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, DF, 24 de março de 1998. **DJe**, 08 mai. 1998. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28222283.NUME.+OU+222283.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19980324%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8yftu3>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[23)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 134.515. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de agosto de 1991. **DJe**, 13 set. 1991.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 68.242. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de novembro de 1990. **DJe**, 15 mar. 1991. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868242.NUME.+OU+68242.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+19901106%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lbh5rn4>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.654. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 07 de março de 2006. **DJe**, 20 abr. 2006.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.758. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de maio de 2006. **DJe**, 16 jun. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884758.NUME.+OU+84758.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20060525%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kxvj33x>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.245-AgR. Relator p/ o Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 29 de novembro de 2006. **DJe**, 09 nov. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282245%2ENUME%2E+OU+2245%2EACMS%2E%29+%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20061129%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m45kuha>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Instrumental n° 655.298-AgR. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 04 de setembro de 2007. **DJe**, 28 set. 2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28655298.NUME.+OU+655298.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20070904%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mrgb6su>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1571/UF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2003. **DJe**, 30 abr. 2004. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281571.NUME.+OU+1571.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20031210%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kdjj87m>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Inquérito nº 1957/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 11 de maio de 2005. **DJe**, 11 nov. 2005. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281957.NUME.+OU+1957.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20050511%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxtbnk4>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 84367/RJ. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 09 de novembro de 2004. **DJe**, 18 fev. 2005. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884367.NUME.+OU+84367.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20041109%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kqsuarv>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 910192/MG. 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2010. **DJe**, 24 fev. 2010. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20100202&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=910192&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[33] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1009916/SC. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, **DJe**, 17 de dez. de 2009.

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 1060976/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de novembro de 2009. **DJe**, 04 dez. 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20091117&processo=1060976&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 789100/RO. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, **DJe**, 27 out. de 2009.

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 972902/RS. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. **DJe**, 14 set. 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20090825&processo=972902&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 1042206/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 18 de novembro de 2008. **DJe**, 15 dez. 2008. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20081118&processo=1042206&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 897141/DF. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 28 de outubro de 2008. **DJe**, 13 nov. 2009.Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20081028&processo=897141&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 406.545. Relator: Min. Luiz Flux. Brasília, DF, 26 de novembro

de 2002. **DJU**, 09 dez. 2002, p. 292.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 108.249/SP. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 06 de abril de 2000. **DJU**, 22 mai. 2000. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20000406&livre=%28%22FRANCISCO+PE%C7ANHA+MARTINS%22%29.min.&processo=108249&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 174.308/SP. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, DF, 28 de agosto de 2001. **DJ**, 25 fev. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20010828&processo=174308&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 131.680/MA. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, DF, 31 de março de 1998. **DJ**, 04 mai. 1998. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=131680&data=%40DTDE+%3E%3D+19980331&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 124.236/MA. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, DF, 31 de março de 1998. DJU, 04 mai. 1998, p. 84. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTPB+%3E%3D+19980504&processo=124236&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 34.155/MG. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 14 de outubro de 1996. **DJ**, 11 nov. 1996. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=34155&data=%40DTDE+%3E%3D+19961014&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 417.804/PR. Relator p/ o Acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 12 de novembro de 2002. **DJ**, 10 mar. 2003, p. 97. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=417804&data=%40DTDE+%3E%3D+20021112&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 315.944/SP. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília, DF, 25 de setembro de 2001. **DJU**, 29 out. 2001, p. 212. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20010925&processo=315944&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Especial nº 95.347/SE. Relator: Min. Édson Vidigal. Brasília, DF, 24 de novembro de 1998. **DJ**, 01 fev. 1999, p. 221. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=95347&data=%40DTDE+%3E%3D+19981124&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 97.684/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 26 de novembro de 1996. **DJ**, 03 fev. 1997, p. 732. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=97684&data=%40DTDE+%3E%3D+19961126&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 180.350/SP. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, DF, 22 de setembro de 1998. **DJ**, 9 nov. 1998, p. 55. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+19980922&processo=180350&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 207.336/SP. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2000. **DJ**, 11 jun. 2001, p. 200. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=207336&data=%40DTDE+%3E%3D+20001205&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8785/RS. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 02 de março de 2000. **DJ**, 22 mai. 2000, p. 104. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=8785&data=%40DTDE+%3E%3D+20000302&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 166.714/SP. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, DF, 21 de agosto de 2001. **DJ**, 01 out. 2001, p. 203. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=166714&data=%40DTDE+%3E%3D+20010821&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 419.781/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de novembro de 2002. **DJ**, 19 dez. 2002, p. 339. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=419781&data=%40DTDE+%3E%3D+20021119&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 286.732/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 09 de outubro de 2001. **DJ**, 12 nov. 2001, p. 152. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=286732&data=%40DTDE+%3E%3D+20011009&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 162.026/MG. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 20 de junho de 2002. **DJ**, 11 nov. 2002, p. 171. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=162026&data=%40DTDE+%3E%3D+20020620&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 292.636/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 11 de junho de 2002. DJ, 16 set. 2002, p. 190. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=292636&data=%40DTDE+%3E%3D+20020611&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[56] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 308.486/MG. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 24 de junho de 2002. DJ, 02 set. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20020624&processo=308486&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 296.905/PB. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 22 de outubro de 2002. **DJ**, 11 nov. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=296905&data=%40DTDE+%3E%3D+20021022&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 33.897/MG. Relator: Min. Hélio Mosimann. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1995. **DJ**, 05 ago. 1996,p. 26332. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=33897&data=%40DTDE+%3E%3D+19951213&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 32391/MA. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004. **DJ**, 15 mar. 2004. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=32391&data=%40DTDE+%3E%3D+20040210&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus nº 15115/MS. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2001. **DJ**, 25 fev. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=15115&data=%40DTDE+%3E%3D+20011211&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7829/SP. Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, DF, 06 de maio de 1999. **DJ**, 07 jun. 1999. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=7829&data=%40DTDE+%3E%3D+19990506&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Recurso Especial nº 273766/RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 07 de maio de 2002. **DJ**, 03 jun. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20020507&processo=273766&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Mandado de Segurança nº 5370/DF. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 12 de novembro de 1997. **DJ**, 15 dez. 1997. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+19971112&processo=5370&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus nº 84266/RJ. Relator: Min. Jane Silva (Desemb. convocada do TJMG). Brasília, DF, 04 de outubro de 2007. **DJ**, 22 out. 2007. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=84266&data=%40DTDE+%3E%3D+20071004&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 jan. 2014.
[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº16267 / DF. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 27 de outubro de 2004. **DJ**, 04 set. 2006. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=16267&data=%40DTDE+%3E%3D+20041027&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em: 20 jan. 2014.

Procuradoria-Geral de Justiça

- 1. Procuradoria-Geral de Justiça
- 2. Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
- 3. Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa
- 4. Procuradoria-Geral de Justiça Institucional
- 5. Chefia de gabinete
- 6. Secretaria-Geral
- 7. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF
- 8. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social - CIMOS
- 9. Comissão de Concurso
- 10. Coordenadoria de Planejamento Institucional - COPLI
- 11. Atuação funcional dos servidores do Ministério Público
- 12. Estagiários do Ministério Público

1. Procuradoria-Geral de Justiça

Autor/Organizador: *Procurador-Geral de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt* [1)]

A Procuradoria-Geral de Justiça, órgão de direção superior do Ministério Público, é chefiada pelo Procurador-Geral de Justiça (LC[2)], art. 5°, *caput*). No exercício da chefia da instituição, o Procurador-Geral é o responsável pela gestão administrativa do Ministério Público e o representa judicial[3)] e extrajudicialmente (LC, art. 18, inc. I).

Como chefe da Administração Superior, é extenso o campo de atuação do Procurador-Geral.

No âmbito dos Órgãos Colegiados, compete ao Procurador-Geral:

- a) integrar, como membro nato, e presidir os órgãos colegiados: Colégio de Procuradores de Justiça, Câmara de Procuradores de Justiça e Conselho Superior do Ministério Público (LC, art. 18, inc. II);
- b) proferir voto de qualidade nas reuniões dos referidos órgãos colegiados, salvo em matéria disciplinar, quando prevalecerá a decisão mais favorável ao membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. III);
- c) submeter à Câmara de Procuradores de Justiça as propostas de orçamento anual e as de criação, transformação e extinção de cargos e serviços auxiliares (LC, art. 18, inc. IV);
- d) solicitar ao Colégio de Procuradores de Justiça manifestação sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público, bem como sobre outras de interesse institucional (LC, art. 18, inc. V);
- e) decidir sobre as sugestões encaminhadas pela Câmara de Procuradores de Justiça acerca da criação, da transformação e da extinção de cargos e serviços auxiliares, das modificações na Lei Orgânica e das providências relacionadas com o desempenho das funções institucionais (LC, art. 18, inc. VI).

Na esfera administrativa e orçamentária, cabe ao Procurador-Geral:

- a) elaborar a proposta orçamentária, estabelecendo as prioridades institucionais e as diretrizes administrativas, aplicando as respectivas dotações (LC, art. 18, inc. VII);
- b) encaminhar ao Poder Legislativo os projetos de lei de iniciativa do Ministério Público (LC, art. 18, inc. VIII)[4)];
- c) expedir atos normativos que visem à celeridade e à racionalização das atividades do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LV);
- d) praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e à execução orçamentária do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XI);
- e) praticar atos de gestão administrativa[5)] e financeira (LC, art. 18, inc. XII);
- f) requisitar as dotações orçamentárias destinadas ao custeio das atividades do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XLVII);
- g) participar ou indicar membro da instituição para compor a Comissão Permanente prevista no art. 155, § 2°, da Constituição Estadual (LC, art. 18, inc. XLVIII)[6)];

- h) encaminhar ao Governador do Estado a proposta do Ministério Público para elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LC, art. 18, inc. XLIX);
- i) propor alteração, na dotação orçamentária do Ministério Público, dos recursos dos elementos semelhantes, de um para outro, dentro das consignações respectivas, de acordo com as necessidades do serviço e as normas legais vigentes (LC, art. 18, inc. L);
- j) propor a abertura de crédito, na forma da legislação pertinente (LC, art. 18, inc. LI).

No âmbito da administração dos recursos humanos da instituição, ao Procurador-Geral compete:

- a) prover os cargos iniciais da carreira e os demais cargos nos casos de promoção, remoção, permuta e outras formas de provimento derivado (LC, art. 18, inc. XIII);
- b) determinar a abertura de concurso para ingresso na carreira e presidir a respectiva comissão (LC, art. 18, inc. XXVII);
- c) convocar membro do Ministério Público em atividade para colaboração com a Comissão de Concurso (LC, art. 18, inc. XXIX);
- d) designar, mediante eleição do Conselho Superior do Ministério Público, os membros da Comissão de Concurso e seus substitutos e arbitrar-lhes gratificação pelos serviços prestados durante a realização das provas (LC, art. 18, inc. XXX);
- e) prover os cargos iniciais dos serviços auxiliares e editar atos que importem em movimentação, progressão e demais formas de provimento derivado (LC, art. 18, inc. XIV);
- f) propor ao Poder Legislativo a fixação, a revisão, o reajuste e a recomposição dos vencimentos dos membros do Ministério Público e de seus servidores (LC, art. 18, inc. XV);
- g) deferir o compromisso de posse dos membros do Ministério Público e dos servidores do quadro administrativo (LC, art. 18, inc. XVI);
- h) praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares (LC, art. 18, inc. XVII);
- i) propor a verificação de incapacidade física ou mental de membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LVIII)[7];
- j) editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos da carreira ou dos serviços auxiliares, bem como decidir sobre o aproveitamento de membro da instituição em disponibilidade, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público (LC, art. 18, inc. XVIII);
- k) editar atos de concessão, alteração e cassação de pensão por morte (LC, art. 18, inc. XIX).

Cabe também ao Procurador-Geral de Justiça, no âmbito do gerenciamento de pessoal:

- a) interromper, por conveniência do serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, de membro do Ministério Público e de seus servidores (LC, art. 18, inc. XLI);
- b) autorizar o membro do Ministério Público a ausentar-se do país (LC, art. 18, inc. XLII);

- c) autorizar o membro do Ministério Público a ausentar-se da Procuradoria ou da Promotoria de Justiça, justificadamente, pelo prazo máximo de cinco dias úteis (LC, art. 18, inc. XLIII);
- d) designar membros da instituição para plantões em finais de semana e em feriados ou em razão de outras medidas urgentes (LC, art. 18, inc. XLIV);
- e) decidir sobre a escala de férias e a atuação em plantões forenses propostas pelas Procuradorias e pelas Promotorias de Justiça (LC, art. 18, inc. XLV);
- f) conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei (LC, art. 18, inc. XLVI);
- g) expedir carteira funcional dos membros do Ministério Público e servidores (LC, art. 18, inc. LIV).

No aspecto administrativo-disciplinar, o Procurador-Geral de Justiça também possui relevantes responsabilidades, competindo-lhe:

- a) decidir processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público, nos casos em que, em tese, couber a pena de censura (LC, art. 213), e contra os servidores da instituição, em qualquer caso, aplicando-lhes as sanções cabíveis (LC, art. 18, inc. XXIII);
- b) representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca de infração disciplinar praticada por membro da instituição (LC, art. 18, inc. XXXIX);
- c) representar, de ofício ou por provocação do interessado, à Corregedoria-Geral de Justiça sobre falta disciplinar de magistrado ou de serventuário de justiça (LC, art. 18, inc. XL).

No que concerne às atribuições específicas de cada membro do Ministério Público, também cabe ao Procurador-Geral de Justiça propor à Câmara de Procuradores de Justiça:

- a) a fixação das atribuições das Procuradorias e das Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos (LC, art. 18, inc. XXXIII);
- b) a exclusão, a inclusão ou outra modificação das atribuições das Procuradorias e das Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos (LC, art. 18, inc. XXXIV).

Compete também ao Procurador-Geral de Justiça designar membro do Ministério Público para:

[8]

- a) exercer as atribuições de dirigente de Centro de Apoio Operacional e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
- b) ocupar cargo de confiança ou assessoramento junto aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público[9];
- c) integrar organismos estatais afetos à sua área de atuação;

- d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, ou de quaisquer peças de informação;
- e) acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória;
- f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou ainda em caso de excepcional volume de feitos, com o consentimento deste;
- g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público;
- h) oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância ou junto ao Procurador Regional Eleitoral, quando por este solicitado;
- i) propor ação de perfilhação compulsória;
- j) atuar em plantão nas férias forenses.

Compete, outrossim, ao Procurador-Geral de Justiça designar outro Procurador ou Promotor de Justiça para funcionar em feito determinado de atribuição do titular, com a concordância deste (LC, art. 18, inc. XXXV) e dispor a respeito da movimentação dos Promotores de Justiça Substitutos, no interesse do serviço (LC, art. 18, inc. XXXVI).

Essas atribuições, aliás, decorrem do próprio perfil constitucional do Ministério Público, que tem, como princípio institucional, a unidade/indivisibilidade[10]. Como o conjunto de promotores e procuradores de Justiça constitui um corpo único e indivisível, as manifestações de cada um deles são impessoais e constituem manifestações do próprio Ministério Público e não de seus agentes[11]. Decorre desse princípio a possibilidade de um promotor poder exercer, legitimamente, as funções de outro, desde que observadas as limitações normativas. Nesse ponto, o Procurador-Geral de Justiça figura como peça fundamental do princípio da unidade/indivisibilidade ao exercitar o poder-dever de designar um órgão de execução para atuar em lugar de outro, nas hipóteses em que a lei assim o exige.

Ainda em decorrência do princípio da unidade ministerial, também compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva oficiar no feito (LC, art. 18, inc. XXII), e expedir recomendações, sem caráter normativo[12], aos órgãos do Ministério Público para o desempenho de suas funções, nos casos em que se mostrar conveniente a atuação uniforme, ouvido o Conselho Superior (LC, art. 18, inc. XXIV). Da mesma forma, cabe-lhe editar, caso aprovadas, as recomendações, sem caráter vinculativo, sugeridas pelo Conselho Superior aos membros da instituição (LC, art. 18, inc. XXV).

Além das atribuições de ordem administrativa, o Procurador-Geral de Justiça é o promotor natural em diversas hipóteses, competindo-lhe:

- a) representar ao Tribunal de Justiça por inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (CE, art. 118, inc. III; LC, art. 69, inc. II);
- b) representar para fins de intervenção do Estado no município, objetivando assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou prover a execução de lei, ordem ou decisão judicial (LC, art. 69, inc. III);
- c) representar ao Procurador-Geral da República para fins de intervenção da União no Estado, nas hipóteses previstas no art. 34, VII, da Constituição Federal[13] (LC, art. 69, inc. IV);
- d) ajuizar ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça[14], nela oficiando (LC, art. 69, inc. VI);

- e) exercer as atribuições previstas no art. 129, II e III, da Constituição Federal[15], quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando, por ato praticado em razão de suas funções, contra estes deva ser ajuizada a competente ação (LC, art. 69, inc. XI);
- f) propor ação civil para decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LX) e oficiar nos processos de decretação de perda de cargo, remoção ou disponibilidade de magistrado (LC, art. 69, inc. X);
- g) ajuizar mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e a iniciativa de sua elaboração for do Governador do Estado, de Secretário de Estado, da Assembleia Legislativa ou de Tribunal (LC, art. 69, inc. XII);
- h) oficiar nos processos de competência originária dos Tribunais (LC, art. 69, inc. IX);
- i) representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos Tribunais de Justiça e Militar, podendo intervir para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato (LC, art. 69, inc. V);
- j) interpor recursos aos Tribunais locais e Superiores e neles oficiar (LC, art. 69, inc. VIII);
- k) requisitar de qualquer autoridade, repartição, secretaria, cartório ou ofício de justiça, certidões, exames, diligências e esclarecimentos necessários ao exercício de suas funções (LC, art. 18, inc. LIII)[16].

A eleição do Procurador-Geral de Justiça

O processo de escolha do Procurador-Geral é híbrido, com formação de lista tríplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, e nomeação pelo Chefe do Poder Executivo (CF, art. 128, § 3°). Guardando coerência com esse processo, a sua destituição dependerá de deliberação de maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4°).

Ainda em consonância com o princípio constitucional da independência funcional, o Procurador-Geral de Justiça possui mandato fixo de dois anos, sendo possibilitada uma recondução consecutiva ao cargo (LC, art. 5°, § 1°).

Por fim, releva acrescentar que o Procurador-Geral de Justiça, diante de tantas atribuições, seja como Chefe da Administração Superior, seja como órgão de execução nas hipóteses especiais elencadas na Constituição Estadual e nas Leis Orgânicas Nacional e Estadual, pode delegar significativa parcela de suas funções administrativas[17], bem como a integralidade de suas funções de órgão de execução[18].

Para verificar a **Estrutura Orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça**, clique aqui.

Bibliografia complementar

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[1] Na segunda edição, esta área foi desenvolvida pelo Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior e pelo Promotor de Justiça Roberto Heleno de Castro Júnior.

[2] Lei Complementar Estadual n° 34/94 – Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais.

[3] É preciso esclarecer que o Ministério Público não tem personalidade jurídica plena; contudo, possui capacidade de ser parte nas hipóteses de sua legitimidade ativa em relação às ações penais e civis públicas e para defender, em juízo, suas prerrogativas institucionais quando há conflito com os Poderes. Nesta última hipótese, a representação judicial da

instituição compete ao Procurador-Geral de Justiça.

[4] Ao Procurador-Geral de Justiça compete a iniciativa de projetos de lei complementar que disponha sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público (CE, art. 125), e de projetos sobre a criação, a transformação e a extinção de cargo e função públicos do Ministério Público e dos serviços auxiliares, além da fixação da respectiva remuneração (CE, art. 66, § 2°).

[5] Pode o Procurador-Geral até celebrar convênios com os órgãos municipais, estaduais e federais para atendimento das necessidades da instituição (LC, art. 18, inc. LII).

[6] Constituição Estadual: "Art. 155. [...].§ 1° - O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias, de iniciativa do Governador do Estado, resultará das propostas parciais de cada Poder, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, compatibilizadas em regime de colaboração. § 2° - Para proceder à compatibilização prevista no parágrafo anterior e à efetiva verificação dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, será constituída comissão permanente, composta de seis membros, indicados: I – um, pela Mesa da Assembleia; II – um, pelo Governador do Estado; III – um, pelo Presidente do Tribunal de Justiça; IV – um, pelo Procurador-Geral de Justiça; V – um, pelo Presidente do Tribunal de Contas; VI – um, pelo Defensor Público-Geral do Estado".

[7] Também compete ao Procurador-Geral representar ao Presidente do Tribunal de Justiça para instauração de processo de verificação de incapacidade física ou mental de magistrado e serventuário de justiça (LC, art. 18, inc. LIX).

[8] LC 34/94, Art. 18, inc. XXI, letras "a" a "j".

[9] O art. 18, inc. XXXVII, faculta ao Procurador-Geral de Justiça convocar Procuradores de Justiça ou Promotores de Justiça, estes da mais elevada entrância, para prestar, temporariamente, serviços à Procuradoria-Geral de Justiça ou ocupar cargos de confiança. Já o inc. LXI do mesmo artigo permite ao Procurador-Geral convocar membro do Ministério Público para deliberação sobre matéria administrativa ou de interesse da instituição.

[10] Como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco, "não existe um princípio da unidade e outro, da indivisibilidade. A locução unidade e indivisibilidade expressa uma idéia só". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 684. Vol. I).

[11] Nesse sentido, conferir: DINAMARCO, 2013, p. 684-685.

[12] A ausência de caráter normativo das recomendações decorre do respeito ao princípio constitucional da independência funcional (CF, art. 127, § 1°), que deve conviver harmonicamente com o princípio da unidade.

[13] Constituição Federal: "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, diretae indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde".

[14] Conforme art. 106, inc. I, letras "a" e "b", da Constituição Estadual, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente nos crimes comuns, ressalvada a competência das justiças especializadas, o Vice-Governador do Estado, o Deputado Estadual, o Advogado-Geral do Estado, o Procurador-Geral de Justiça, o Secretário de Estado, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militar, o Chefe da Polícia Civil e os Prefeitos Municipais.

[15] Constituição Federal: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – *promover o inquérito civil e a ação civil pública*, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]". (grifo nosso).

[16] Também compete ao Procurador-Geral requisitar policiamento para a guarda dos prédios e das salas do Ministério Público ou para a segurança de seus membros e servidores (LC, art. 18, inc. LVI) e requisitar, motivadamente, meios materiais para o exercício de atividades técnicas ou especializadas nos procedimentos administrativos do Ministério Público (LC, art. 18, inc. LXII). A competência para requisitar servidores públicos, prevista no referido inciso LXII, teve sua eficácia suspensa por acórdão do STF prolatado na ADI 2534, em 15 de agosto de 2002.

[17] LC, art. 18, inc. XX, c/c § 1° do mesmo artigo.

[18] LC, art. 69, inc. XIII.

2. Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques*

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica é um dos órgãos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (arts. 88 e 89, da Lei Complementar n° 34/94, alterados pela Lei Complementar Estadual n° 61/2001).

Sua função primordial é prestar apoio técnico-jurídico ao Procurador-Geral de Justiça, notadamente nas áreas cível, penal e administrativa, além de exercer, por delegação, algumas atribuições da chefia da instituição. Vale anotar que a delegação de atribuições é considerada um instrumento de desconcentração administrativa que busca garantir um aumento de celeridade e eficiência da atividade a ser desempenhada. Insta registrar que o delegado não age em nome e em lugar do delegante, mas atua por força de competência legal que lhe foi atribuída.

A Resolução PGJ n° 35/2005, em seu art. 1º, § 1º, incisos I a XXVI, define as atribuições do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico. Algumas delas merecem destaque:

> a) "distribuir os autos de processos aos Procuradores de Justiça, por Câmaras e Grupos dos Tribunais, e coordenar o serviço dos órgãos de execução do Ministério Público em 2ª instância".

Nesse campo, por força do disposto no art. 93, XV, da Constituição Federal, a distribuição dos processos oriundos dos Tribunais é realizada de forma imediata, respeitando-se o disposto na Resolução CAM PJ n° 27/2007.

> b) "dirimir conflitos de atribuição entre Membros do Ministério Público, designando quem deverá oficiar no feito".

Como cediço, "o conflito de atribuições pressupõe a existência de, pelo menos, duas opiniões discordantes entre órgãos de execução a respeito de determinado ato a ser praticado (de natureza judicial ou extrajudicial)"[1]. O conflito pode-se verificar quando dois ou mais órgãos de execução entenderem que não são detentores de atribuição para praticar determinado ato ou, de maneira oposta, quando avaliarem que cada qual tem atribuição para prática do mesmo ato.

Nada impede que o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico indique um terceiro órgão, diferente de suscitante e suscitado, como o detentor da atribuição discutida.

No âmbito do Ministério Público mineiro, a Resolução PGJ n° 72/2006 estabelece regras para a definição das atribuições das Promotorias de Justiça Especializadas. A edição do referido ato objetivou minimizar o número de conflitos de atribuições, com similitude de fundamentação, que aportavam na Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica.

> c) "despachar e decidir sobre o pedido de prorrogação e suspensão de inquéritos civis e expedientes correlatos, informando à Secretaria dos Órgãos Colegiados".

Importante destacar que, com a implantação do Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios (SRU) (Resolução Conjunta PGJ CGMP n° 3/2007), tal atribuição não mais prevalecerá.

> d) "manifestar nos casos do art. 28 do Código de Processo Penal, inclusive quando envolver aplicação extensiva ou analógica, em processos ou procedimentos de natureza não penal".

A regra processual mencionada determina que o órgão jurisdicional, caso discorde do requerimento de arquivamento do procedimento inquisitorial formulado pelo órgão de execução, providencie a remessa do

expediente ao Procurador-Geral de Justiça, que deliberará a respeito. No caso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico poderá insistir no arquivamento ou, avaliando existirem elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal, oferecer (via Assessoria Especial) a proemial acusatória. É útil destacar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

> "Em se tratando de ação penal pública incondicionada, não pode o juiz insistir na promoção de ação, solicitando inusitada reconsideração a novo membro do Ministério Público; cabe-lhe, apenas, se discordante do arquivamento, submeter o caso à consideração do Procurador-Geral de Justiça, na forma recomendada pelo art. 28 do CPP. Nulidade declarada (RSTJ n° 26/160)."

Como já brevemente assinalado, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico tem o apoio de uma Assessoria Especial para a execução de suas tarefas. Tal Assessoria pode ser composta por Procuradores e Promotores de Justiça de entrância especial, diretamente designados pelo Chefe do Ministério Público. A Resolução PGJ n° 51/95 dispõe sobre as atribuições da Assessoria Especial e regulamenta a delegação de funções pelo Procurador-Geral de Justiça.

Outros dois órgãos são ligados à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica: a Procuradoria de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e de Execução Criminal e a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade.

A Procuradoria de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais e de Execução Criminal tem por finalidade principal manter o sistema de acompanhamento de decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, visando à interposição de recursos especiais e extraordinários em matérias eleitas como de maior relevância, respeitando a independência funcional dos Procuradores de Justiça, além de dar suporte científico e técnico aos órgãos de execução do Ministério Público, na primeira e na segunda instâncias, para a elaboração de quaisquer recursos de natureza criminal.

- 2.1. Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade
- 2.2. Ementário de legislação pertinente
- 2.3. Jurisprudência
- 2.4. Técnicas de atuação

[1)] Cf.: GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev.,amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

2.1. Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

Autores/Organizadores:
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise
Procurador de Justiça João Batista da Silva
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Em perspectiva histórica, o *constitucionalismo*,como movimento jurídico, político e cultural, refletiu os anseios das sociedades por uma eficaz detenção e limitação dos poderes do monarca absoluto, através das declarações de direitos e garantias fundamentais, as quais inseriam, em documentos escritos e solenes, os limites (direitos) e as formas de se efetivar tal limitação (garantias), entre os quais é possível apontar o direito político de participação ativa e passiva da população nos negócios do Estado, por meio de eleições de representantes para os corpos legislativos.

Entretanto, no momento histórico em que se visualizaram as fragilidades e a insuficiência da democracia representativa do liberalismo-burguês, tão elogiada por Tocqueville (2005), na concretização de novos direitos que surgiram em textos constitucionais (direitos sociais), o movimento constitucionalista da época posterior pugnou por uma maior concretização dos documentos constitucionais, notadamente no início do século XX, com a aparição no cenário jurídico-político das Constituições do Estado Social, precipuamente a de Weimar (1919) e a do México (1917).

Da mesma forma que o *constitucionalismo moderno* do século XVIII engendrou a ideia de um documento que englobasse a organização do Estado e um rol de direitos e garantias fundamentais, de aspecto eminentemente negativo, que limitasse e detivesse o poder estatal, o *constitucionalismo contemporâneo* reivindicou maior efetividade dos documentos constitucionais, mormente do bloco de dispositivos que posteriormente se denominou *Constituição Econômica*, como de resto daqueles que previam direitos sociais, que a partir de então seriam conteúdos obrigatórios em quaisquer documentos constitucionais contemporâneos. É o que afirma Almeida, referindo-se especificamente às mudanças dos ordenamentos jurídicos da época:

> "Tal preponderância do público sobre o privado irá levar o Estado a uma legislação de caráter socializante, é dizer, a uma preocupação com o aspecto social do direito cada vez mais profunda, surgindo, conseqüentemente, a socialização do jurismo. Isso não importa dizer que o Estado absorveu a sociedade civil (entendida aqui como sociedade burguesa), pois que tal efeito redundaria no Estado totalitário, nem que no primeiro capitalismo – como já anotamos – este fora absorvido por aquela, o que significaria uma sociedade sem Estado". [1)]

E acrescenta:

> "Não obstante, a preponderância estatal é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, v.g., trabalhadores, locatários, consumidores, etc., cujas relações jurídicas, hodiernamente, já perderam o princípio fulcral de sua existência, qual seja, a absoluta *autonomia da vontade* nos contratos, à semelhança do que ocorre, v.g., com as relações contratuais trabalhistas, para se tornarem preocupação do Estado e terem tratamento legislativo consentâneo com as diferenças econômicas e sociais existentes entre os envolvidos".[2)]

O mesmo fenômeno não poderia deixar de ser sentido especificamente no âmbito dos documentos constitucionais. Sob esse aspecto, Bulos declara:

> "É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, o robustecimento daquelas idéias hauridas na segunda metade do século XX, na etapa do constitucionalismo moderno, preconizadas pelo ideário *pós-positivista*, responsável pelo florescimento de um *constitucionalismo principialista*, oriundo do reconhecimento da *face principiológica do Direito*."[3)]

Obviamente, a inserção de princípios socializantes e prospectivos no ordenamento jurídico do mundo ocidental, notadamente nas suas Constituições, não ficaria sem uma resposta adequada daqueles que, revolucionários no século XVIII, agora se posicionavam de forma conservadora ante as mudanças da *forma* dos sistemas político, jurídico e econômico.

Em via de consequência, a doutrina liberal passou a encarar as cláusulas constitucionais que previam os direitos sociais, culturais e econômicos como meras normas de programas (*normas programáticas*), promessas irrealizáveis concretamente, cujo conteúdo não ultrapassava a boa intenção do legislador constituinte, e assim não ensejavam reivindicação jurídica, dando vez ao que se denominou *constituição programática*.

É que, como ensina José Afonso da Silva:

> "As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo. [...] Esse embate entre o liberalismo com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. [...] *São os princípios que constituem as normas constitucionais de princípio programático*".[4)]

E conceitua:

> "[...] podemos conceber como programáticas aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*". [5)]

A réplica não tardou a surgir. Com efeito, o *pós-positivismo*, ou, para outros, o *neoconstitucionalismo*, foi a resposta dada à ausência de normatividade que os liberais-conservadores propunham conferir às Constituições do Estado Social, notadamente do bloco de preceitos que encerravam os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões[6)].

Pós-positivismo como atitude interpretativa adequada à Constituição

O *pós-positivismo* nasce como teoria interpretativa do Direito, desenganadamente dos textos constitucionais do Estado Social e Democrático, o qual possui como característica predominante atribuir importância aos princípios do Direito, e não somente às leis[7)]. Sem embargo, mais do que ressaltar a importância dos princípios, notadamente aqueles previstos em textos constitucionais, o referido movimento conferiu a necessária *normatividade* àqueles, assim como aproximou a Ciência Jurídica de seu sentido ético, o que outrora significaria malferimento à hegemonia das regras e sua respectiva normatividade[8)].

O constitucionalismo moderno, portanto, representou o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade. Eis aí o que se pode chamar de *constitucionalismo principialista*, proveniente do reconhecimento da face *principiológica do Direito*, que irá encontrar notável sequência na etapa do constitucionalismo contemporâneo[9)].

Daí se afirmar hodiernamente que as chamadas *normas programáticas* devem ser esquecidas na sepultura dos primórdios do liberalismo político, na medida em que quaisquer cláusulas constitucionais, principiológicas ou não, possuem normatividade, conquanto em graus variados[10)].

Nesse raciocínio, impende esclarecer as principais características dessa nova atitude interpretativa: o *pós-positivismo*.

Nesse sentido – o de estabelecer a normatividade dos princípios, até mesmo quando em conflito com as regras (leis) – caminham os trabalhos do professor estadunidense Ronald Dworkin, que, ao longo de sua obra, construiu a teoria que ele mesmo denominou de *direito como integridade*.

Consoante suas lições:

> "Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade."[11)]

Dessa forma, Dworkin rejeita as teorias jurídicas comuns, tais como o positivismo e o jusnaturalismo, em razão de sua incapacidade de alcançar a coerência que todo ordenamento jurídico exige. Para o autor, a primeira corrente traduz-se no "ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questões de direito."[12)]

Na segunda:

> "O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado."[13)]

Para rechaçar, como afirmado, as referidas teorias jurídicas como fontes interpretativas adequadas à consecução da integridade no Direito, Dworkin parte de uma premissa inegável:

> "Mas as pessoas reais na vida política comum atuam dentro de uma estrutura política e também sobre ela. Para nós, a política é mais evolutiva que axiomática; reconhecemos, ao trabalharmos em prol de um Estado perfeitamente justo, que já pertencemos a um Estado diferente."[14)]

Assim, a coerência entre os princípios jurídicos de uma comunidade será o norte e a vinculação para a atividade do legislador e do julgador, principalmenteo julgador constitucional, que não poderá fazer abstração da estrutura política e jurídica de sua comunidade, assim como do passado convencionalista ou do futuro pragmático[15)]. Não se trata, portanto, de opção por uma ou por outra concepção, porém, de um *tertius genus*, que dá relevância a todas dentro do espectro coerente dos princípios constitucionais. Nessa linha de pensamento teórico, pois, poder-se-á vislumbrar que:

> "A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento."[16)]
>
> "É sob esse parâmetro que se dará o aperfeiçoamento da estrutura política, moral e jurídica da sociedade, como um todo íntegro que despreza a interpretação literal de dispositivos legais, assim como a existência de direitos invioláveis e imutáveis, temporal e espacialmente, eis que, à luz da teoria em consideração, […]
>
> Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade."[17)]

Conquanto da denominação se infira, *prima facie*, a correspondência tão somente a direitos individuais e, portanto, como alhures afirmado, uma conceituação *estreita*[18)], forçoso reconhecer que a concepção ofertada pelo professor norte-americano não exclui os bens coletivos, senão que os insere naquilo que conceituamos como *interesses segmentais*, expressão mais adequada para a classificação dos interesses existentes em

sociedades pluralistas, como as contemporâneas. Não se deve pressupor a inexistência de classes socioeconômicas díspares, pois esse raciocínio constituiria um verdadeiro absurdo, na medida em que o nosso próprio sistema econômico isso impõe. Entretanto, pensamos ser necessário apreender que, com a pluralidade das sociedades contemporâneas, aquela dicotomia na qual os pensadores de formação marxista dividiram a sociedade é, atualmente, insuficiente para traduzir os fenômenos sociojurídicos. Em consequência, uma das características possíveis de apontar concerne ao fato de que o *interesse segmental* rejeita a concepção organicista de sociedade (o todo acima da parte), assim como aquela *individual* (a parte somente compõe o todo).

De qualquer forma, impossível desprezar o conceito oferecido por Alexy, segundo o qual:

> "[…] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos".[19)]

Em retorno ao tema, conferindo importância e normatividade aos princípios, notadamente aqueles insculpidos em textos constitucionais, o pós-positivismo não olvida – antes propõe – a perspectivaque se deve ofertar ao fundamento filosófico dos princípios que encerram *direitos fundamentais*, norte interpretativo de todo o corpo constitucional, um verdadeiro quadro de valores não estático a orientar o trabalho do intérprete. Assim diz Bulos:

> "[…] nas constituições dirigentes, a exemplo da brasileira de 1988 e da portuguesa de 1976, os direitos e garantias fundamentais funcionam como parâmetros, ou normas de referência, servindo para desvendar o exato alcance do bloco de constitucionalidade. Nessas cartas fundamentais, há amplo catálogo de liberdades públicas, que constitui um meio hábil para examinar a legitimidade e a constitucionalidade das leis e dos atos normativos".[20)]

Permitimo-nos, agora, fazer um corte no presente raciocínio com o escopo de demonstrar, também, que o pós-positivismo se fundamenta no *relativismo filosófico*, na medida em que supõe que a existência dos direitos fundamentais, bem como sua densidade normativa, deve variar tanto no tempo quanto no espaço.

Com efeito, o fundamento filosófico dos direitos fundamentais, no final do século XVIII, restringia-se ao seu caráter *natural*, no sentido de que, antes mesmo da personificação do Estado e da aparição da respectiva Constituição, o homem e o cidadão possuíam direitos sagrados e invioláveis pelos governantes. Daí o insuspeito teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, já em seu art. 1°, asseverava tal característica. É que, como salienta Bobbio:

> "Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".[21)]

E, especificamente sobre o caráter relativista dos direitos fundamentais, ensina o mestre de Turim:

> "Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento. Se não estivéssemos convencidos da irresistível pluralidade das concepções últimas, e se, ao contrário, estivéssemos convencidos de que asserções religiosas, éticas e políticas são demonstráveis

> como teoremas (e essa era, mais uma vez, a ilusão dos jusnaturalistas, de um Hobbes, por exemplo, que chamava as leis naturais de teoremas), então os direitos à liberdade religiosa ou à liberdade de pensamento político perderiam sua razão de ser, ou, pelo menos, adquiririam um outro significado: seriam não o direito de ter a própria religião pessoal ou de expressar o próprio pensamento político, mas sim o direito de não ser dissuadido pela força de empreender a busca da única verdade religiosa e do único bem político".[22)]

Bem se nota a natureza histórica e, portanto, o caráter relativista dos princípios que encerram os direitos fundamentais.

O mesmo relativismo se pode perceber em Dworkin, na construção do seu direito como integridade [23)].

É imperioso divisar, assim, que os princípios, em especial aqueles que inscrevem os direitos fundamentais, devem possuir como fundamento filosófico o relativismo, em virtude de seu patente caráter eminentemente histórico.

Por corolário, impõe-se reconhecer que o absolutismo filosófico (e, por consequência, o absolutismo jurídico) deve radicar nos recantos da obscuridade histórica da Idade Média e suas inquisições, não se adequando hodiernamente ao pluralismo social, econômico, político e jurídico.

Forçoso reconhecer, dessarte, o acerto das palavras de Kelsen, no particular, segundo as quais

> "ao pressuposto da existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos, negados pelo relativismo filosófico, que só admite uma verdade relativa e valores relativos. [...] O absoluto implica necessariamente a perfeição".[24)]

Nessa perspectiva, a natureza histórica, e não, natural dos *direitos fundamentais* e dos princípios que os fundamentam avulta de importância, na medida em que se torna amplo espectro de diretriz interpretativa de todo o corpo da Constituição, pois não se mostra constitucionalmente adequada a atitude interpretativa que olvide os caracteres preliminar e vinculante dos *direitos e garantias constitucionais fundamentais*, os quais se impõem a quaisquer leituras do texto constitucional.

Consequência necessária dessa relatividade é que direitos e garantias fundamentais não gozam de certeza absoluta no significado de seus signos, uma vez que a sua densificação normativa será mutável, em tempos e lugares distintos. Ainda ensina Bobbio:

> "Há três modos de fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-las como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso) [...]".[25)]

O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado.

Destarte, impende reconhecer que a concretização dos direitos e garantias fundamentais – e dos princípios que os animam – traduz-se em um processo paulatino, coerente e permanente.

Nessa linha de raciocínio, esclarece a doutrina que existe uma subcorrente que em nada é incompatível com o *pós-positivismo*, antes o ratifica Mendes:

> "Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu

> conteúdo. De igual modo, veiculam um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas".[26)]

Toda essa atitude interpretativa, que tem fulcro no *pós-positivismo*, desaguará em condutas a serem tomadas concretamente na averiguação da constitucionalidade das leis e dos atos normativos primários, seja à luz do controle difuso, seja do controle concentrado.

Com efeito, ao assumir posição que confira normatividade máxima a princípios insertos no texto constitucional, notadamente aqueles que encerram *direitos fundamentais*, o intérprete deverá estar cônscio de três coisas, a saber: a) que tais princípios informam, de forma cogente, a interpretação das demais normas constitucionais; b) que, além disso, os princípios insertos na Constituição vinculam a interpretação das normas infraconstitucionais; c) que a concretude normativa ofertada a um princípio, em um determinado caso concreto, poderá não ser a mesma em outra hipótese com a qual se depare.

Nessa medida, é possível, como sói acontecer, segundo Mendes,

> "[…] que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compreensão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *harmonização* –, em face disso, impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição".[27)]

Perante a grave observação doutrinária, devemos, inicialmente, distinguir – uma vez que a Constituição possui tanto regras como princípios – entre o aparente conflito entre regras e a aparente colisão entre princípios, pois as respectivas soluções diferem, seja em qualidade, seja em quantidade.

Isso porque, na medida em que a regra possui seu código de abordagem do lícito/ilícito, os princípios ofertam uma orientação que, uma vez seguida, não extinguirá definitivamente o grau de vinculação que outro princípio possa oferecer[28)]. Assim, em um conflito aparente de regras, uma prevalecerá em detrimento de outra, e a preterida restará extinta ou inválida, segundo os padrões aceitos do sistema jurídico em questão (princípio cronológico, hierárquico, da especialização, etc.).

O mesmo não ocorre com os princípios. Em eventual colisão aparente destes, aquele que prepondera não extingue a força vinculante do outro, senão no caso apreciado, ante a opção feita pelo primeiro. Enfim, os princípios enunciam "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção […]".[29)]. Em consequência, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão de peso ou importância, uma vez que, no que toca àquelas, ou são aplicáveis ou não o são na regulamentação de um determinado comportamento. Daí o professor da New York University afirmar:

> "Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. É possível inferir, assim, que o conflito de regras se resolverá com a invalidação de uma delas. Ao revés, a colisão de princípios se resolverá pela preponderância, em determinada hipótese concreta, de um sobre o outro, segundo a proporcionalidade metodológica utilizada pelo intérprete, evidenciando, mais uma vez, seu caráter relativo perante a vida concreta. Imperioso afirmar, de vez, que a resolução da colisão aparente entre princípios se reconduzirá à metodologia ofertada pela proporcionalidade".[30)]

Cabe evidenciar, por oportuno, que a *proporcionalidade*, entendida por muitos como um princípio com autonomia, encerra, a nosso aviso, tão somente uma *metodologia* de interpretação, com suas próprias características, visto que não estão em estado relacional com algo diferente, para ser, ela própria, ponderada[31)].

Destarte, nos informa Alexy:

> "Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él".[32)]

Enquanto a *proporcionalidade em sentido estrito* (mandato de ponderação) se reconduz às possibilidades jurídicas de realização do princípio em consideração (inexistência de outro também fundamental que com ele colida), a *necessidade* concerne à ideia de meio (modo) menos gravoso à violação de um princípio de direito fundamental (possibilidade fática). Já a *adequação* ou a *pertinência* revela-se como o meio correto de se alcançar um determinado fim.

Em outras palavras, é possível asseverar que:

> "Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão que nos deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio, que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade.
> [...]
> O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade [...]. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. [...]".[33)]

Finalmente, deve-se considerar o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. A escolha, neste caso, recai sobre o meio ou os meios que, especificamente, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Como não poderia deixar de ser, a percepção desse novo aspecto dos princípios, notadamente os constitucionais, aliada ao relativismo de seus significados no momento de eventual colisão, careceu de uma releitura da posição até então ocupada pelos tribunais, desenganadamente aqueles que exercem, como o Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional.

Assim sendo, a perfeita conformação dos princípios e dos preceitos constitucionais referentes a direitos culturais, sociais e econômicos, de magnitude constitucional, à luz do pós-positivismo jurídico, exigiu algumas adaptações necessárias, seja para coibir as chamadas *omissões inconstitucionais*, seja para corrigir ações incompatíveis com o texto constitucional, à luz do primado da *supremacia constitucional.* Decorre da segunda a mitigação do princípio do *primado da lei*, que cede espaço ao *primado da constituição*, na medida em que o trabalho realizado pelo legislador ordinário não é livre nem absoluto, senão condicionado e vinculado às cláusulas constitucionais de regência[34)]. Avulta, nesse momento, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos primários incompatíveis, formal e materialmente, com o *quantum* estabelecido na Constituição.

> "Essa constatação é importantíssima, pois demonstra que o legislador não é um ser ilimitado. Não poderá sair legislando do modo como quiser e da maneira que bem entender. Sua liberdade circunscreve-se à idéia de direito e de justiça plasmada na Carta Maior."[35)]

Consequentemente, enche-se de realce a atividade levada a efeito pelos tribunais incumbidos de aferir a compatibilidade ou não desses atos normativos primários: a *jurisdição constitucional*.

Nessa esteira, é possível asseverar que os órgãos que a exercem, diante de documentos constitucionais que

não mais internalizavam tão somente a ideologia liberal – organizando o Estado e prevendo direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdades negativas) – não podiam renunciar aos seus destinos constitucionais e, à luz de cláusulas constitucionais com densidade normativa e diretiva, tiveram que tomar a si a incumbência de concretizar direitos fundamentais de outras dimensões (positivos), notadamente os direitos culturais, econômicos e sociais, em virtude das não raras moras dos corpos legislativos.

Entretanto, imperioso assinalar que o novo *status* conferido aos órgãos da jurisdição constitucional revelou um aspecto inconcebível à luz da doutrina liberal.

Com efeito, forçoso reconhecer que atualmente não se pode admitir que o juiz – notadamente aquele que exerce a jurisdição constitucional – seja apenas a boca da lei. Definitivamente, não devemos deslembrar que juízes, ordinários ou constitucionais, julgam – mesmo que inconscientemente – consoante princípios políticos, sendo de uma candura incomensurável o raciocínio oposto.

Não pretendemos afirmar com isso que os juízes exercem suas atividades judicantes consoante ideologias político-partidárias. Ao revés, os condicionamentos do julgador, notadamente aquele que exerce a jurisdição constitucional, dão-se na medida da aceitação dos ideais políticos e axiológicos plasmados nos documentos constitucionais. Isso porque, como lembra Dworkin, deve-se rejeitar:

> "[...] a opinião, popular, mas irrealista, de que tais convicções não devem representar absolutamente nenhum papel essas decisões, que o Direito e a política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes. Mas também rejeita a visão oposta, de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembléia constituinte".[36)]

E, por corolário, afirma categoricamente:

> "Naturalmente, as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. [...] Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros". [37)]

Consequentemente:

> "A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político".[38)]

Infere-se, portanto, que a conduta judicial, quando da proferição de decisões com fulcro em princípios políticos, não pode ser visualizada como uma atitude partidária do julgador, senão de obediência às condicionantes da filosofia política da comunidade, plasmadas no diploma constitucional, na qual o juiz está inserido.

Destarte, é possível asseverar que em todos os julgamentos, sejam os proferidos na jurisdição constitucional – em que são mais perceptíveis os fundamentos políticos da decisão –, sejam os prolatados na jurisdição ordinária, o juiz está vinculado aos fundamentos do ideal político de sua comunidade.

Vinculando-se o direito brasileiro à família da *civil law*, é pertinente afirmar que o fundamento político de toda decisão deverá estar em consonância com os princípios, expressos ou implícitos, insertos na Constituição de 1988, na medida em que o Estado de Direito, assentado na Constituição, não se resume a uma concepção centrada no texto legal[39)], mas naquela centrada nos direitos[40)]. Isso porquanto essa segunda concepção:

> "[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o

> Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. [...] Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique".[41)]

Não é possível, portanto, inferir que a concepção do Estado de Direito, como concepção *centrada no direito*, importa, em verdade, a aplicação de direitos naturais – não positivados – ou quaisquer formas de superdireitos, de modo símile ao que ocorre no direito alemão, ao menos em sistemas jurídicos de constituição rígida.

É que, mesmo no pós-positivismo – como já assinalado –, "a legislação continua a exercer influência sobre a questão de quais direitos as partes têm, no modelo centrado nos direitos, mesmo quando direitos morais de fundo também exercem uma influência"[42)]. Daí não poderem prevalecer princípios que não dialoguem com aqueles que se extraem das normas jurídicas em seu conjunto, pois "a concepção centrada nos direitos supõe que o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional".[43)]

Sob esse prisma, faz-se mister assinalar que, nos sistemas de constituição rígida e dirigente – como o nosso –, os princípios políticos diretores da atividade judicial – e que devem servir para fundamentá-la – não serão extraídos *indutivamente* do conjunto de regras aprovadas pelos corpos legislativos, senão que estarão plasmados, explícita ou implicitamente, no corpo do documento constitucional, carecendo, deste modo, da *dedução*, para que sejam compreendidos e se tornem conformadores da realidade social. É o que ocorre atualmente, *v. g.*, com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que deve ser relido, sob pena de incompatibilidade, à luz dos princípios e regras contidos na Constituição de 1988.

Infere-se, portanto, que o argumento de princípio político deverá fundamentar as decisões judiciais, mormente aquelas proferidas na jurisdição constitucional, condicionado pelo ideal da sua comunidade, isto é, aquilo que estiver inserido, explícita ou implicitamente, no texto constitucional.

O mesmo ocorre com os membros do Ministério Público quando no exercício de suas atribuições, ordinárias ou constitucionais.

Vinculado que está – como de resto, qualquer outra instituição estatal – aos princípios políticos estampados no texto constitucional, notadamente àqueles que encerram direitos fundamentais, o Ministério Público, como instituição democrática, não pode se furtar a contribuir para a conformação e a concretização, na linha teórica do pós-positivismo, das cláusulas constitucionais, seja em virtude de uma *omissão legislativa*, seja em razão de uma *ação legislativa incompatível com a ideia de justiça* que a unidade da Constituição incorpora.

Daí se infere que a instituição não poderia se colocar à margem dessa nova atitude interpretativa surgida no panorama jurídico-político.

É nessa ambiência hermenêutica que surgiu, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da Resolução PGJ n° 77, de 16 de setembro de 2005, a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade (CCConst), que possui como precípua a atribuição de provocar o controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos primários estaduais e municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado, tendo como parâmetro a Constituição do Estado.

Crendo na fragilidade do sistema democrático representativo em concretizar eficazmente as necessidades das sociedades modernas, na insuficiência do positivismo normativista como teoria adequada à interpretação dos dispositivos constitucionais, mormente os que encerram princípios, em razão de sua abertura de significados, e na utopia que o direito dito natural encerra, a Coordenadoria trabalha com o escopo de teóricos do pós-positivismo jurídico na interpretação das cláusulas constitucionais principiológicas, especificamente, conferindo-lhes a normatividade necessária para coibir excessos parlamentares (desvios ou excessos legislativos), ou para suprir, mediante a provocação da jurisdição constitucional, a mora legislativa.

Podemos citar, a título de exemplo, o que ocorre em relação a um assunto que atormenta a todos: o *nepotismo*

na administração pública.

A Coordenadoria firmou entendimento segundo o qual a lei municipal que proíbe a contratação de pessoas que possuam determinado grau de parentesco com agentes políticos municipais não se mostra inconstitucional à luz do princípio da interdependência entre os poderes, como reiteradas vezes afirmado, muito menos padece do vício de origem, consubstanciado na violação da iniciativa legislativa reservada, na medida em que a matéria ali regulada não se insere nos assuntos de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo (CF/88, art. 61, § 1°), que carece de interpretação restritiva, em ordem a excluir quaisquer aproximações analógicas.

De fato, o diploma legal não malfere o princípio da interdependência entre os poderes – do qual o primeiro (vício de iniciativa) é consequência. Isso porque não há que se falar, como assentado, em regulação pelo Poder Legislativo de matéria afeta a assuntos intestinos do Poder Executivo, porquanto, ao editar a lei com esse específico conteúdo, o Poder Legislativo estará, tão somente, conferindo concretização aos princípios da *moralidade* e da *impessoalidade administrativas* e, sob certo prisma, também ao da *eficiência administrativa*. É possível perceber que a interpretação conferida às leis que proíbem o nepotismo no âmbito da administração pública está embasada na hermenêutica *pós-positivista*.

Sendo lido sob a perspectiva dos princípios insertos na Constituição de 1988, confere-se maior peso àqueles norteadores da administração pública, em especial aos da moralidade e da impessoalidade, além de se ofertar uma necessária revisão do princípio da separação e da independência entre os poderes[44].

Independentemente do assunto tratado, o que se revela importante é que tanto juízes quanto membros do Ministério Público não fiquem à margem dessa nova hermenêutica constitucional e visualizem, lado outro, fenômeno já detectado alhures: a *constitucionalização* do direito pátrio, mesmo do ramo denominado *direito privado*.

- 2.1.1. Controle jurisdicional de constitucionalidade
- 2.1.2. Controle difuso de constitucionalidade: histórico
- 2.1.3. Ação civil pública e controle difuso de constitucionalidade: a vinculação dos pedidos
- 2.1.4. Crises de constitucionalidade e de legalidade
- 2.1.5. Controle de constitucionalidade e processo legislativo
- 2.1.6. Controle concentrado de constitucionalidade: histórico
- 2.1.7. Metodologia

---

1) ALMEIDA, Renato Franco de. **Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 35.
2) ALMEIDA, 2007, p. 35. (grifo do autor).
3) BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22. (grifo do autor).
4) SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 135-137. (grifo do autor).
5) SILVA, 2001, p. 138. (grifo do autor).
6) BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997. *passim*.
7) , 9) BULOS, 2008, p. 19.
8) BULOS, 2008 p. 20.
10) , 44) ALMEIDA, 2007.
11) DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305.
12) DWORKIN, 1999, p. 141.
13) DWORKIN, 1999, p. 185.
14) DWORKIN, 1999, p. 199.

[15] DWORKIN, 1999, p. 272.
[16] , [23] DWORKIN, 1999, p. 229.
[17] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.
[18] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 111.
[19] ALEXY, 1993, p. 86.
[20] BULOS, 2008, p. 105.
[21] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.
[22] BOBBIO, 2004, p. 38-39.
[24] KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 164.
[25] BOBBIO, 2004, p. 46-47.
[26] MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118. (grifo do autor).
[27] MENDES et al, 2008, p. 118-119. (grifo do autor).
[28] DWORKIN, 2002, p. 39.
[29] DWORKIN, 2002, p. 41.
[30] DWORKIN, 2002, p. 43.
[31] ALEXY, 1993, p. 112.
[32] ALEXY, 1993, p. 111-112.
[33] BONAVIDES, 1997, p. 360-361.
[34] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14.
[35] BULOS, 2008, p. 69.
[36] DWORKIN, 2005, p. IX.
[37] DWORKIN, 2005, p. 3-4, grifo do autor.
[38] , [39] DWORKIN, 2005, p. 6.
[40] DWORKIN, 2005, p. 7.
[41] DWORKIN, 2005, p. 7, grifo do autor.
[42] DWORKIN, 2005, p. 15.
[43] DWORKIN, 2005, p. 16.

2.1.1. Controle jurisdicional de constitucionalidade

O sentido de *constitucionalidade* da lei e dos atos normativos primários se reconduz à ideia de *rigidez* e *supremacia* do documento constitucional. Sob esse aspecto, somente poderemos falar de *constitucionalidade* ou *inconstitucionalidade* se possuirmos um *parâmetro* superior e perene em relação ao qual se possa aferir a compatibilidade daqueles atos inferiores. Desde Kelsen, com sua engenhosa teoria piramidal do ordenamento jurídico, a Constituição se revelou esse documento rígido e supremo dos Estados contemporâneos. Não nos deslembremos, no entanto, do conselho estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que vinculava a existência da Constituição à previsão de garantia dos direitos e à absorção do princípio da separação de poderes.

Não obstante, forçoso afirmar que

> "as ideias de *constitucionalidade* e *inconstitucionalidade* designam *conceitos de relação*, baseados no elo firmado entre as condutas públicas ou privadas e a carta maior".[1)]

Por corolário lógico, no afã de se garantir a higidez do documento constitucional, impor-se-á o sentido de controle dos atos executivos, legislativos e judiciais que com o texto constitucional confrontarem.

Nessa medida, releva destacar a importância da existência de dois *sistemas*, nos quais os diversos *modelos* existentes hodiernamente se inspiraram. Com efeito, os sistemas de controle judicial de constitucionalidade se resumem ao *norte-americano* e ao *austríaco*, que estudaremos na sequência.

[1)] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

2.1.2. Controle difuso de constitucionalidade: histórico

Na ótica histórica, podemos afirmar que o primeiro controle judicial de constitucionalidade a auferir magnitude constitucional no Brasil foi o *difuso*, também denominado *desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado* ou *incidental*.

Já no alvorecer da República, com o advento da primeira Constituição republicana de 1891, a forma de controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos ganhou magnitude constitucional, à semelhança do que acontecia nos Estados Unidos da América do Norte a partir da decisão de Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803.

Importa assinalar que, na época do Império, sob a égide da Constituição de 1824, o controle judicial de constitucionalidade, tal como o conhecemos hoje, inexistia, uma vez que esse diploma constitucional deixou a cargo do Poder Legislativo (impregnada que estava a Constituição pelo princípio da soberania do Parlamento) a tarefa de *velar pela guarda da Constituição* (art. 15, § 9º). Portanto, encetava um controle político de constitucionalidade.

Nada obstante e como afirmado, foi na Constituição de 1891 que se consagrou o controle judicial de constitucionalidade, na modalidade *difusa* ou *concreta*. Tal fenômeno se deu em razão de Rui Barbosa, entorpecido pela Constituição estadunidense, praticamente tê-la internalizado, consolidando em terras pátrias o *judicial review* norte-americano. Nas palavras sóbrias de Carlos Maximiliano, percebe-se facilmente o requisito obrigatório para o controle de constitucionalidade:

> "Intérprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, *sponte sua*; pronuncia-se contra a validade de actos do Executivo ou do Congresso Nacional quando os prejudicados o reclamam empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo aos preceitos formaes para obter o restabelecimento do direito violado.
>
> As demais constituições republicanas, além de prever o controle judicial de constitucionalidade difuso, foram aprimorando o modelo, com exceção da de 1937, que praticamente o inutilizou, conquanto previsto no texto constitucional respectivo. (CF/37, art. 96, parágrafo único)".[1)]

Ao contrário do que ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade, que é realizado por via de *ação*, o controle difuso sempre será por meio de *exceção* ou *defesa*. Dessa forma, ao autor da demanda cabe aventá-lo na petição inicial, ou no primeiro momento em que houver oportunidade processual de fazê-lo. No que toca ao réu do processo subjetivo, a peça de defesa será o momento processual apropriado para a arguição. Quanto aos terceiros intervenientes e ao Ministério Público, poderão agitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário no bojo do processo, na primeira oportunidade em que lhes for dado falar.

Na metodologia difusa, haverá sempre necessidade de a arguição referente à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo primário se realizar no bojo de um processo subjetivo comum. Daí a nomenclatura também conferida a essa forma de controle: *incidental*.

> "Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário."[2)]

Não cabe, porém, confundir o conflito de interesses subjetivos colocados em juízo com o antecedente lógico da constitucionalidade de lei ou ato normativo primário. Dessume-se, por isso, que a demanda principal, seja individual ou coletiva, deverá ter dois pedidos, a saber: o principal, que se referirá ao objeto determinante do litígio (o conflito de interesses intersubjetivo), e o incidental, que terá relação com o controle de constitucionalidade que se quer fazer incidentalmente à demanda principal. Pela perspectiva agora dos efeitos da decisão, o julgado, no controle difuso, tem o condão tão somente de afastar a incidência do ato viciado[3)], *reconhecendo* a inconstitucionalidade naquele processo em que se agitou a pecha de inconstitucionalidade, não

sendo correto afirmar que a norma foi extirpada do mundo jurídico.

Anote-se, ademais, que, conquanto o art. 52, X, da Constituição de 1988 esteja passando por nova interpretação no Supremo Tribunal Federal (Rcl. n° 4.335-5/AC, Relator: Min. Gilmar Mendes), no controle difuso ou concreto, a decisão que afasta a incidência da norma invectivada possui efeitos *interpartes* (somente *reconhece*, não *declara* a inconstitucionalidade), sendo necessária a suspensão de sua execução pelo Senado Federal para serem conferidos àquela efeitos *erga omnes*.

[1)] SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 116.

[2)] MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 15, fev. 1999.

[3)] MENDES, 1999, p. 17.

2.1.3. Ação civil pública e controle difuso de constitucionalidade: a vinculação dos pedidos

Muito se discutiu – e ainda, em alguns setores, discute-se – sobre a possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário com ação civil pública (ACP).

Gilmar Ferreira Mendes assim expõe a questão:

> "É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que 'a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*'. Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita".[1)]

E conclui seu pensamento afirmando:

> "Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais". [2)]

Com o devido respeito ao entendimento acima, ousamos dele divergir.

Pensamos que toda celeuma que o tema provoca se resume à distinção que deve ser feita entre *pedido e causa de pedir*.

Com efeito, em artigo de doutrina, já afirmava, há muito, Almeida:

> "A primeira tese a ser analisada mais detidamente concerne ao fato de os tribunais asseverarem ser impossível a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que institui 'taxa de iluminação pública' em sede de ação civil pública, utilizando-se, em regra, da argumentação segundo a qual a decisão proferida nesta seara possui efeito *erga omnes*.
>
> No particular, entendo que nada mais correto porquanto uma decisão no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade não possuirá efeitos tão-somente *inter partes* e, sim, por força expressa de lei, *erga omnes*.
>
> De efeito, consubstancia-se inconcebível a tratativa de inconstitucionalidade nas ações civis públicas. Todavia, o *punctum dolens* aí não reside, *permissa venia*. A argüição de inconstitucionalidade realizada em sede de ação civil pública, na maior parte das vezes, é trazida como mera causa de pedir, motivos que irão animar e dar base ao pedido. Este difere daquela posto que se restringe à condenação do Réu a obrigação de não fazer.
>
> Portanto, incorre em profundo desvio de perspectiva o pensamento segundo o qual acoimar de inconstitucional uma lei seja a mesma coisa que pedir o reconhecimento ou declaração de sua inconstitucionalidade. Dessarte, faz-se mister, primeiramente, distinguir *pedido* e *causa de pedir*, para a determinação de uma linha de raciocínio estreme de obscuridade".[3)]

E ainda:

> "A questão prejudicial, como é de grande sabença, é aquela que interfere no mérito da questão, no

> conflito de interesses posto a julgamento e que, por isso, é questão prévia logicamente relacionada ao litígio. Miranda (1998, p. 128) verbera, sobre o assunto sob comento, que 'Na questão prejudicial, há comunicação de conhecimento, a ser apreciada pelo juiz, que funciona como antecedente lógico, sem ser preciso, ou sem ser provável formar processo separado. Pois bem. A inconstitucionalidade de uma lei quando argüida como mera motivação, causa de pedir, não faz coisa julgada, ou seja, não pertencerá ao comando da sentença posto que é *quaestiones praeiudiciales*. Dessarte, não é impossível ou processualmente incorreto o pedido da ação civil pública proposta porquanto não há pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei que instituiu a referida taxa".[4)]

E, concluindo, asseverou Almeida:

> "Vislumbra-se, portanto, que a tese da impossibilidade de argüição de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública está escorreita, não merecendo qualquer reparo. Porém, não menos certo é que o fato de ser cogitada como questão prejudicial naquela ação não terá, tal entendimento, as qualidades de imutabilidade e indiscutibilidade, próprias dos assuntos que estão sob o manto da coisa julgada".[5)]

Portanto, quando a matéria é tratada à luz dos ensinamentos da processualística, com concepções rigorosas de *pedido* e *causa de pedir*, não há como se negar a possibilidade de arguição incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário no bojo de um processo subjetivo, instaurado através da ação civil pública.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal tem dado agasalho à tese acima exposta, na medida em que deixou consignado, no Recurso Extraordinário n° 424.993-6/DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, ratificando precedentes anteriores, que:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* DA LEI n° 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO.
> *Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade 'incidenter tantum' da Lei Distrital n° 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal*.
> Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de Lei n° 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário.
> *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que 'incidenter tantum'. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos 'erga omnes'. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n° 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir.*". (grifo nosso).

No mesmo sentido, temos os seguintes arestos: Rcl. n° 2.224-2/SP; AI n° 476.058-3/MG; AI n° 504.856-1/ DF; RE n° 227.159-4/GO.

Divisa-se, destarte, que é possível, segundo a reiterada jurisprudência da nossa Suprema Corte, a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário por meio de ação civil pública. Adicione-se a tal assertiva que a natureza do interesse que se protege por esse meio processual é irrelevante para a plena possibilidade da arguição concreta de inconstitucionalidade, podendo figurar no conflito posto em juízo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, uma vez que a constitucionalidade de lei ou ato normativo é questão prévia concernente ao ato com densidade normativa objetivamente considerado, nada interferindo diretamente na qualidade do interesse que se protege.

[1)] MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano

88, n. 760, p. 32-33, fev. 1999.

[2)] MENDES, 1999, p. 33.

[3)] ALMEIDA, Renato Franco de. O *parquet* na defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 115, ago. 2001.

[4)] ALMEIDA, 2001, p. 116.

[5)] ALMEIDA, 2001, p. 118.

2.1.4. Crises de constitucionalidade e de legalidade

Com a denominação de *crise de legalidade*, queremos apontar o fenômeno de desobediência à lei (e a isso se reduz), como ato normativo primário, por ato normativo *secundário*. A *crise de constitucionalidade* é um fenômeno diverso, na medida em que se traduz em violação de dispositivo normativo de magnitude constitucional por ato normativo primário.

Não raras vezes ocorre relativa confusão entre os institutos, sendo certo que a conceituação rigorosa refletirá diretamente no controle de constitucionalidade, seja por via de ação, seja por via de exceção.

Tanto no controle por via de ação quanto naquele por via de exceção, o Supremo Tribunal Federal não aceita tratar judicialmente da mera crise de legalidade, para "se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, pratica ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeita à jurisdição constitucional".[1)]

Há, em outra vertente, a possibilidade de *inconstitucionalidade reflexa* ou *oblíqua*, ocorrente na hipótese de ato normativo secundário que, além de malferir dispositivo legal, viola também o disposto em cláusula constitucional.

Ambas as hipóteses são rejeitadas por nossa Suprema Corte como potenciais objetos de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, uma vez que somente a *inconstitucionalidade direta e frontal* à Constituição poderá ensejar a sindicação judicial de constitucionalidade.

Em consequência do raciocínio exposto, é possível asseverar que somente são passíveis de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, os atos normativos primários, quais sejam, aqueles previstos expressamente no art. 59 da Constituição de 1988 (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

A regra prevê exceção, também pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na atual ambiência constitucional, é possível discernir duas espécies de *decreto*, como ato normativo praticado pelo chefe do Poder Executivo: o autônomo (CF/88, art. 84, VI) e o regulamentar (CF/88, art. 84, IV).

O controle do decreto regulamentar se fará no âmbito da legalidade, não ensejando controle de constitucionalidade por nenhum dos métodos, uma vez que se deve reconduzir ao disposto na lei que regulamenta. Desbordando dos limites desta lei, haverá *ilegalidade*, e não *inconstitucionalidade*[2)].

Já na hipótese dos *decretos autônomos* – que, diga-se, constituem a exceção na atual engenharia constitucional – o Supremo Tribunal Federal tem aceito a existência de violação direta da Constituição [3)], para preservação do *princípio da reserva legal*.

Somente nessa hipótese, portanto, é possível falar em controle de constitucionalidade. Nessa esteira, impende realçar a hipótese, muito comum no cotidiano, a qual, porém, não enseja a sindicação judicial quanto à constitucionalidade – de lei ordinária municipal que viola *tão somente* dispositivo da lei orgânica do município (LOM). Nesse caso, estamos diante de uma *crise de legalidade*, já que não há de se considerar a LOM como parâmetro para averiguação de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em razão de expressa proibição constitucional (CF/88, art. 125, § 2°).

Em resumo, impõe-se a aferição preliminar da existência ou não de lei hierarquicamente superior ao ato acoimado de inconstitucional. Em hipótese afirmativa, ocorrerá, como dito, tão só *ilegalidade*, incapaz de ensejar o controle à luz da constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado. Em sendo negativa a resposta, estamos ante um *ato normativo primário*, cuja compatibilidade com a Constituição da República ou com a Constituição do Estado é perfeitamente possível.

[1)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2618-6, Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília,

DF, 12 de agosto de 2008. **DJ**, n. 231, 4 dez. 2008.

[2)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1383-1, Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 8 de novembro de 1996. **DJ**, 18 out. 1996.

[3)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1435. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 02 de setembro de 2002. **DJ**, n. 172, 6 set. 2002.

2.1.5. Controle de constitucionalidade e processo legislativo

Muito se tem dito sobre ser impossível o controle de constitucionalidade de projetos de lei, isto é, enquanto a espécie normativa em consideração não se perfaz. Tal assertiva deve ser encarada *cum grano salis*.

Sem dúvida,

> "a justificativa para o exercício do controle difuso do processo legislativo em trâmite é o fato de ainda inexistir lei ou ato normativo que concluiu todo o procedimento de sua elaboração."[1)]

Importa realçar, consoante as lições doutrinárias, que esse controle, conquanto ainda inexistente a espécie normativa,

> "possui natureza repressiva, e não preventiva, pois visa expurgar do ordenamento atos inconstitucionais. Ou seja, não vigora, no Brasil, o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade."[2)]

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal restringe o controle de constitucionalidade dessas hipóteses ao método difuso na medida em que aceita a impetração de mandado de segurança, por parlamentares, por meio do qual é possível arguir a inconstitucionalidade[3)]. Nesse caso, a desobediência aos preceitos constitucionais referentes ao processo legislativo ensejará a mácula da inconstitucionalidade, a qual poderá ser sindicada pela via da exceção.

Entendemos, entretanto, que a posição da nossa Suprema Corte encerra uma interpretação reducionista do problema no que concerne à legitimidade para as demandas concretas. Isso porque, ao conferir somente aos parlamentares legitimidade *ad causam* para a impetração, exclui os outros eventuais participantes do *devido processo legislativo*, notadamente quando a iniciativa do *iter* for conferida, com reserva, a atores extraparlamentares. É o caso, por exemplo, de mencionar a hipótese de projeto de lei de iniciativa reservada do Procurador-Geral de Justiça cuja tramitação, no seio do Poder Legislativo respectivo, desobedeça aos parâmetros constitucionais de regência.

Destarte, impõe-se, a nosso aviso, conferir legitimidade *ad causam* àqueles que, em determinado processo legislativo, figurem como coautores na concretização da espécie normativa em exame.

Sob outra perspectiva, devemos observar, segundo ainda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade parcial de controle das normas regimentais à luz das cláusulas constitucionais de regência.

Dessa forma, na esteira da orientação jurisprudencial da Suprema Corte, afirmou o Ministro Moreira Alves:

> "A observância dessas normas regimentais ordinatórias se exaure na esfera do Poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte. Assim como não podemos declarar a inconstitucionalidade de uma lei pela não-observância de formalidade estabelecida por norma regimental de qualquer das Casas do Congresso, por não haver hierarquia entre essas normas, também não podemos admitir que previamente, por meio de mandado de segurança, sob a invocação de inexistente direito subjetivo público, se paralise a atuação do Congresso com base na alegação de não-aplicação ou má aplicação de norma regimental dessa natureza. Questões dessa natureza se resolvem exclusivamente no âmbito de atuação parlamentar".[4)]

Impende ressaltar, no entanto, que não podemos confundir a impossibilidade de controle de constitucionalidade das interpretações conferidas pelo Poder Legislativo às suas normas regimentais com a afronta operada por essas mesmas normas aos preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo.

Na segunda hipótese – conflito entre as normas regimentais e o texto constitucional –, possível se mostra a sindicação judicial concernente à constitucionalidade.

Sem dúvida, questões de conveniência ou oportunidade, a exemplo das exegeses de preceitos regimentais pela própria instituição parlamentar, isentam-se do exame judiciário.

Se, entretanto, as normas regimentais – e não a exegese legislativa tomada *per se* – discreparem da Carta Suprema, lesando direitos subjetivos, ou ameaçando-lhes a existência, por certo que se torna imprescindível a adoção de um sério e rígido controle difuso de constitucionalidade, em nome do mandamento previsto no art. 5°, XXXV, do Texto de 1988[5].

Daí ser imperioso afirmar que a mera exegese conferida às normas regimentais por parlamentares se constitui em atos *interna corporis*, ao passo que as normas do regimento, objetivamente consideradas, na medida em que malfiram as cláusulas constitucionais pertinentes, notadamente aquelas referentes ao processo legislativo, podem ser objeto de controle de constitucionalidade, pelo método difuso, e a legitimidade *ad causam* – frise-se – deve ser reconhecida a todos os coautores da realização da espécie normativa em consideração.

Isso porquanto os regimentos internos das Casas Legislativas – de quaisquer entidades federadas – manifestam-se no mundo jurídico através de resoluções, em que se traduzem atos normativos primários (CF/88, art. 59, VII), sendo possível, assim, serem objeto do controle difuso de constitucionalidade.

Coerente com esse raciocínio, decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelas palavras do Ministro Francisco Rezek, que as normas regimentais:

> "[…] são normas que, uma vez observada a Constituição Federal, as casas do Congresso elaboram para reger a liturgia do seu trabalho no cotidiano, mesmo quando em instância grave como aquela da mudança da Constituição. E são normas – as do Regimento – que as casas podem modificar, em condições bem menos estritas do que aquelas que regem a mudança da própria Constituição".[6]

Dessa forma, exsurgindo no mundo jurídico como *resolução* – espécie normativa primária –, impõe-se reconhecer a possibilidade de controle de constitucionalidade de dispositivo que confronte a Constituição de 1988.

---

1) BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 138.
2) BULOS, 2008, p. 137.
3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 22.503-3, Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 25 de junho de 1997. **DJ**, n. 106, 6 jun. 1997.
4) ADI n° 2.038/BA, Relator p/ acórdão Min. Nelson Jobim
5) BULOS, 2008, p. 141.
6) MS n° 22.503-3/DF, Relator: Min. Néri da Silveira.

2.1.6. Controle concentrado de constitucionalidade: histórico

Cronologicamente, no Brasil, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade – também denominado *objetivo, reservado, fechado, em tese, principal, abstrato* ou *centralizado* – é posterior ao controle difuso.

Dessa forma, o controle por *via de ação* integrou o ordenamento jurídico pátrio somente pela inserção, na Constituição de 1946, da Emenda Constitucional n° 16/65.

O controle por via de ação se reconduz ao denominado *sistema austríaco* de controle concentrado, idealizado por Hans Kelsen, em que se prestigia, no respectivo processo objetivo, a sindicação abstrata de lei ou ato normativo perante o texto constitucional, independentemente da existência de direito subjetivo subjacente.

Em outras palavras: o objetivo principal do controle por via de ação é tão somente aferir a compatibilidade ou não de lei ou ato normativo primário com os princípios e regras explícita ou implicitamente contidos na Constituição. Não há que se advogar, portanto, a existência ou não de direito subjetivo, mesmo que esse, de modo reflexo, seja atingido pela decisão aí proferida.

O órgão judicial destinatário desta espécie de controle, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe analisar e julgar as questões constitucionais colocadas através dos mecanismos de controle abstrato.

2.1.7. Metodologia

> "*Mecanismos do controle concentrado da constitucionalidade* são instrumentos jurídicos, previstos na carta magna e nas leis, que permitem ao Supremo Tribunal Federal realizar a defesa abstrata da constituição".[1)]

Atualmente, nossa Constituição em vigor prevê diversas formas de controle abstrato, a saber:

- ação direta de inconstitucionalidade *interventiva* (CF/88, art. 34, VII);
- ação direta de inconstitucionalidade *genérica* (CF/88, art. 102, I, "a", 1ª parte);
- ação declaratória de constitucionalidade (CF/88, art. 102, I, "a", 2ª parte);
- arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF/88, art. 102, § 1°);
- ação direta de inconstitucionalidade *por omissão* (CF/88, art. 103, § 2°).

Com suas especificações próprias, cada instrumento de controle abstrato possui seus objetivos e finalidades particulares.

Cabe, entretanto, mesmo que de forma perfunctória, ressaltar algumas particularidades sobre essas ações.

Com efeito, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade *genérica* (ADI) e à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o advento da EC n° 45/2004, as decisões de mérito nelas proferidas possuem efeitos contra todos e vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Da perspectiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), importa asseverar que a ideia consagrada por Kelsen, segundo a qual o tribunal com jurisdição constitucional é tão somente *legislador negativo*, não pode mais se sustentar na realidade das sociedades contemporâneas, regidas por diplomas de magnitude constitucional cujo conteúdo ultrapassa, e muito, as primeiras ideias do liberalismo sobre Constituição. Isso porquanto é forçoso reconhecer, no caso específico do Brasil, que a Constituição de 1988 é respaldada pela *teoria da Constituição Dirigente,* na medida em que impõe ao Estado a realização de programas de caráter social, econômico e cultural. Desse modo, as *omissões legislativas*, em Constituições desse teor, traduzem-se em grave descumprimento do texto constitucional, infirmando sua aplicabilidade e relativizando sua eficácia. Assim, mister se faz a releitura de dogmas vetustos tais como o princípio de separação e independência entre os poderes, de modo a desobstruir a conformação e a concretização dos direitos sociais *lato sensu*, através de uma postura positiva, em matéria de decisão proferida em ADO e, por que não dizer, em mandado de injunção, no sentido de se declarar a mora legislativa, mas também de concretizar, de forma provisória, o direito previsto constitucionalmente, uma vez que ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição[2)].

Dessa forma, é de se reconhecer o esforço realizado por nossa Suprema Corte nos Mandados de Injunção n° 670, n° 712 e n° 708, ao proferir decisão *aditiva*, reconhecendo o direito de greve dos servidores públicos, ao aplicar na hipótese a Lei n° 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada. Devemos, agora, reivindicar a proferição de decisões *positivas*, já que, no diploma constitucional *cidadão*, nada há que as impeça.

No que concerne à ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o Constituinte relegou à lei ordinária sua completa conformação. Nesse sentido, com o advento da Lei federal n° 9.882/99, que regulou o instituto, à norma constitucional limitada foi conferida eficácia plena.

Particularidades vieram com a publicação da lei. Destarte, a ADPF possui, segundo o estabelecido no § 1° do art. 4°, caráter subsidiário, na medida em que somente será concebível sua propositura se não houver outro instrumento jurídico que possa sanar a lesividade a preceito fundamental.

Ademais, podem ser objeto de ADPF, ao contrário do que ocorre em regra no controle concentrado de constitucionalidade, lei ou ato normativo *municipal*, mesmo aqueles anteriores à Constituição. Essa anterioridade se estende a leis e atos normativos federais e estaduais. Infere-se, daí, a possibilidade de se aforar ADPF com o fim de cotejar ato normativo municipal com a Constituição da República, como parâmetro. Da mesma forma, para atos normativos anteriores à Constituição (ou pré-constitucionais) que não foram revogados expressamente.

Reside extrema dificuldade em se conceituar adequadamente o que venha a ser *preceito fundamental*, pois a lei não o define. Na seara doutrinária, Bulos assim enfrenta a questão:

> "Qualificam-se de *fundamentais* os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária. Podem ser consideradas *preceitos fundamentais* as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político".[3)]

Mendes, Coelho e Branco, por seu turno, asseveram:

> "Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional".[4)]

Estamos de acordo que os autores trazidos à baila conferiram uma concepção de caráter reducionista à expressão em exame.

Com efeito, pensamos que a concepção adequada à expressão passa pelo raciocínio que utiliza, obrigatoriamente, a teoria na qual a Constituição de 1988 se sustenta. Destarte, impende reconhecer – como alhures afirmamos – que a atual Constituição da República se traduz naquilo que J. J. Gomes Canotilho denominou *Constituição Dirigente*. Dessa forma, segundo o renomado professor lusitano, a *constituição dirigente* é o

> "bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática".[5)]

Na hipótese de possuirmos, no Brasil, uma Constituição de caráter eminentemente liberal – como a estadunidense de 1787 –, a expressão *preceitos fundamentais* encerraria uma concepção bem mais reduzida, uma vez que tais documentos constitucionais se restringiam à organização do Estado e à previsão dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Ao revés, um texto constitucional afiançado em uma teoria que se caracteriza exatamente pela previsão de imposição, tarefas e diretivas de aspectos sociais, econômicos e culturais não pode excluir de seus *preceitos fundamentais* cláusulas que contenham essas mesmas imposições, tarefas e diretivas sociais, econômicas e culturais.

Nessa linha de raciocínio, além daqueles apontados pela doutrina, forçoso adicionar outros preceitos que possam ser, à luz da teoria subjacente, fundamentais, por se traduzirem em características próprias de uma constituição dirigente. É o que ocorre com as cláusulas insertas na *Ordem Econômica e Financeira*, na *Ordem Social*, do *Sistema Tributário* e quaisquer outros dispositivos que se caracterizem por ser imposições, tarefas ou diretivas ao Estado ou à sociedade, aí incluídos os agentes econômicos privados.

Nesse sentido, impõe-se a assertiva segundo a qual a densidade normativa das expressões constitucionais, além de sua contextualização no corpo do documento, não prescinde da vinculação operada pela teoria que sustenta a própria Constituição.

[1)] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151.
[2)] ALMEIDA, Renato Franco de. Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Decálogo, 2007. *passim*.
[3)] BULOS, 2008, p. 241. (grifo do autor).
[4)] MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1168.
[5)] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 224.

2.2. Ementário de legislação permanente

A legislação infraconstitucional de regência do controle de constitucionalidade pode ser resumida em poucos diplomas legais, a saber:

- Lei Federal n° 9.868/1999 – que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
- Lei Federal n° 9.882/1999 – que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1° do art. 102 da Constituição.
- Lei Federal n° 5.869/1973 (Código de Processo Civil) – arts. 480 e seguintes.
- Lei Federal n° 11.417/2006 – que regulamenta o art. 103-A da Constituição da República e altera a Lei n° 9.784/1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.
- Lei Federal n° 11.418/2006 – que acrescenta à Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), dispositivos que regulamentam o § 3° do art. 102 da Constituição da República, dispondo sobre a repercussão geral da questão constitucional nos recursos extraordinários interpostos.
- Constituição do Estado de Minas Gerais – arts. 106, I, *h*, e 118.
- Resolução PGJ n° 77/2005 – cria a Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade e fixa suas atribuições no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.
- Resolução PGJ n° 63, de 3 de dezembro de 2009.

2.3. Jurisprudência

Neste tópico, pensamos, importa precipuamente a jurisprudência produzida pela nossa Suprema Corte: o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, escolhemos arestos que se refiram intimamente com o cotidiano ministerial.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 424993/DF. Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de setembro de 2007. **DJ**, 19 out. 2007.

Nesse aresto, o Supremo Tribunal Federal ratifica seu posicionamento quanto à possibilidade de se requerer a inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo primário em ação civil pública, desde que o pedido de inconstitucionalidade não se revista de pedido principal, transmudando a ACP em ADI.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 23780/MA. Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 de setembro de 2005. **DJ**, 3 mar. 2006.

Na decisão, nossa Suprema Corte confirma posicionamento anterior (MS n° 23665), o qual afasta o nepotismo no âmbito da Administração Pública, de quaisquer dos poderes, ao argumento de que tal conduta se revela como afronta ao princípio da moralidade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*.).

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 618240/RJ.2°. T. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 1° de abril de 2008. **DJ**, 18 abr. 2008.

No aresto, a Corte assentou, invocando precedentes, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública quanto a relações de consumo.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 302522/SP.2ª T. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de março de 2008. **DJ**, 11 abr. 2008.

Na decisão, a Corte, por sua 2ª Turma, assentou a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública quanto à defesa do patrimônio público.

2.4. Técnicas de Atuação

- 2.4.1. Modelos de Técnicas de atuação
- 2.4.2. Sugestões de Leitura para aprofundamento no assunto

2.4.1. Modelos de Técnicas de atuação

Recomendação

A *recomendação* se traduz em meio hábil para prevenir o contencioso perante o Poder Judiciário, oportunizando que o poder responsável pela violação do texto constitucional repare, *sponte sua*, a pecha de inconstitucionalidade. Vale referir, ademais, que a recomendação, concernente à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário, pode ser oferecida ao poder violador da norma constitucional pelo próprio Promotor de Justiça da Comarca. Eis um modelo:

> **Procedimento Adm. n°**: 093/2007-CCConst
>
> **Expediente n°**: 803023
>
> **Representado**: Poder Executivo de xxx
>
> **Objeto**: Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Municipal n° 205/1995
>
> **Espécie**: recomendação (que se expede)
>
> Lei municipal que regula a contratação temporária por excepcional interesse público. Afastamentos e vacâncias de cargo público. Excepcionalidade. Inexistência. Concessão de direitos sociais aos contratados além do tempo trabalhado. Enriquecimento sem causa. Previsão de hipóteses dessa espécie de contratação fora de lei formal. Violação do princípio da reserva legal. Contratação de servidor público efetivo. Impossibilidade. Inconstitucionalidade dos dispositivos.
>
> **Excelentíssimo Prefeito Municipal,**
>
> **Dos prolegômenos**
>
> Foram requisitadas, *ex officio*, por esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, cópias da Lei Municipal, caso existente, e respectiva certidão de vigência, que regulamenta, no âmbito do Município, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF/88).
>
> Enviado ofício ao Promotor de Justiça da respectiva Comarca, foram enviados pela ilustre Presidência da Câmara Municipal os documentos solicitados.
>
> Em sendo esse o sucinto relato, entendido necessário, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, antes de utilizar a via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos perante o Tribunal de Justiça, resolve expedir a presente RECOMENDAÇÃO ao Poder Executivo, objetivando, com isso, que se busque, primeiramente, uma solução perante o próprio poder elaborador da norma impugnada, dentro do seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos abaixo.
>
> **Da fundamentação**

a) Do texto legal a merecer reparos:

Eis os dispositivos legais maculados pela inconstitucionalidade:
Art. 2° – […]:
[…]
IV – contratação de professor e cantineira, em substituição ou vacância do cargo;
V – execução de serviços que não exijam habilitação legal dos servidores, desde que inexistente o cargo no plano de carreira dos servidores municipais;
VI – execução dos servidores *(sic)* para cujas atividades não existam servidores aprovados no concurso;
VIII – atendimento a situações de urgência não referidas expressamente nesta lei.
Art. 6° – […]
§ 1° – É vedado a servidor público celebrar contrato, na forma desta lei, com a administração pública direta, indireta ou fundacional, salvo motivo fundamento *(sic)* aceito pelo prefeito municipal e ocorrente compatibilidade horária.
Art. 8° - Aplica-se ao pessoal contratado, na conformidade desta lei, as seguintes disposições referentes ao servidor público:
[…]
III – gratificação natalina;
VI – adicional de férias (1/3 do salário);
VII – férias;
Divisa-se que, no particular, a Lei Municipal, nos dispositivos apontados, padece do vício da inconstitucionalidade material, como demonstraremos na sequência.

b) Lei Municipal que autoriza contratação temporária para hipótese em que não há excepcionalidade nem temporariedade. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do dispositivo legal transcrito (art. 2°, IV, V, VI), a autorização conferida pelo Legislador local ao Chefe do Poder Executivo para contratar temporariamente agentes nas hipóteses ali referidas malfere, às escâncaras, a *temporariedade* e a *excepcionalidade do interesse público*.

É sabido que as contratações temporárias (art. 22, *caput*, da Constituição Estadual/89) possuem três pressupostos intrínsecos (MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 30.), a saber: a *determinabilidade temporal*, a *temporariedade* e a *excepcionalidade*.

A *determinabilidade temporal* traz o condicionamento da vigência do contrato temporário a prazo certo e determinado, em antagonismo às regras comuns, estatutária ou celetista, cuja relação jurídica funcional tem, por excelência, prazo indeterminado.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho conceitua a determinabilidade temporal:

"O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho. Constitui, porém evidente simulação a celebração de contratos de locação de serviços como instrumento para recrutar servidores, ainda que seja do interesse de empresas públicas e sociedade de economia mista."(grifo nosso) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 500.)

O pressuposto da *temporariedade* é substancialmente diferente: *guarda relação com a natureza temporária da necessidade que gerou a formação do vínculo.*

O que torna lícita a contratação temporária, de acordo com o segundo pressuposto, é a necessidade efêmera do vínculo especial, independentemente da natureza permanente da função pública examinada.

A fraude constitucional aparece se a função tem exigibilidade permanente e a implementação da

contratação não se dá por excepcional necessidade temporária, concretamente motivada e devidamente amparada em lei.

É o que conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha, em consonância com o posicionamento do Desembargador Araken de Assis, *in verbis*:

"A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a hipótese constitucionalmente manifestada pela expressão 'necessidade temporária'. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las é temporária. Esse é o caso, por exemplo, de função de magistério ou de enfermeiro ou de médico a prestar o serviço em posto de saúde [...] Até o advento do concurso público [...]". (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 242.)

A contratação temporária de pessoal, prevista no art. 37, IX, da CF/88, portanto, há de se fundar em necessidade eventual. Tratando-se de *necessidade permanente*, como parecem ser as hipóteses elencadas na Lei Municipal hostilizada, especificamente nos incisos V e VI, há *invalidade do contrato*. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cível n° 70.000.438.069. Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre, 9 de fevereiro de 2000.)

Ao discorrer sobre o segundo pressuposto constitucional da contratação temporária, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

"Depois, temos o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade". (CARVALHO FILHO, 2006, p. 500.)

O pressuposto derradeiro é o da *excepcionalidade* da contratação temporária. Caracteriza-a a situação atípica regularmente prevista em lei, o que possibilita a formação do regime especial.

É pacífica a orientação doutrinária:

"A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e resumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse comum que se tem de acobertar." (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.)

É o que ocorre, no particular, com a hipótese prevista no inciso IV do art. 2° da Lei vergastada.

Como não poderia deixar de ser, nossa Suprema Corte já firmou o entendimento sobre os requisitos da referida contratação, segundo o qual:

"A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF/88, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF/88, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. Lei n° 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.229-6/ES, Pleno, Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 25 de junho de 2004. **DJU**, 17 ago. 2004.)

E mais:

"Servidor público: contratação temporária excepcional (CF/88, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.987, Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 2 de abril de 2004. **DJ**, 28 abr. 2004.)

"Inconstitucionalidade da previsão da nomeação de auditores e controladores sem aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.280, Pleno, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 27 de setembro de 2006. **DJ**, 11 dez. 2006.)

Vale relembrar que:

"Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, § 2º, da Constituição". (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Cível n° 1.000.263.180-4/00, 5ª C. Cível, Relator: Des. Maria Elza, Belo Horizonte, 16 de maio de 2002.)

Constatada, assim, clara ofensa aos arts. 21, § 1° e § 4°, e 22, *caput*, da Constituição do Estado pelos apontados incisos do art. 2° da Lei Municipal n° 205/95. Isso se dá, a toda vista, pelo fato de a lei *sub examine* não cogitar da temporariedade e da excepcionalidade nas hipóteses transcritas. Ao revés, tais hipóteses administrativas em nada se compatibilizam com os aspectos da temporariedade e da excepcionalidade, visto que ocorrerão sempre nos meandros da administração pública.

Incontornável, pois, o vício de inconstitucionalidade contido no inciso apontado.

c) Dispositivo de Lei Municipal que autoriza hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público sem que seja prevista em lei formal. Malferimento ao princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade.

Como é possível inferir do dispositivo legal contido no art. 2°, VIII, da Lei, a autorização conferida pelo legislador local para que outras situações urgentes possam ensejar a contratação temporária, mesmo que não prevista em lei, malfere, às escâncaras, o princípio da legalidade, na sua vertente de reserva legal.

Isso porquanto, como é sabido, o princípio da legalidade possui duas perspectivas de concretização, em relação às quais o administrador público e o legislador devem obediência irrestrita. É lícito afirmar, assim, que, enquanto o administrador deve obediência ao princípio da legalidade, na medida em que somente pode agir ou deixar de agir consoante o que for expressamente fixado em lei, o destinatário principal do

princípio da reserva legal é o legislador, que deve regular aquilo para o qual a Constituição exige lei formal para sua densificação, excluídas quaisquer outras espécies normativas. Nesse aspecto, impõe-se reconhecer que quaisquer hipóteses que autorizem contratação temporária sem previsão legal, levadas a efeito pelo Poder Legislativo, conflitam com o disposto no art. 37, IX, da Constituição da República, de cujo teor se extrai a seguinte determinação:

"Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]
IX - *a lei* estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público [...]" (grifo nosso).

Divisa-se, daí, que o inciso constitucional transcrito encerra, desenganadamente, um exemplo perfeito do princípio da reserva legal, o qual não admite exceções que abarquem outras espécies normativas na concretização das cláusulas constitucionais limitadas, como ocorre em relação ao dispositivo legal mencionado, o qual conferiu competência que não pode ser delegada ao Chefe do Poder Executivo.

Com efeito, à luz da doutrina alienígena, totalmente aplicável ao direito constitucional brasileiro, o princípio da reserva de lei:

"[...] pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (reservados à lei). Esta 'reserva de matéria' significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas". (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 718.)

Perquirindo a razão de ser do princípio, chegaremos facilmente aos motivos que levaram o legislador constituinte originário a tal exigência, *in verbis*:

"No momento actual de progressiva ampliação da competência legislativa do executivo, o problema da reserva da lei ganha sentido se quisermos acentuar não tanto a divisão dos poderes (hoje substancialmente atenuada face à institucionalização da prática dos decretos-leis) ou a função dos parlamentos como simples órgãos de controlo político da legislação governamental, ou ainda a redução das leis parlamentares à fixação racionalizadora e estabilizadora de uma ordem estadual (reserva de lei informada pela ideia de Estado de direito), mas sim a legitimidade democrática das assembleias representativas, expressa na consagração constitucional da preferência e reserva de lei formal para a regulamentação de certas matérias." (grifo do autor.) (CANOTILHO, 2002, p. 719.)

Destarte, chega-se à conclusão segundo a qual a exigência de lei formal para a prévia das hipóteses acolhedoras da contratação temporária se traduz em uma garantia democrática para a concretização de uma exceção, qual seja, a investidura em cargos ou funções públicos sem a realização de concurso público.

Por encerrar, portanto, uma exceção à regra do certame público (art. 37, II, CF/88), as hipóteses de contratação temporária deverão ser expressas em lei formal, com exclusão, frisamos, de quaisquer outras espécies normativas.

Nesse mesmo diapasão, nossa Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que:

"A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37,

IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão, em lei, dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. Lei n° 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade". (grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.229-6/ES, Pleno, Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 25 de junho de 2004. **DJU**, 17 ago. 2004.)

Sob essa perspectiva, também o inciso VIII do art. 2° é inconstitucional.

d) Servidor efetivo. Celebração de contrato temporário com a administração pública. Impossibilidade. A contratação temporária, como prevista em sede constitucional, visa socorrer a administração de mão de obra em casos nos quais não haja servidores efetivos em número suficiente para colmatar o fato imprevisível.

Por outro lado, infere-se que o § 1° do art. 6° da Lei sob exame confere a autorização legal para contratação temporária de servidores efetivos, componentes do quadro de servidores permanentes da administração municipal, quando houver motivo fundamentado e aceitação pelo alcaide, bem como compatibilidade de horário.

É sabido que a exceção aberta à regra do concurso público pela cláusula constitucional de regência (CF/88, art. 37, IX) tem por escopo prover a administração pública de mão de obra para extirpar fato imprevisível, temporário e relevante sob o aspecto do interesse público, quando o quadro de servidores permanentes (efetivos) não for suficiente para tal desiderato.

Assim sendo, a autorização de contratação temporária, prevista no dispositivo legal em exame, conquanto cercada de requisitos a serem cumpridos para sua efetivação, desvirtua-se do objetivo constitucional de afastar, excepcionalmente, o concurso público.

Isso porquanto, caso o servidor efetivo possa ser contratado temporariamente, tal fato por si só já é indicador de que a administração possui número suficiente de servidores do quadro permanente para fazer frente à ocorrência imprevista e excepcional, não havendo, nessa hipótese, necessidade de contratação temporária, a inchar os quadros do poder público, o que enseja gastos de dinheiro público sem carências.

Infere-se, portanto, ser impossível a contratação temporária de servidores do quadro permanente (efetivo) da administração pública, por inverter a lógica finalística da cláusula constitucional de regência e, via de consequência, revelar-se inconstitucional.

e) Dispositivo de Lei Municipal que olvidou o princípio da razoabilidade. Desproporção entre o serviço prestado à administração pública e os benefícios a que o contratado tem direito. Enriquecimento sem causa. Inconstitucionalidade.

Consoante se infere dos incisos III, VI e VII do art. 8º da Lei Municipal hostilizada, os agentes contratados nos termos da referida Lei terão direito aos seguintes benefícios: décimo terceiro salário (gratificação natalina), adicional de férias e férias.

Com efeito, a leitura dos incisos apontados nos leva a crer que tais determinações legais não preveem a proporcionalidade e razoabilidade em tais pagamentos, mesmo que o eventual contratado preste serviços à administração pública tão só pelo período de seis meses.

Tal redação, dessa forma, poderá ensejar o pagamento integral de tais benefícios a pessoas que tenham trabalhado somente meio ano, isto é, seis meses, fato que se traduz, desenganadamente, em enriquecimento sem causa para o contratado, em detrimento do erário público municipal.

Isso, por si só, dá ensejo à adequação da redação dos incisos referidos.

f) Legitimidade do Ministério Público e recomendação como instrumento útil para provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo poder elaborador da norma.

O Ministério Público, por força da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, assumiu função nuclear no contexto da tutela dos interesses magnos da sociedade brasileira.

Passou a ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição da República/88).

O Estado Democrático de Direito, estatuído no art. 1° da Constituição da República/88, é o Estado da Justiça Material, e o seu compromisso primordial é a transformação, com justiça, da realidade social. Tal transformação, que deve ter em vista a igualdade material, não é possível sem que haja efetiva proteção preventiva, especialmente no plano do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos em geral.

Pelo controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, garantem-se a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo-se que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade brasileira, consagrados constitucionalmente.

No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a Constituição da República prevê expressamente um sistema de controle concentrado, a ser exercido pelo STF (art. 102, I, "a", § 1°, § 2°, e 103), na sua condição de corte constitucional nacional, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como cortes constitucionais regionais (art. 125, § 2º).

Esse mecanismo processual de proteção em abstrato contra a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, exercido pelas cortes constitucionais, não impede que se recorra a outros mecanismos de controle, que podem ser operados pelos próprios *poderes legiferantes*, por intermédio do autocontrole da constitucionalidade, ou pelo Chefe do Poder Executivo, neste caso por intermédio do exercício do poder de veto. Nem exclui o mecanismo do controle difuso ou incidental da constitucionalidade, que possui, inclusive, natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5°, XXXV, da Constituição da República/88).

Em sendo possível e até mesmo o mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio poder legiferante — seja revogando, seja alterando, para adequação ao sistema constitucional, a lei ou o ato normativo apontado como inconstitucional —, nada mais razoável do que provocar, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, só se lançando mão do controle abstrato e concreto de constitucionalidade em caso de recusa do autocontrole pelo poder competente.

E, de fato, o Ministério Público é um dos principais legitimados ativos para provocar o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos perante as cortes constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da Constituição da República/88; do art. 6°, I, II e III, da Lei Complementar Federal n° 75/93; do art. 25, I, da Lei Federal n° 8.625/93; do art. 66, I e II, da Lei Complementar Estadual n° 34, de 12 de setembro de 1994, e, ainda, do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Assim, quando desrespeitados direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida de que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III e IX, da CF/88).

Contudo, essa atribuição do Ministério Público não o impede de utilizar outros mecanismos para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da Constituição e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é a *recomendação*, que poderá ser dirigida ao poder público

em geral, tendo-se em vista o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido, estabelece o art. 6°, XX, da Lei Complementar Federal n° 75, de 20 de maio de 1993:

"Art. 6° – Compete ao Ministério Público da União:
[...]
XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis."

O dispositivo transcrito tem plena aplicabilidade ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei Federal n° 8.625 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), de 12 de fevereiro de 1993, a qual, em seu art. 27, I, parágrafo único, IV, também prevê a recomendação como instrumento útil que o Ministério Público poderá dirigir aos poderes públicos, estaduais ou municipais, nos termos abaixo:

"Art. 27 – Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
I – pelos poderes estaduais e municipais;
[...]
Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:
[...]
IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito."

A respeito da recomendação, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

"Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão". (MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 337.)

Como se vê, não há limites constitucionais e infraconstitucionais ao exercício do poder de recomendação para a tutela dos direitos assegurados constitucionalmente, a fim de provocar o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio poder responsável pela iniciativa da elaboração da norma inconstitucional.

A recomendação, apesar de não ter o condão de vincular a atuação do poder público, pode servir para suscitar a reflexão do administrador, do legislador, enfim, dos agentes públicos a quem ela se dirige e, com isso, contribuir para a proteção - em abstrato e em concreto - de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva.

Em verdade, a utilização da via da recomendação, que de nenhum modo descarta a via constitucional do controle abstrato ou concentrado, é um reforço útil e eficaz ao mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade e sua utilização contribui inclusive para a diminuição da sobrecarga das cortes constitucionais pátrias.

g) Conclusão:

Ante o exposto, considerando a inconstitucionalidade dos apontados dispositivos da Lei Municipal em referência;

Considerando, outrossim, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime

democrático, e para tanto é seu dever constitucional o combate a leis e atos normativos inconstitucionais;

Considerando, também, a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio poder legiferante, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais;

Considerando, por fim, que a recomendação é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade expede a presente recomendação a Vossa Excelência, nos termos e condições abaixo fixados:

1) Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, valendo-se das suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais e a fim de que sejam excluídos os vícios assinalados e salvaguardado o requisito da legalidade das contratações temporárias e a obediência à regra constitucional insculpida no art. 21, § 4°, da Constituição Mineira, inspirada no art. 37, § 2°, da Carta Política de 1988, *recomenda* a Vossa Excelência:

a) em relação aos incisos IV, V, VI e VIII do art. 2°: a sua revogação.

b) em relação ao § 1° do art. 6°: a revogação de sua parte final, qual seja, salvo motivo fundamento *(sic)* aceito pelo prefeito municipal e ocorrente compatibilidade horária.

c) em relação aos incisos III, VI e VII do art. 8°: a inserção, no final de cada dispositivo, da expressão – proporcional ao tempo de serviço prestado.

2) Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27 da Lei Federal n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de trinta dias, a contar da data de sua notificação pessoal, para que Vossa Excelência cumpra a presente recomendação, a ela anuindo.
3) Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei Federal n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se ainda a Vossa Excelência:

a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;

b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de trinta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente recomendação.

Anexas, a cópia da portaria de instauração do presente procedimento administrativo e a da certidão de vigência da lei impugnada.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2007.

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça - Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça - Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

Representação

Inquérito Civil n°: 97/05 - Investigação de nepotismo no município

As representações apresentadas à Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, com o escopo de ser analisada a compatibilidade de dispositivos legais com a Constituição do Estado, devem, peremptoriamente, ser minimamente fundamentadas, declinando-se as cláusulas constitucionais porventura violadas em homenagem ao princípio da especificação das normas e ao disposto na Resolução PGJ n° 77/2005, com redação dada pela Resolução PGJ n° 63, de dezembro de 2009, segundo os quais se faz necessária a catalogação dos ditames, preceitos e princípios constitucionais presumivelmente conspurcados pela atividade legiferante ordinária. Eis um modelo:

Ofício n°: 147/2007
Assunto: requerimento (faz)

Betim, 6 de março de 2007.

Excelentíssima Senhora Promotora,

A 8ª Promotoria de Betim instaurou, em novembro de 2005, o Inquérito Civil n° 097/05, com o objetivo de investigar a prática do nepotismo no poder público municipal.

Detectou-se, no curso da instrução inquisitorial, a existência de inconstitucionalidade em um artigo da Lei Orgânica Municipal, o que motiva a materialização do presente requerimento, conforme será demonstrado, a teor da inclusa documentação.

Até outubro de 2005, o art. 39 da Lei Orgânica do Município de Betim dispunha o seguinte:

“Art. 39. O Prefeito, o Vice-Prefeito, o Vereador, o Secretário Municipal, a pessoa ligada a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consangüíneo, até o segundo grau, ou por adoção, e o servidor e empregado público municipal não podem contratar com o Município, subsistindo a proibição até três meses após findas as respectivas funções”.

Através da Emenda n° 023/2005, inconstitucional alteração ocorreu, afrontosa ao princípio da impessoalidade administrativa:

“Art. 39. O Prefeito, o Vice-Prefeito, o Vereador, o Secretário Municipal e o Secretário Adjunto não podem contratar com o Município, subsistindo a proibição até três meses após findas as respectivas funções.”

Não obstante já dispor o Ministério Público de elementos indiciários de atos de improbidade administrativa concretamente verificados (art. 13, § 1°, da Constituição do Estado), requerimento à Procuradoria-Geral de Justiça também se faz necessário, no âmbito da especial atribuição de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, ao fixar as balizas principiológicas da administração pública,

vinculando todos os Poderes do Estado, dispôs o seguinte:

“Art. 13. A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade”. (grifo nosso)

Não é necessário maior esforço interpretativo para diagnosticar que a Emenda n° 23/2005, que instituiu a nova redação do art. 39 da Lei Orgânica Municipal, padece de grave inconstitucionalidade.

Configura grave inconstitucionalidade porque, ao permitir que parentes, consanguíneos e afins, das autoridades públicas municipais celebrem contratos com o Município, caminha em sentido diametralmente oposto ao princípio da impessoalidade administrativa e a todas as reformas políticas e constitucionais atualmente em discussão, tendentes a eliminar a prática do nepotismo.

O princípio da impessoalidade visa à neutralidade e à objetividade das atividades administrativas no regime político, que tem como objetivo principal o interesse público.

Esse princípio traz consigo a ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que esteja no exercício da atividade administrativa. *A pessoa política é o Estado, e as pessoas que compõem a administração pública exercem suas atividades voltadas ao interesse público e não pessoal.*

“A grande dificuldade da garantia da impessoalidade estatal reside na circunstância de que as suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali, em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas delas”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. In: AMARAL, Jasson Hibner. **Breves notas sobre o princípio da impessoalidade administrativa**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/dou!rina/texto. asp?id=8387>. Acesso em: 15 out. 2013.)

Desse modo, requer-se a Vossa Excelência a promoção das medidas cabíveis para o reconhecimento da inconstitucionalidade da atual redação do art. 39 da Lei Orgânica Municipal de Betim.

Promotor de Justiça X

2.4.2. Sugestões de Leitura para aprofundamento no assunto

Para aprofundamento sobre o assunto, vale consultar:

- ALMEIDA, Renato Franco de. O *parquet* na defesados direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 114-125, ago. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 427 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 359 p.
- LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual88. São Paulo: Saraiva, 2007. 181 p. * PALU, Osvaldo Luiz.** Controle de constitucionalidade88. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356 p.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1024 p.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1.

3. Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça Mauro Flávio Ferreira Brandão*[1)]

Esta seção trata da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa (PDGAA) com o objetivo de apresentar as atribuições das unidades que a compõem, seus produtos e serviços. Contém orientações e instruções que visam a ser fonte de consulta sobre as normas, procedimentos e responsabilidades no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa. Note-se que esta seção não pretende esgotar o assunto tratado, de modo que o leitor que nele quiser aprofundar-se deverá consultar a legislação pertinente e, quando necessário for, entrar em contato com as unidades apresentadas.

A seção divide-se em duas partes: a primeira apresenta a estrutura organizacional da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa e a segunda descreve alguns produtos e serviços oferecidos por ela.

A parte referente à estrutura organizacional trata das unidades subordinadas à PGJAA e de suas respectivas legislações, siglas, cargos de chefia, subordinações técnica e administrativa, finalidades, atribuições, endereços, telefones, fax e correios eletrônicos.

No que se refere aos produtos e serviços oferecidos pelas unidades que integram a Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa, serão apresentados os seguintes:

- **Material e Patrimônio** - subdivide-se em requisição de material de consumo, requisição de material permanente, inventário patrimonial, conserto de material permanente e material permanente em desuso.
- **Finanças** - contempla os adiantamentos diversos, as diárias de viagem e despesas de viagem.
- **Serviços Gerais e Transportes** - engloba os serviços de conservação, limpeza e apoio administrativo, cópias reprográficas, serviço postal telegráfico, veículos, serviço de telefonia, solicitação de serviços de manutenção e manutenção preventiva.
- **Informática** - esclarece sobre a assistência técnica nos equipamentos, acesso à Internet e outros assuntos correlatos.

- 3.1. Unidades
- 3.2. Produtos e serviços

3.1. Unidades

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa é composta da Central de Apoio Técnico, Central de Atendimento às Promotorias de Justiça, Assessoria Especial Administrativa e Financeira e Diretoria-Geral, que por sua vez se subdivide em Assessoria Jurídico-Administrativa, Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, cinco Superintendências, quinze Diretorias e 4 quatro Divisões.

Legislação:

- *Lei Complementar nº 66, de 22 de janeiro de 2003* – Cria o Fundo de Proteção e Defesa do Consumidor – FEPDC – , o Conselho Gestor do Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor e dá outras providências. Art. 89, § 2º - Dispõe sobre as competências do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.
- *Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005* – Define atribuições aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos Jurídico, Administrativo e Institucional, ao Chefe de Gabinete e Secretário-Geral.
- *Resolução PGJ nº 02, de 19 de janeiro de 2006* – Altera dispositivos da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.
- *Resolução PGJ nº 14, de 09 de março de 2006* – Altera dispositivos da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Sigla: PGJAA

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça

Unidades diretamente subordinadas:

- Assessoria Especial Administrativa e Financeira;
- Central de Apoio Técnico;
- Central de Atendimento às Promotorias de Justiça;
- Diretoria-Geral.

Finalidade: Executar a política administrativa do Ministério Público, bem como planejar, organizar, dirigir, coordenar, acompanhar e orientar as atividades administrativas, de planejamento e coordenação, de recursos humanos, de informática e financeiras da Instituição.

Atribuições:

- Substituir o Procurador-Geral de Justiça na falta do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico;
- Assistir o Procurador-Geral de Justiça no desempenho de suas funções administrativas e legislativas;
- Executar a política administrativa da instituição;
- Elaborar anteprojeto de lei sobre matéria de interesse do Ministério Público e acompanhar sua tramitação;
- Coordenar a elaboração da proposta orçamentária do Ministério Público e encaminhá-la ao Procurador-Geral;
- Supervisionar as atividades administrativas que envolvam membros do Ministério Público;
- Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;
- Deferir o compromisso de posse e exercício dos servidores do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;

- Interromper, por conveniência de serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, dos servidores do quadro dos serviços auxiliares do Ministério Público;
- Conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei aos servidores do Ministério Público;
- Emitir certidões, apostilas, atestados e declarações;
- Autorizar e decidir a prestação de serviço em regime extraordinário de trabalho, a movimentação de servidores, a averbação e contagem do tempo de serviço, bem como o pagamento de ajuda de custo e de diárias;
- Autorizar a baixa de móveis permanentes nos casos de furto, roubo, extravio, alienação, doação, transferência a outros órgãos estaduais, incorporação indevida e sucateamento, sem prejuízo, nos casos de furto, roubo ou extravio, das medidas administrativas para apuração de responsabilidades e ressarcimento ao erário, nos termos legais e regulamentares;
- Autorizar a abertura de processos licitatórios, supervisionar os trabalhos realizados pela Comissão Permanente de Licitação, decidir sobre a homologação dos processos e firmar contratos decorrentes de licitação ou de sua dispensa, observando o que preconiza a legislação vigente;
- Julgar recursos provenientes de decisões da Comissão Permanente de Licitação, ressalvados os casos de competência do Diretor-Geral;
- Praticar outros atos de natureza administrativa na ausência eventual ou temporária do Procurador-Geral de Justiça, desde que não afetos à esfera de competência dos Procuradores-Gerais de Justiça Adjunto Jurídico e Institucional;
- Supervisionar, controlar e dirigir as atividades de planejamento e coordenação e as atividades administrativas e financeiras da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Coordenar as atividades de assistência e assessoramento e de execução de serviços e tarefas de natureza técnico-administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Autorizar a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar visando à apuração de faltas funcionais de servidores, submetendo a conclusão à deliberação do Procurador-Geral de Justiça;
- Oferecer subsídios ao Procurador-Geral de Justiça em situações que demandarem a requisição de dotações orçamentárias destinadas ao custeio das atividades do Ministério Público;
- Coordenar, com o apoio do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, a elaboração das propostas institucionais para fins de integração aos Planos Plurianuais e às Leis de Diretrizes Orçamentárias, bem como das propostas orçamentárias anuais da Procuradoria-Geral de Justiça e dos programas de execução orçamentária e financeira;
- Informar ao Procurador-Geral de Justiça, encaminhando subsídios, a necessidade de alteração, na dotação orçamentária do Ministério Público, dos recursos dos elementos semelhantes, de um para outro, dentro das consignações respectivas, de acordo com as necessidades do serviço e as normas legais vigentes;
- Solicitar ao Procurador-Geral de Justiça a requisição de policiamento para guarda dos prédios e das salas do Ministério Público ou para a segurança de seus membros e servidores;
- Delegar atribuições ao Diretor-Geral para autorizar despesas e/ou assinar notas, reforços e liquidações de empenho que integrem os processos de execução da despesa, bem como exercer outras atribuições que lhe forem conferidas;

- Delegar e definir atribuições a outros servidores que lhe sejam subordinados;
- Planejar, organizar, dirigir, coordenar e acompanhar as atividades de recursos humanos, informática, material e patrimônio, incluídas as que englobem caráter licitatório, bem assim aquelas relativas a finanças, controladoria, documentação, arquivo e demais atividades de serviços auxiliares, nestas compreendidas as de manutenção, zeladoria e transportes;
- Coordenar a elaboração da Proposta Anual de Orçamento e da Proposta Plurianual de Investimentos do Ministério Público, para apreciação da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Coordenar, orientar e acompanhar a elaboração e execução de programas pertinentes à formação, capacitação, desenvolvimento e reciclagem dos servidores do Ministério Público Estadual;
- Promover a realização de pesquisas e estudos, visando à utilização de novas técnicas e instrumentos de ação administrativa, destinados ao desenvolvimento e aprimoramento das atividades internas;
- Coordenar a elaboração de normas e instruções destinadas à racionalização de métodos e procedimentos, articulando-se com os demais órgãos internos, bem assim orientar e supervisionar sua implementação, avaliando os resultados respectivos;
- Emitir pareceres, em processos e outros documentos, sobre matérias que englobem assuntos afetos à sua área de atuação;
- Coordenar e supervisionar as tarefas destinadas ao suprimento das demandas materiais dos órgãos de execução;
- Articular-se com os demais integrantes da estrutura orgânica, visando a elaboração de relatórios parciais e anuais de atividades desenvolvidas pela Instituição;
- Autorizar despesas e assinar, nesse último caso conjuntamente com o responsável pelo setor financeiro da Procuradoria-Geral de Justiça, documentos de natureza financeira, inclusive cheques de pagamentos;
- Promover e manter atualizado o registro e o controle dos bens patrimoniais do Ministério Público;
- Planejar, organizar, supervisionar, coordenar e acompanhar as atividades relacionadas à informatização do Ministério Público;
- Orientar e instruir o pessoal sob sua subordinação, para o cumprimento da legislação e demais normas vigentes;
- Coordenar os projetos estruturadores de reorganização administrativa e funcional, indicadores de performance das Promotorias de Justiça, sedes próprias e reestruturação da informática/inclusão digital;
- Desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Cargo de chefia: Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

- 3.1.1. Central de Apoio Técnico
- 3.1.2. Central de Atendimento às Promotorias de Justiça
- 3.1.3. Assessoria Especial Administrativa e Financeira
- 3.1.4. Diretoria-Geral

3.1.1. Central de Apoio Técnico

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Edson de Resende Castro*

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 21, de 09 de maio de 2007* – Institui a Central de Apoio Técnico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAT), na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa.

Sigla: CEAT

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade: Dar suporte às funções de execução de natureza civil e criminal, especialmente na área de apoio técnico de pesquisas, estudos, pareceres e laudos periciais, mediante corpo técnico próprio ou na implementação de convênios, nas diversas áreas de atuação.

Atribuições:

- Dar suporte técnico-científico aos Centros de Apoio Operacional e às funções de execução, de natureza civil ou criminal, quanto a perícias, laudos, estudos e pareceres, nas diversas áreas do conhecimento;
- Propor e acompanhar realização e execução de convênios com entidades de pesquisa e universidades, no que se refere à obtenção de laudos periciais, estudos e pareceres nas diversas áreas, destinadas a instruir procedimentos e inquéritos civis a cargo do Ministério Público;
- Receber, coordenar e efetuar o atendimento das demandas de apoio técnico científico multidisciplinar apresentadas pelos Centros de Apoio e pelos membros do Ministério Público da Capital e do interior, por meio de corpo técnico próprio ou de entidades conveniadas;
- Prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público na instrução de procedimentos administrativos, de inquéritos civis e de inquéritos policiais, podendo requisitar perícias, estudos, pareceres, informações e documentos de órgãos públicos, particulares, entidades de pesquisa e universidades;
- Manter intercâmbio e solicitar informações, diretamente, de quaisquer pessoas, órgãos e entidades, visando ao cumprimento de suas atribuições;
- Promover permanente interlocução com os Centros de Apoio Operacional na consecução dos objetivos da CEAT e especialmente no tocante a troca de informações, orientações técnica e jurídica do corpo técnico quanto à atuação funcional e exigências de ordem prática;
- Exercer outras funções ou serviços, compatíveis com a sua finalidade.

Cargo de chefia: Coordenador da Central de Apoio Técnico

No endereço eletrônico da CEAT - https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/institucional/central-de-apoio-tecnico/ - estão disponibilizados os pareceres/laudos mais relevantes, distribuídos por matéria.

3.1.2. Central de Atendimento às Promotorias de Justiça

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 5, de 1º de fevereiro de 2005* – Institui na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa a Central de Atendimento às Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – (CAP).

Sigla: CAP

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade:

- Auxiliar a Procuradoria-Geral de Justiça Ajunta Administrativa no que diz respeito à execução de suas funções administrativas, assim como centralizar e racionalizar o atendimento das demandas materiais das Promotorias de Justiça da Capital e do interior.

Atribuições:

- Assistir à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa no desempenho de suas funções administrativas;
- Organizar, racionalizar e agilizar o atendimento das demandas materiais apresentadas pelos Promotores de Justiça da Capital e do interior;
- Assistir à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa na organização e implantação do projeto “A Procuradoria vai às Promotorias”;
- Exercer outras atribuições que lhe forem conferidas.

Cargo de chefia: Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça

3.1.3. Assessoria Especial Administrativa e Financeira

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 10, de 02 de março de 2006* – Cria a Assessoria Especial Administrativa e Financeira, subordinada ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.
- *Instrução Normativa PGJ Adj. Adm. nº 01, de 06 de abril de 2006* - Disciplina as atribuições conferidas à Assessoria Especial Administrativa e Financeira, nos termos da Resolução PGJ nº 10, de 02 de março de 2006.

Sigla: AEAF

Subordinação: Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Finalidade: Examinar e apresentar medidas relacionadas às áreas administrativa, financeira e orçamentária do Ministério Público e acompanhar, dessas áreas, aquelas atividades consideradas relevantes para a Instituição.

Atribuições:

- Analisar e propor medidas que envolvam situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do Quadro de Serviços Auxiliares do Ministério Público;
- Analisar e propor medidas nas áreas administrativa, orçamentária e financeira do Ministério Público;
- Auxiliar, e, quando requisitada, representar o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo em reuniões pertinentes a assuntos orçamentários e financeiros junto a outros órgãos do Estado;
- Acompanhar as atividades administrativas, financeiras ou orçamentárias consideradas, pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo ou pela Administração Superior, como relevantes para a Instituição;
- Acompanhar e propor medidas que visem a resguardar interesses dos membros do Ministério Público, ativos e inativos, inclusive pensionistas, no âmbito previdenciário, representando, quando requisitada, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo perante o IPSEMG.

Cargos de chefia:

- Assessor Especial Administrativo
- Assessor Especial Financeiro

3.1.4. Diretoria-Geral

Legislação pertinente:

- *Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994* – Dispõe sobre a organização do Ministério Público e dá outras providências. Art. 87 – Dispõe sobre o provimento do cargo de Diretor-Geral.
- *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas.
- *Resolução PGJ nº 40, de 3 de maio de 2004* – Delega à Diretoria-Geral a atribuição de autorizar a instauração de processos administrativos nos casos especificados nesta Resolução.
- *Instrução Normativa PGJ Adj Adm n° 2, de 18 de agosto de 2005* – Disciplina a delegação das atribuições previstas no §2º do art.1º da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Sigla: DG

Subordinação:

- *Técnica:* Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa
- *Administrativa:* Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa

Unidades diretamente subordinadas:

- Assessoria Jurídico-Administrativa;
- Departamento de Perícias Médicas e Saúde Ocupacional;
- Diretoria de Informática;
- Superintendência Administrativa;
- Superintendência de Finanças;
- Superintendência de Planejamento e Coordenação;
- Superintendência de Recursos Humanos;
- Superintendência Judiciária.

Finalidade: Garantir a organização, a manutenção, o suprimento e o desenvolvimento dos recursos de apoio operacional e administrativo imprescindíveis ao bom andamento das ações finalísticas da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

- Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;
- Deferir o compromisso de posse e exercício dos servidores do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público;
- Interromper, por conveniência de serviço, férias ou licença, salvo por motivo de saúde, dos servidores do quadro dos serviços auxiliares do Ministério Público;

- Conceder férias, férias-prêmio, licenças, afastamentos, adicionais e outras vantagens previstas em lei aos servidores do Ministério Público;
- Autorizar e decidir a prestação de serviço em regime extraordinário de trabalho, a movimentação de servidores, a averbação e contagem do tempo de serviço, bem como o pagamento de ajuda de custo e de diárias;
- Decidir sobre a homologação dos processos licitatórios e firmar contratos decorrentes de licitação ou de sua dispensa, observando o que preconiza a legislação vigente, na ausência do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo;
- Supervisionar, controlar e dirigir, cumulativamente com o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, as atividades de planejamento e coordenação e as atividades administrativas e financeiras da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Assinar, em nome do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, notas, reforços de empenho e liquidações que integrem os processos de execução da despesa, bem como aprovação de prestação de contas;
- Autorizar despesas até o limite de R$80.000,00 (oitenta mil reais), conforme previsto no art. 23, inciso II, letra “a”, da Lei n° 8.666/93;
- Autorizar a instauração de processos administrativos, visando à apuração de condutas do administrado que importem em recusa à assinatura de contratos decorrentes de processos licitatórios, dispensas e inexigibilidades, bem como em descumprimento parcial ou total das obrigações assumidas nos contratos firmados, bem como de julgá-los, observadas as normas vigentes.

Cargo de chefia: Diretor-Geral

- 3.1.4.1. Assessoria Jurídico-Administrativa
- 3.1.4.2. Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional
- 3.1.4.3. Diretoria de Informática
- 3.1.4.4. Superintendência Administrativa
- 3.1.4.5. Superintendência de Finanças
- 3.1.4.6. Superintendência Judiciária
- 3.1.4.7. Superintendência de Planejamento e Coordenação
- 3.1.4.8. Superintendência de Recursos Humanos

3.1.4.1. Assessoria Jurídico-Administrativa

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 6, de 31 de janeiro de 2000* – Dispõe sobre a criação da Assessoria Jurídico-Administrativa junto à Diretoria-Geral e regulamenta suas atividades.

Sigla: AJAD

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Finalidade: Prestar assistência jurídica à Diretoria-Geral e às Superintendências diretamente subordinadas, no que diz respeito a assuntos de natureza administrativa.

Atribuições:

- Prestar assessoramento jurídico em questões de natureza administrativa à Diretoria-Geral, sempre que solicitado, e, a seu comando, às Superintendências Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Coordenação e de Finanças;
- Orientar e emitir parecer sobre aplicação da legislação de pessoal referente a direitos, vantagens, concessões, deveres e responsabilidades dos servidores do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público, sempre que solicitado pela Diretoria-Geral;
- Apresentar sugestões visando a racionalização e a melhoria das atividades administrativas da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Participar de estudos objetivando a estruturação, regulamentação e implementação de Plano de Carreira dos servidores do Ministério Público;
- Realizar outros trabalhos, de natureza jurídica, que venham a ser determinados pelo titular da Diretoria-Geral;
- Prestar assessoramento jurídico-administrativo ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, quando solicitado.

Cargo de chefia: Assessor-Chefe/Coordenador II

3.1.4.2. Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 64, de 02 de setembro de 2003* – Dispõe sobre a reestruturação do Serviço Médico da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

Sigla: Dpmso

Subordinação: Diretoria-Geral

Finalidade: Responder pelas questões periciais previstas em lei e pela realização de exames admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudanças de função e demissionais, buscando a promoção e proteção da integridade física e mental dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

- Avaliar o ambiente de trabalho dos diversos setores, com a finalidade de corrigir distorções que possam prejudicar a saúde dos membros e servidores;
- Realizar e analisar exames, pareceres e outros procedimentos médicos para membros e servidores, visando à:

• concessão de licença para tratamento de saúde;

• concessão de licença por motivo de doença em pessoa da família, quando se mostrar indispensável a presença do membro ou servidor;

• redução da jornada de trabalho de servidor legalmente responsável por excepcional em tratamento especializado;

• concessão de licença maternidade;

• concessão de licença por acidente de trabalho;

• concessão para fins de aposentadoria por invalidez;

• reavaliação periódica para fins de obtenção da isenção do desconto do imposto de renda na fonte, nos casos previstos no Regulamento do Imposto de Renda;

• avaliação de readaptação funcional por motivo de saúde;

• avaliação para relotação por motivo de saúde;

• avaliação para reversão de aposentadoria;

• prestação de assistência e medicação de urgência, atendendo a consultas, diligenciando internamentos e realização dos exames necessários;

• prevenção de doenças ocupacionais;

• investigação sobre a incidência de estresses e absenteísmo;

• prevenção de acidentes, atendimento e controle dos acidentados no trabalho;

• execução de programas de prevenção, detecção e acompanhamento de doenças não ocupacionais, tais como diabetes, alcoolismo, tabagismo, consumo de drogas, câncer, doenças infecto-contagiosas e cardiovasculares e promoção de saúde para controle dos fatores de risco, tais como tabagismo, etilismo, hipertensão arterial, colesterol, diabetes, obesidade, sedentarismo, estresse e depressão;

• execução de programas de imunizações através de vacinação;

• intervenção nas causas e consequências dos fatores biopsicossociais que interferem na saúde dos membros e servidores;

• comunicação frequente com o IPSEMG, visando dotar o setor de todas as informações relativas aos programas desenvolvidos por aquele Instituto, nas áreas de psicologia, assistência social, fisioterapia, internação, odontologia e outros benefícios quaisquer;

• integração com a Superintendência Central de Saúde do Servidor, ou serviços conveniados, a fim de solicitar interconsultas nas especialidades que não constam do Quadro de Pessoal do Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, tais como neurologia, oftalmologia, otorrinolaringologia, ortopedia e serviços de apoio a diagnóstico.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.3. Diretoria de Informática

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas- Anexo XIV.

Sigla: DINF

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Finalidade: Planejar, coordenar e controlar a execução das atividades de gerenciamento e processamento de dados, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

- Coordenar a elaboração do plano diretor de informática;
- Elaborar plano de investimento e emitir parecer técnico prévio quando a utilização e compra de novos equipamentos, softwares, sistemas aplicativos, suprimentos e serviços necessários na área de informática;
- Exercer o acompanhamento e controle das despesas contratuais decorrentes da prestação de serviços de informática;
- Definir normas e procedimentos para a utilização dos recursos de informática;
- Identificar demandas internas de processamento de dados e definir a criação de novos serviços, bem como integração, fusão e extinção dos existentes;
- Dar suporte técnico aos usuários para o cumprimento de suas atividades e desenvolver sistemas aplicativos;
- Identificar e promover programação de treinamento, visando a melhoria de desempenho dos servidores nas ações internas relacionadas à informática;
- Elaborar métodos de coleta de dados que possibilitem a implantação de um eficaz sistema, interno e externo, de preservação e divulgação de informações;
- Divulgar e acompanhar a aplicação, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, dos instrumentos normativos e das orientações emanadas dos órgãos e entidades oficiais de informática;
- Acompanhar e orientar a implantação de sistemas sob sua responsabilidade, priorizando atividades, dirimindo dúvidas e corrigindo desvios ocorridos em função de mudanças no ambiente de operação do sistema;
- Controlar a qualidade dos serviços processados face aos padrões pré-estabelecidos;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: Subordinação da unidade alterada por atos normativos posteriores.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.4. Superintendência Administrativa

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas - Anexo II.

Sigla: SAD

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Contratos e Convênios;
- Diretoria de Material e Patrimônio;
- Diretoria de Serviços Gerais e Transporte;
- Diretoria de Compras e Licitações.

Finalidade: Planejar, coordenar, acompanhar, avaliar e executar as atividades relacionadas com a administração de serviços gerais e transportes, de material e patrimônio.

Atribuições:

- Coordenar a prestação de serviços de apoio administrativo a todas as unidades da Procuradoria-Geral de Justiça, exercer vigilância patrimonial, bem como a guarda e manutenção de veículos, máquinas e equipamentos;
- Coordenar a execução de atividades de zeladoria e vigilância das instalações do edifício-sede da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Planejar, orientar e coordenar as atividades de administração de serviços gerais, transportes, material e patrimônio e sugerir normas e instruções para o seu ordenamento;
- Coordenar as atividades de recebimento e expedição de correspondência, controle, movimentação e arquivamento de processos e papéis;
- Coordenar os serviços de reprografia , comunicação, zeladoria e mensageiros;
- Promover licitação para aquisição de material e contratação de serviços;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.
- Informações adicionais: A composição da Superintendência Administrativa constante no anexo II da Resolução no 46/1995 foi alterada por atos normativos posteriores.

Cargo de chefia: Superintendente

- 3.1.4.4.1. Diretoria de Contratos e Convênios
- 3.1.4.4.2. Diretoria de Material e Patrimônio
- 3.1.4.4.3. Diretoria de Serviços Gerais e Transporte
- 3.1.4.4.4. Diretoria de Compras e Licitações

3.1.4.4.1. Diretoria de Contratos e Convênios

Legislação pertinente:

- *Lei nº 16.180, de 16 de junho de 2006* – Cria cargos no Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Anexo IV: Dispõe sobre a distribuição de Cargos de Provimento em Comissão.
- *Resolução PGJ nº 02, de 07 de janeiro de 2010* – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Contratos e Convênios e dispõe sobre suas atribuições.

Sigla: DICT

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Administrativa
- *Administrativa:* Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar e controlar a execução das atividades relativas a contratos, convênios e outros instrumentos congêneres firmados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

- Elaborar minutas de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, com o apoio das unidades tecnicamente competentes;
- Planejar, coordenar, providenciar e controlar a formalização de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, em consonância com as especificações previamente estabelecidas, zelando por sua tempestividade e regularidade;
- Solicitar, analisar e providenciar a documentação necessária para a celebração de contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;
- Realizar e manter atualizado o cadastro e o registro dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres firmados pela instituição, assim como dos servidores responsáveis designados para as respectivas fiscalizações;
- Gerenciar, orientar e verificar a efetiva execução dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, ressalvadas as autorizações de fornecimento, com apoio dos servidores responsáveis designados;
- Manter o controle e providenciar a atualização das informações relativas à execução dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres em conjunto com o dos servidores responsáveis designados;
- Zelar pela guarda da documentação referente aos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;
- Preparar extratos dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, bem como providenciar a publicidade legalmente exigida e acompanhar as respectivas divulgações;
- Subsidiar informações atinentes aos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres para divulgação em meio de comunicação de acesso público legalmente exigido;
- Preparar a prestação de contas dos contratos, convênios e outros instrumentos congêneres, de acordo com exigência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;
- Elaborar os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, bem como a prestação de contas a respeito dos

mesmos;

- Providenciar a publicidade legalmente exigida dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como acompanhar as respectivas publicações;
- Efetuar a guarda dos documentos relativos aos processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação;
- Promover a autuação, a instrução e o acompanhamento dos processos administrativos, visando à apuração de fatos relacionados a contratos, convênios e outros instrumentos congêneres;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Informações adicionais: A Lei nº 16.180/2006 cita a Diretoria de Contratos em seu anexo IV.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.4.2. Diretoria de Material e Patrimônio

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010* – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DMAP

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Administrativa
- *Administrativa:* Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar, controlar e avaliar as atividades de recebimento, registro, armazenamento, fornecimento, movimentação e recolhimento de materiais permanentes e de consumo, bem como efetuar proposta e promover o registro e o acompanhamento do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

- Diagnosticar e analisar as demandas institucionais por materiais permanentes e de consumo, bem como orientar sobre seu atendimento mediante análise de informações técnicas;
- Planejar, coordenar, promover e avaliar a padronização das especificações de materiais permanentes e de consumo em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;
- Propor, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, e acompanhar as aquisições de materiais permanentes e de consumo;
- Promover e orientar o recebimento, a conferência, o registro e o armazenamento dos materiais permanentes e de consumo adquiridos, bem como daqueles materiais cedidos à instituição;
- Zelar pelo adequado armazenamento, pela segurança e pela conservação dos materiais permanentes e de consumo em estoque e em processo de fornecimento, movimentação e recolhimento;
- Zelar pelo controle físico e pelo registro financeiro dos materiais de consumo em estoque e dos materiais permanentes;
- Planejar, coordenar, promover, acompanhar e avaliar o fornecimento, a movimentação e o recolhimento de materiais permanentes e de consumo;
- Promover e controlar o conserto de materiais permanentes, exceto de veículos, de equipamentos de informática, de telefonia e de instalações e equipamentos componentes de edificações;
- Propor e acompanhar o desfazimento de materiais de consumo e permanentes prescindíveis à instituição, promovendo o registro da saída dos materiais de consumo ou a baixa patrimonial;
- Promover o controle do acervo patrimonial da instituição;
- Avaliar e propor normas e procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, conservação, fornecimento, movimentação, recolhimento e desfazimento de materiais permanentes e de consumo;
- Apoiar a Comissão Inventariante na realização do inventário de materiais permanentes e de consumo;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;

- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

- 3.1.4.4.2.1. Divisão de Material de Consumo
- 3.1.4.4.2.2. Divisão de Material Permanente

3.1.4.4.2.1. Divisão de Material de Consumo

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010* – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DIMAC

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria de Material e Patrimônio
- *Administrativa:* Diretoria de Material e Patrimônio

Finalidade: Planejar, executar e controlar as atividades de recebimento, armazenamento, fornecimento e recolhimento de materiais de consumo, bem como auxiliar no processo do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

- Subsidiar a proposição de critérios para a padronização de materiais de consumo em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;
- Efetuar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, as especificações de materiais de consumo, buscando e observando a padronização;
- Subsidiar a proposição e, dentro de sua área de competência, realizar a orientação técnica, bem como acompanhar as aquisições de materiais de consumo;
- Verificar e conferir a Nota Fiscal em conformidade com os materiais de consumo solicitados;
- Receber, conferir e registrar os materiais de consumo estocáveis adquiridos pela instituição;
- Providenciar o adequado armazenamento e zelar pela segurança e pela conservação dos materiais de consumo em estoque e em processo de fornecimento e recolhimento;
- Efetuar e manter atualizado o controle físico e o registro financeiro dos materiais de consumo em estoque;
- Manter atualizados os registros de entrada e saída de materiais de consumo do estoque;
- Estimar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, a demanda por materiais de consumo estocáveis, bem como registrar, acompanhar e analisar o seu comportamento;
- Fornecer os materiais de consumo requisitados pelas unidades organizacionais, conforme as especificações constantes nas solicitações, a disponibilidade em estoque, as prioridades de atendimento e o perfil de consumo das unidades;
- Programar, providenciar e controlar o fornecimento de materiais de consumo às unidades organizacionais, bem como o seu recolhimento;
- Subsidiar a proposição e efetuar o registro da saída dos materiais de consumo prescindíveis à instituição, bem como acompanhar o desfazimento desses materiais;
- Subsidiar a proposição de normas e sugerir procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, segurança, conservação, fornecimento, recolhimento e desfazimento de materiais de consumo;
- Prestar suporte operacional e disponibilizar informações para subsidiar as atividades da Comissão

Inventariante na realização do inventário de materiais de consumo;

- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.4.2.2. Divisão de Material Permanente

Legislação pertinente: Resolução PGJ nº 03, de 07 de janeiro de 2010 – Dispõe sobre as atribuições e estrutura orgânica da Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sigla: DIMPE

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria de Material e Patrimônio
- *Administrativa:* Diretoria de Material e Patrimônio

Finalidade: Planejar, executar e controlar as atividades de recebimento, incorporação, armazenamento, fornecimento, movimentação e recolhimento de materiais permanentes, bem como auxiliar no processo do desfazimento desses materiais.

Atribuições:

- Subsidiar a proposição de critérios para a padronização de materiais permanentes em conjunto com as unidades tecnicamente competentes;
- Efetuar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, as especificações de materiais permanentes, buscando e observando a padronização;
- Subsidiar a proposição e, dentro de sua área de competência, realizar a orientação técnica, bem como acompanhar as aquisições de materiais permanentes;
- Receber e conferir os materiais permanentes adquiridos, bem como, quando couber, aqueles materiais cedidos à instituição;
- Verificar e conferir a Nota Fiscal em conformidade com os materiais permanentes solicitados;
- Efetuar a incorporação dos materiais permanentes adquiridos e cedidos no acervo patrimonial da instituição, mediante o seu registro patrimonial;
- Providenciar o adequado armazenamento e zelar pela segurança e pela conservação dos materiais permanentes em estoque e em processo de fornecimento, movimentação e recolhimento;
- Efetuar e manter atualizado o controle físico e o registro financeiro dos materiais permanentes;
- Manter atualizados os registros de entrada e saída de materiais permanentes do estoque;
- Estimar, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, a demanda por materiais permanentes, bem como registrar, acompanhar e analisar o seu comportamento;
- Fornecer os materiais permanentes requisitados pelas unidades organizacionais, conforme as especificações constantes nas solicitações, a disponibilidade em estoque e as prioridades de atendimento;
- Programar, providenciar e, quando necessário, acompanhar a entrega de materiais permanentes às unidades organizacionais, bem como a sua movimentação e o seu recolhimento;
- Efetuar e controlar a carga patrimonial das unidades organizacionais;
- Providenciar, registrar, acompanhar e, em conjunto com as unidades tecnicamente competentes, avaliar o conserto de materiais permanentes, exceto de veículos, de equipamentos de informática, de telefonia, de

instalações e equipamentos componentes de edificações;

- Subsidiar a proposição e efetuar o registro da baixa patrimonial e o acompanhamento do desfazimento dos materiais permanentes prescindíveis à instituição;
- Realizar o controle do acervo patrimonial da instituição;
- Subsidiar a proposição de normas e sugerir procedimentos para a melhoria das atividades de recebimento, registro, armazenamento, segurança, conservação, fornecimento, movimentação, recolhimento e desfazimento de materiais permanentes;
- Prestar suporte operacional e disponibilizar informações para subsidiar a Comissão Inventariante na realização do inventário de materiais permanentes;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.4.3. Diretoria de Serviços Gerais e Transporte

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas - Anexo III.

Sigla: DSGT

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Administrativa
- *Administrativa:* Superintendência Administrativa

Finalidade: Dirigir, coordenar, controlar e executar as atividades relacionadas com a área de serviços gerais e transportes.

Atribuições:

- Executar atividades de protocolo e movimentação de expediente;
- Executar serviços de reprografia e controlar o consumo de material;
- Dirigir, orientar e executar as atividades de telefonia e comunicação;
- Promover os consertos urgentes, limpeza, conservação das instalações, móveis e equipamentos, bem como adotar providências necessárias à adequada manutenção dos serviços de telefonia, refrigeração, elevadores, energia elétrica e combate a incêndio;
- Dirigir, orientar e fazer executar as atividades de vigilância, portaria, copa e zeladoria;
- Orientar e fazer executar as atividades de mudanças físicas, conservação e manutenção de móveis, imóveis, instalações e equipamentos;
- Orientar e acompanhar o serviço de mensageiros;
- Programar, controlar e executar as atividades de transporte oficial e a guarda de veículos, bem como providenciar sua manutenção;
- Acompanhar e controlar a movimentação e desempenho da frota de veículos, bem como propor a alienação de bens inservíveis ou de uso antieconômico;
- Controlar o uso e a movimentação de veículos;
- Elaborar e fazer cumprir a escala de trabalho dos motoristas;
- Elaborar periodicamente relatórios sobre o consumo de combustíveis e lubrificantes, bem como demais despesas com manutenção;
- Solicitar a aquisição de acessórios, ferramentas, máquinas, peças e utensílios de oficina;
- Acompanhar a execução dos contratos afins;
- Instruir e subsidiar os processos de licitação para fins de contratação de serviços;
- Providenciar o licenciamento, emplacamento e seguro da frota de veículos;
- Administrar a garagem;

- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.4.4. Diretoria de Compras e Licitações

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 04, de 07 de janeiro de 2010* – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DCLI

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Administrativa
- *Administrativa:* Superintendência Administrativa

Finalidade: Planejar, coordenar, promover, orientar, acompanhar e avaliar a execução das atividades relativas à aquisição de materiais, serviços e obras pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

- Planejar, coordenar, promover, acompanhar e avaliar os processos de aquisição de materiais, serviços e obras efetuados pela instituição;
- Promover a análise da solicitação e o controle da instauração dos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;
- Providenciar a cotação de preços dos materiais, serviços e obras solicitados, bem como a instrução do processo de compras;
- Promover a autuação do processo licitatório, bem como designar a modalidade e o tipo de licitação a serem utilizados;
- Providenciar, orientar e acompanhar a elaboração de editais de licitação e seus anexos;
- Assegurar o apoio às comissões de licitação, permanentes ou especiais, e aos pregoeiros;
- Providenciar a publicidade e, quando couber, a prestação de contas legalmente exigidas das compras efetuadas pela instituição, dos editais e dos atos de homologação dos processos licitatórios, de dispensa e de inexigibilidade de licitação;
- Receber e encaminhar documentos de cobrança para pagamento;
- Zelar pela guarda dos documentos relativos aos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

- 3.1.4.4.4.1. Divisão de Compras
- 3.1.4.4.4.2. Divisão de Apoio à Licitação

3.1.4.4.4.1. Divisão de Compras

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 04, de 07 de janeiro de 2010* – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DICOM

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria de Compras e Licitações
- *Administrativa:* Diretoria de Compras e Licitações

Finalidade: Executar e controlar as atividades relativas às aquisições, diretas e anteriores ao procedimento de licitação, de materiais, serviços e obras.

Atribuições:

- Analisar a solicitação de materiais, serviços e obras, zelando pela adequada especificação e observando a padronização;
- Efetuar e manter atualizado o cadastro das solicitações, da instauração e do andamento dos processos de aquisição de materiais, serviços e obras;
- Realizar a cotação de preços dos materiais, serviços e obras solicitados para subsidiar os processos de aquisição, bem como instruir o processo de compras;
- Buscar permanentemente, junto aos fornecedores, as melhores condições de preço, considerando os aspectos de qualidade, economicidade, garantia de fornecimento e atendimento aos requisitos demandados;
- Verificar a regularidade da documentação jurídica e fiscal dos fornecedores para subsidiar a formalização da contratação e garantir a legalidade dos atos administrativos;
- Elaborar e acompanhar a tramitação dos Pedidos de Compra;
- Providenciar a comunicação oficial com os fornecedores e com os solicitantes, quando da disponibilização da autorização de fornecimento;
- Conferir os documentos de cobrança para pagamento;
- Elaborar relatórios mensais das aquisições feitas pela instituição e promover sua publicidade;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.4.4.2. Divisão de Apoio à Licitação

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 04, de 07 de janeiro de 2010* – Cria, na estrutura da Superintendência Administrativa, a Diretoria de Compras e Licitações e dispõe sobre suas atribuições e estrutura orgânica.

Sigla: DILIC

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria de Compras e Licitações
- *Administrativa:* Diretoria de Compras e Licitações

Finalidade: Promover e acompanhar a execução das atividades relacionadas aos procedimentos de licitação.

Atribuições:

- Verificar e analisar os documentos legalmente exigidos, a fim de confirmar a presença dos pressupostos para autuação do processo licitatório;
- Elaborar as minutas de editais e dos contratos de licitação e auxiliar as unidades tecnicamente competentes na elaboração dos demais anexos para o processo licitatório;
- Indicar, com o apoio das unidades tecnicamente competentes, as condições para a participação no processo licitatório e a forma de apresentação das propostas;
- Programar a data, o horário e o local das sessões de licitação a serem realizadas pelas comissões e pelos pregoeiros, conforme a necessidade da instituição;
- Providenciar a publicidade legalmente exigida dos editais e dos atos de adjudicação e de homologação dos processos licitatórios, bem como acompanhar as respectivas publicações;
- Apoiar as comissões de licitação, permanentes ou especiais, e os pregoeiros, quando solicitado;
- Efetuar a guarda dos documentos relativos aos processos licitatórios;
- Elaborar relatórios trimestrais dos processos licitatórios feitos pela instituição e promover sua publicidade;
- Disponibilizar informações para fins institucionais;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.5. Superintendência de Finanças

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo VII.

Sigla: SUF

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Administração Financeira;
- Diretoria de Contabilidade.

Finalidade: Coordenar, orientar, executar e controlar as atividades relacionadas com a administração financeira e contábil.

Atribuições:

- Cumprir e fazer cumprir as normas legais que disciplinam a realização de despesa pública;
- Dirigir a execução financeira;
- Identificar e gerir os elementos necessários ao acompanhamento da execução contábil e da prestação de contas do exercício financeiro, a serem encaminhados aos órgãos competentes;
- Propor e coordenar a implantação de normas que complementem e disciplinem as atividades de administração financeira e contábil ou que sejam requeridas para atender às condições específicas da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Coordenar e controlar a movimentação das contas bancárias da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.
- Informações adicionais: Composição da Superintendência de Finanças constante no anexo VIII da Resolução 46/1995 foi alterada por ato normativo posterior.

Cargo de chefia: Superintendente

- 3.1.4.5.1. Diretoria de Administração Financeira
- 3.1.4.5.2. Diretoria de Contabilidade

3.1.4.5.1. Diretoria de Administração Financeira

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo IX.

Sigla: DAFI

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Finanças
- *Administrativa:* Superintendência de Finanças

Finalidade: Coordenar, orientar e controlar as atividades de administração financeira da Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

- Coordenar, orientar e executar as atividades relativas ao acompanhamento e ao controle financeiro da execução orçamentária;
- Emitir e exercer o controle de empenhos e providenciar a liquidação das despesas;
- Preparar processos de despesas para pagamento e verificar sua conformidade com as normas pertinentes;
- Efetuar pagamento das despesas regularmente autorizadas;
- Controlar as disponibilidades financeiras de recursos;
- Controlar a movimentação bancária e conciliar, periodicamente, os saldos de conta corrente;
- Acompanhar a execução de contratos, convênios e ajustes, sob o aspecto orçamentário e financeiro;
- Acompanhar e verificar, mensalmente, os demonstrativos de execução orçamentária e financeira;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.5.2. Diretoria de Contabilidade

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo VIII.

Sigla: DCON

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Finanças
- *Administrativa:* Superintendência de Finanças

Finalidade: Coordenar, orientar, executar e controlar as atividades de contabilidade.

Atribuições:

- Realizar a contabilidade analítica e a sintética, observando a legislação e o Plano de Contas vigentes;
- Acompanhar a execução orçamentária, apontando diferenças existentes entre as operações previstas e as realizadas;
- Verificar a legalidade dos documentos geradores dos fatos contábeis;
- Examinar e conferir os processos de pagamento e adiantamento de numerário;
- Exercer o controle contábil e das contas bancárias;
- Elaborar balancetes e demonstrativos mensais, nos termos da legislação vigente, bem como providenciar o seu encaminhamento aos órgãos competentes;
- Manter em sua guarda os documentos financeiros/contábeis comprobatórios das despesas/receitas de exercícios anteriores para a devida prestação de contas, quando necessário;
- Exercer outras atribuições correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.6. Superintendência Judiciária

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XV.

Sigla: SUJ

Subordinação:

- *Técnica:* Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Serviço Cível;
- Diretoria de Serviço Criminal.

Finalidade: Coordenar, controlar, acompanhar e executar atividades relacionadas com a movimentação de processos e documentos oriundos dos órgãos de segunda e primeira instâncias e dos pareceres emitidos na Procuradoria-Geral de Justiça.

Atribuições:

- Coordenar a distribuição de autos judiciais cíveis e criminais recebidos dos Tribunais de Justiça e Alçada, bem como dos Juízes de Direito e demais autoridades judiciárias;
- Efetuar, semanalmente, a publicação no “Minas Gerais” da resenha da distribuição de processos cíveis e criminais, bem como da súmula dos pareceres emitidos;
- Executar o trabalho de digitação de pareceres e outras peças judiciárias, bem como proceder à sua conferência;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

- 3.1.4.6.1. Diretoria de Serviço Cível
- 3.1.4.6.2. Diretoria de Serviço Criminal

3.1.4.6.1. Diretoria de Serviço Cível

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XVI.

Sigla: DCIV

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Judiciária
- *Administrativa:* Superintendência Judiciária

Finalidade: Executar atividades relativas à movimentação de processos e peças judiciárias relacionadas com matéria cível.

Atribuições:

- Registrar nos processos cíveis, mediante termo específico, o seu recebimento;
- Realizar o controle dos registros em fichários de processos cíveis;
- Efetuar atos relacionados com a distribuição dos processos cíveis;
- Levar “termo de vista” nos processo cíveis distribuídos;
- Controlar a devolução dos processos cíveis pelos Procuradores de Justiça;
- Providenciar a datilografia de pareceres emitidos pelos Procuradores de Justiça, promover a sua conferência e a assinatura dos mesmos;
- Anexar os pareceres digitados aos respectivos processos cíveis;
- Manter sempre atualizado o arquivo de cópias de pareceres;
- Efetuar remessa de processos cíveis aos órgãos judiciários de origem;
- Expedir certidões na área de sua competência;
- Atender partes interessadas nos processos cíveis em andamento;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.6.2. Diretoria de Serviço Criminal

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 46, de 1º de novembro de 1995* – Dispõe sobre as funções da Diretoria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, define sua estrutura complementar e atribuições de suas unidades administrativas – Anexo XVII.

Sigla: DCRI

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência Judiciária
- *Administrativa:* Superintendência Judiciária

Finalidade: Executar as atividades relativas à movimentação de processos e outras peças relacionadas com matéria criminal.

Atribuições:

- Registrar nos processos criminais, mediante termo específico, o seu recebimento;
- Realizar o controle dos registros em fichários de processos criminais;
- Efetuar atos relacionados com a distribuição dos processos criminais;
- Levar “termo de vista” nos processos criminais distribuídos;
- Controlar a devolução dos processos criminais pelos Procuradores de Justiça;
- Providenciar a digitação de pareceres emitidos pelos Procuradores de Justiça, promover a sua conferência e a assinatura dos mesmos;
- Anexar os pareceres digitados aos respectivos processos criminais;
- Manter sempre atualizado o arquivo de cópias de pareceres;
- Efetuar remessa de processos criminais aos órgãos judiciários de origem;
- Expedir certidões na área de sua competência;
- Atender partes interessadas nos processos criminais em andamento;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.7. Superintendência de Planejamento e Coordenação

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 31, de 24 de maio de 2006* – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: SPC

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Modernização Administrativa;
- Diretoria de Orçamento.

Finalidade: Coordenar a elaboração de planos, programas e projetos e acompanhar a política de ação global do Ministério Público, definindo e implementando ações setoriais de planejamento, orçamento e modernização administrativa.

Atribuições:

- Propor, acompanhar e avaliar estudos sobre a estrutura organizacional e seu funcionamento, visando a modernização e a otimização das atividades;
- Coordenar, acompanhar e avaliar o processo de planejamento global e setorial e propor ações que visem assegurar os objetivos e metas estabelecidos;
- Coordenar, acompanhar e avaliar a execução de planos, programas e projetos técnicos e administrativos;
- Elaborar proposta à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Plano Plurianual de Ação Governamental;
- Coordenar e elaborar a proposta orçamentária anual e programar a utilização dos créditos aprovados;
- Programar, negociar, acompanhar e avaliar a execução orçamentária;
- Promover a elaboração de análises econômico-financeiras para subsidiar procedimentos licitatórios;
- Coordenar as atividades de modernização administrativa e desenvolvimento institucional;
- Manter intercâmbio permanente com órgãos ou entidades na sua área de competência;
- Coordenar, elaborar, acompanhar, orientar, avaliar e promover a coerência de planos, projetos, convênios, programas, ações e medidas institucionais e administrativas, globais, regionais ou setoriais, incluindo os relativos à modernização do Ministério Público e à captação de recursos nacionais ou internacionais, públicos ou privados;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

- 3.1.4.7.1 Diretoria de Modernização Administrativa
- 3.1.4.7.2 Diretoria de Orçamento

3.1.4.7.1 Diretoria de Modernização Administrativa

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 31, de 24 de maio de 2006* – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: DIMA

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Planejamento e Coordenação
- *Administrativa:* Superintendência de Planejamento e Coordenação

Finalidade: Promover, orientar, coordenar, implementar e avaliar ações necessárias ao desenvolvimento organizacional e à modernização administrativa.

Atribuições:

- Acompanhar, de forma sistemática, a dinâmica de atuação da Procuradoria-Geral de Justiça, identificando necessidades e sugerindo mudanças organizacionais;
- Propor, desenvolver, acompanhar e avaliar estudos sobre a estrutura administrativa e seu funcionamento, visando a modernização e otimização das atividades executadas;
- Analisar e compatibilizar propostas de definição e transferência de atribuições, competências e funções de unidades administrativas internas, observadas as diretrizes estabelecidas pelo órgão;
- Elaborar e coordenar a implantação de normas, sistemas e métodos de simplificação e racionalização de trabalho, bem como proceder à sua revisão e adequação e indicar o treinamento interno necessário à sua operacionalização;
- Promover a padronização de formulários e representações gráficas;
- Dar suporte técnico às unidades no que se refere à sua organização interna para o exercício de suas competências;
- Apoiar o serviço de informática no desenvolvimento de sistemas informatizados, sugerindo rotinas para o estabelecimento do fluxo de informações;
- Levantar e analisar dados sobre métodos e procedimentos implantados, identificando oportunidades de melhoria para elaboração e manutenção dos sistemas, sugerindo modificações para sua racionalização, agilização dos processos e minimização dos custos;
- Desenvolver organogramas, fluxogramas, cronogramas e outros instrumentos de análise organizacional;
- Elaborar, desenvolver e atualizar Manuais Administrativos;
- Participar de estudos de viabilidade de conversão dos sistemas manuais para informatizados, adaptando os procedimentos, visando uma maior racionalização do fluxo de informações;
- Propor atos administrativos necessários à implantação de projetos de modernização administrativa;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.7.2 Diretoria de Orçamento

Legislação pertinente: *Resolução PGJ n° 31, de 24 de maio de 2006* – Dispõe sobre as atribuições e a estrutura orgânica da Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC).

Sigla: DIOR

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Planejamento e Coordenação
- *Administrativa:* Superintendência de Planejamento e Coordenação

Finalidade: Promover ações setoriais de planejamento e programação orçamentária, bem como acompanhar e avaliar sua execução.

Atribuições:

- Coordenar a elaboração das propostas orçamentárias anuais, bem como acompanhar e avaliar sua execução;
- Promover a solicitação de recursos orçamentários e financeiros para implantação, manutenção, adequação e ampliação dos programas, projetos e atividades;
- Controlar, centralizadamente, os convênios, contratos, acordos, ajustes, protocolos ou similares, com vistas ao acompanhamento da utilização de recursos e fornecimento de subsídios às unidades na gestão técnica, orçamentária, financeira e administrativa;
- Coordenar a programação de utilização de créditos, acompanhar a liberação de recursos e proceder adequação à disponibilidade orçamentária e financeira;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.8. Superintendência de Recursos Humanos

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25 de 1º de maio de 2008.

Sigla: SRH

Subordinação:

- *Técnica:* Diretoria-Geral
- *Administrativa:* Diretoria-Geral

Unidades diretamente subordinadas:

- Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos;
- Diretoria de Pagamento de Pessoal;
- Diretoria de Pessoal Administrativo;
- Diretoria de Pessoal do Ministério Público;
- Assessoria Psicossocial;
- Central de Atendimento e Orientação Pessoal.

Finalidade: Planejar, coordenar, executar, avaliar e controlar a gestão de recursos humanos do Ministério Público.

Atribuições:

- Propor, elaborar, coordenar, executar, acompanhar e avaliar políticas, diretrizes, planos e normas referentes:

a) ao desenvolvimento de recursos humanos e ao plano de carreiras dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público;

b) ao cadastro funcional dos membros e servidores, ativos e inativos, e ao registro dos cargos das carreiras do Ministério Público;

c) ao registro dos pensionistas dos membros e servidores do Ministério Público;

d) à concessão de benefícios diretos e indiretos, bem como ao processamento de folha de pagamento de pessoal.

- Gerir, aprimorar e supervisionar a sistemática da avaliação de desempenho dos servidores;
- Promover a melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, fundamentada em diagnóstico correlato prévio;
- Promover a potencialização dos recursos humanos do Ministério Público para atendimento dos princípios de eficiência e eficácia;
- Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais;

- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Superintendente

- 3.1.4.8.1. Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos
- 3.1.4.8.2. Diretoria de Pagamento de Pessoal
- 3.1.4.8.3. Diretoria de Pessoal Administrativo
- 3.1.4.8.4. Diretoria de Pessoal do Ministério Público
- 3.1.4.8.5. Assessoria Psicossocial
- 3.1.4.8.6. Central de Atendimento e Orientação de Pessoal

3.1.4.8.1. Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: DDRH

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas ao desenvolvimento dos recursos humanos e à gestão dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Atribuições:

- Propor normas e diretrizes para a atualização ou concessão dos direitos e deveres dos servidores;
- Estabelecer diretrizes e propor critérios técnicos para a elaboração, implementação e revisão do plano de carreiras dos servidores, bem como operá-lo e preparar, quando couber, a publicação dos atos referentes à implantação e efetivação do plano de carreiras;
- Planejar e propor normas, orientar, coordenar e operar o sistema de avaliação de desempenho individual dos servidores;
- Analisar e propor a criação, transformação, fixação, extinção e provimento de cargos efetivos e comissionados dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e preparar, quando couber, a publicação dos atos referentes à fixação;
- Identificar, propor normas e atualizar as atribuições de cargos, de acordo com as relações estruturais, funcionais e de autoridade, compatibilizando-as com seu grau de dificuldade e respectiva remuneração;
- Diagnosticar e analisar as demandas de recursos humanos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares e as necessidades de capacitação, propondo diretrizes para o aprimoramento técnico e o desenvolvimento funcional dos servidores;
- Propor a lotação ou a remoção de servidor de acordo com o perfil profissional, desde que atenda às necessidades institucionais;
- Identificar, propor e implementar planos de ação para melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, em conjunto com as demais unidades competentes;
- Planejar, propor, coordenar e acompanhar as políticas de benefícios indiretos dos servidores;
- Organizar e executar as atividades de apoio técnico e operacional dos processos disciplinares administrativos contra servidores do Ministério Público;
- Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens;

- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.8.2. Diretoria de Pagamento de Pessoal

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: DPAG

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas à folha de pagamento de pessoal.

Atribuições:

- Planejar, coordenar, executar, acompanhar e controlar o processamento da folha de pagamento de pessoal;
- Zelar pela guarda de documentos relativos à folha de pagamento;
- Controlar e manter registro das ocorrências relativas à folha de pagamento de pessoal;
- Emitir certidões e declarações fundamentadas nos registros concernentes à folha de pagamento de pessoal;
- Emitir os demonstrativos de pagamentos e os comprovantes de rendimentos pagos e de retenção de imposto de renda, para fins de preenchimento da declaração de ajuste anual do imposto de renda;
- Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens;
- Processar a Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) anual e a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS);
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.8.3. Diretoria de Pessoal Administrativo

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: DPAD

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de servidores e ao registro dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de servidor da instituição.

Atribuições:

- Cadastrar e manter atualizados os dados funcionais e pessoais dos servidores ativos e inativos em banco de dados apropriado;
- Registrar e manter atualizados os dados cadastrais de beneficiários das pensões por morte de servidor do Ministério Público;
- Manter atualizado e controlar o cadastro de cargos efetivos e comissionados, registrando a criação, a fixação, a extinção, o provimento e a vacância;
- Elaborar e, quando couber, preparar para a publicação os atos referentes a nomeação, designação, exoneração, dispensa, demissão, posse, movimentação funcional, aposentadoria, concessão de direitos e vantagens na sua área de competência, e demais atos administrativos que resultem na alteração cadastral do servidor;
- Analisar os requerimentos de averbação de tempo de serviço ou de contribuição previdenciária, bem como registrá-los e contabilizá-los;
- Registrar e controlar a frequência, férias regulamentares, férias-prêmio, abonos, plantões, horas extras, licenças e reduções de jornada de trabalho e, quando couber, preparar a respectiva publicação;
- Analisar os requerimentos de aposentadoria, preparar e acompanhar os respectivos processos;
- Promover a emissão de cédulas de identidade funcional, certidões, atestados e declarações com base nos registros funcionais;
- Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais, concessão de direitos, benefícios e vantagens, e para instruir sindicância ou processo administrativo;
- Promover o cadastramento de servidores no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Públicoc – PASEP;
- Manter atualizadas as informações para Relação Anual de Informações Sociais – RAIS;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.8.4. Diretoria de Pessoal do Ministério Público

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: DPMP

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de Promotores e Procuradores de Justiça e ao registro dos cargos do Quadro de Pessoal do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de membros da instituição.

Atribuições:

- Cadastrar e manter atualizados os dados funcionais e pessoais de Promotores e Procuradores de Justiça, ativos e inativos, em banco de dados apropriado;
- Registrar e manter atualizados os dados cadastrais de beneficiários das pensões por morte de membro do Ministério Público;
- Manter atualizado e controlar o cadastro de cargos, registrando a criação, a fixação, a extinção, a transformação, o provimento e a vacância;
- Elaborar e, quando couber, preparar para a publicação os atos referentes a nomeação, exoneração, posse e demais atos administrativos que resultem na alteração cadastral de membro, exceto os relativos a promoção, remoção, designação e disponibilidade;
- Registrar a lista de antiguidade dos membros do Ministério Público;
- Analisar requerimento de averbação de tempo de serviço ou de contribuição previdenciária, bem como registrá-lo e contabilizá-lo;
- Analisar os requerimentos de aposentadoria, preparar e acompanhar os respectivos processos;
- Instruir processo de concessão de ajuda de custo por motivo de promoção ou remoção compulsória;
- Registrar e, quando couber, preparar para a publicação a escala de férias, a concessão de férias-prêmio, as compensações, os afastamentos de membros e as licenças;
- Promover a emissão de cédulas de identidade funcional, certidões, atestados e declarações com base nos registros funcionais;
- Disponibilizar informações para fins de estudos internos e institucionais de concessão de direitos, benefícios e vantagens, e para instruir sindicância ou processo administrativo;
- Promover o cadastramento de membros no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP;
- Manter atualizadas as informações para Relação Anual de Informações Sociais – RAIS;

- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador II

3.1.4.8.5. Assessoria Psicossocial

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: ASPSI

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade: Prestar apoio técnico em matérias relacionadas à prevenção e à intervenção institucional em situações oriundas das relações no trabalho ou que nelas interfiram.

Atribuições:

- Propor o desenvolvimento de ações preventivas e educativas referentes às relações no trabalho;
- Sugerir a promoção de atividades de integração voltadas aos membros, servidores do Ministério Público;
- Prestar assessoramento técnico a membros e servidores em intercorrências psicossociais decorrentes de situações no trabalho que interfiram no desempenho funcional;
- Analisar eventuais intercorrências no processo de avaliação de desempenho dos servidores e propor medidas corretivas quando for o caso;
- Sugerir o encaminhamento de membros e servidores do Ministério Público ao Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional quando detectada a necessidade de atendimento médico ou pericial;
- Promover análise de perfil profissional dos servidores do Ministério Público com a finalidade de subsidiar os processos de lotação, relotação e remoção, bem como prestar assessoria aos membros do MPMG e aos servidores ocupantes dos cargos de direção no que tange à gestão de recursos humanos;
- Promover análise do perfil profissional necessário ao preenchimento de vagas com intuito de subsidiar o processo de lotação de novos servidores;
- Analisar e sugerir, em conformidade com os perfis profissionais traçados e com as necessidades institucionais, a lotação ou a remoção de servidores;
- Prestar o assessoramento técnico aos membros e servidores do MPMG nos processos de lotação, relotação, procedimentos administrativos disciplinares e adaptação ao trabalho;
- Prestar orientação social a membros e servidores do Ministério Público;
- Exercer outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

Cargo de chefia: Coordenador I

3.1.4.8.6. Central de Atendimento e Orientação de Pessoal

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n° 25, de 1° de maio de 2008* – Cria a Superintendência de Recursos Humanos (SRH) e dispõe sobre suas atribuições e sua estrutura orgânica.
- *Resolução PGJ nº 99 de 30 de novembro de 2012* – Altera a Resolução PGJ nº 25, de 1º de maio de 2008.

Sigla: CAOP

Subordinação:

- *Técnica:* Superintendência de Recursos Humanos
- *Administrativa:* Superintendência de Recursos Humanos

Finalidade:

- Centralizar, orientar e encaminhar pedidos de membros e servidores objetivando a prestação de informações sobre a política de gestão de pessoal com o adequado encaminhamento, quando necessário, à Diretoria responsável;
- Atualizar os dados cadastrais dos membros e servidores do Ministério Público;
- Processar e distribuir pedidos de férias, créditos de dias, compensações, licenças, pagamentos, entre outras atividades;
- Solicitar margem consignável para fins de consignação facultativa;
- Processar a carreira dos membros e servidores do Ministério Público;
- Fornecer orientações atinentes à folha de pagamento quanto aos créditos e débitos mensais.

Atribuições:

- Atender a membros e servidores ativos e inativos, presencial ou remotamente, prestando orientações e informações acerca da política de recursos humanos;
- Receber, cadastrar e encaminhar os pedidos relativos à atualização de dados cadastrais, especialmente referentes aos dados pessoais e familiares geradores de direitos e benefícios, tais como imposto de renda, pensões, contribuições sindicais, entre outros;
- Receber e encaminhar os pedidos relativos a férias, licenças, compensações de dias, auxílio-creche, entre outros;
- Orientar quanto aos prazos para encaminhamento dos formulários para requerimento de direitos;
- Efetuar a triagem dos requerimentos, com encaminhamento aos setores competentes;
- Atualizar as bases de dados para geração de relatórios capazes de fomentar a gestão de pessoal;
- Receber e encaminhar os pedidos em sistema próprio, de modo a possibilitar o acompanhamento do trâmite do expediente;
- Processar os pedidos de margem consignável para fins de consignação facultativa de membros e servidores da Instituição;
- Prestar informações nos processos de lotação, relotação e procedimentos administrativos disciplinares.

3.2. Produtos e serviços

- 3.2.1. Material e Patrimônio
- 3.2.2. Finanças
- 3.2.3. Serviços Gerais e Transporte
- 3.2.4. Informática

3.2.1. Material e Patrimônio

- 3.2.1.1. Requisição de Material de Consumo
- 3.2.1.2. Requisição de Material Permanente
- 3.2.1.3. Inventário Patrimonial
- 3.2.1.4. Conserto de Material Permanente
- 3.2.1.5. Material Permanente em Desuso

3.2.1.1. Requisição de Material de Consumo

Legislação pertinente:

- *Instrução Normativa DG nº 04, de 20 de julho de 2001* – Regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as requisições de cartuchos utilizados em impressoras.
- *Instrução Normativa DG nº 04, de 04 de dezembro de 2003* – Disciplina a requisição, o controle e a distribuição de material de consumo no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Como requisitar material de consumo constante do catálogo de materiais?

Deve-se preencher o formulário de "Requisição de Material de Consumo" e enviá-lo ao Almoxarifado pelo fax 3386-6660 ou por correio eletrônico almoxarifado@mp.mg.gov.br.

Nas comarcas do interior, o formulário deve ser assinado pelo Promotor de Justiça ou por servidor responsável pela Secretaria das Promotorias de Justiça e, na Capital, pelo responsável da Unidade Administrativa solicitante. O formulário está disponível no endereço eletrônico do Ministério Público (http://www.mp.mg.gov.br): *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Divisão de Almoxarifado > Requisição de Material.*

b) Quais informações deverão constar da requisição?

- Nome, código, telefone e endereço da unidade administrativa;
- Quantidade de servidores, Promotores e Procuradores de Justiça efetivamente lotados na unidade;
- Código, quantidade, unidade e descrição do material de consumo solicitado;
- *Observação:* Em caso de divergência entre o código e a descrição do material solicitado, este será atendido pela sua descrição.

c) Com qual periodicidade se pode requisitar material?

Uma vez por mês, conforme o art. 3º da Instrução Normativa 04/2003, e, havendo casos que ultrapassem essa frequência, deverão eles ser *justificados*.

d) Como o material é entregue ao solicitante?

Para Promotorias de Justiça do interior, é dever do Almoxarifado enviar por correio o material ao solicitante, com prazo previsto de entrega de 7 (sete) dias após a postagem; para as unidades da Capital, o material será entregue por veículo da Procuradoria-Geral de Justiça.

Observação:

- A entrega dos materiais seguirá a ordem cronológica de chegada das solicitações;
- Em caso de extrema necessidade de algum material, e com a devida justificativa do solicitante, poderá o Almoxarifado priorizar o seu atendimento;
- Poderá a unidade solicitante que possuir veículo retirar os materiais solicitados diretamente no Almoxarifado, desde que comunique antecipadamente, e que haja anuência do coordenador do Almoxarifado.

e) Pode-se requisitar material de consumo e material permanente em um mesmo documento?

Não, cada solicitação deve ser feita no documento próprio.

f) Pode-se devolver ou trocar material de consumo?

Toda devolução de material de consumo – novo ou usado – deverá ser feita acompanhada de ofício, endereçado ao Almoxarifado. Nos casos das unidades do interior, o ofício, juntamente com o material, deverá ser remetido via correio.

Não existe troca de material de consumo. O material em desuso ou solicitado equivocadamente deve ser devolvido ao Almoxarifado.

g) Como ter acesso ao Catálogo de Materiais?

O Catálogo de Materiais encontra-se atualizado e disponível na intranet do Ministério Público: *Auxiliares > Diretoria Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Divisão de Almoxarifado > Catálogo de Materiais*.

O Catálogo de Materiais pode também ser entregue juntamente com o material requisitado, se for solicitado no formulário de "Requisição de Material de Consumo".

h) Como adquirir material não constante do Catálogo de Materiais?

As solicitações das unidades administrativas deverão ser encaminhadas à Diretoria-Geral ou, em se tratando de Procuradorias e Promotorias de Justiça, à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP, pelo Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP).

No caso das Promotorias de Justiça do interior do Estado, o envio de uma pesquisa de preços, por fax, junto ao pedido (ofício), facilita o atendimento. No endereço eletrônico do Ministério Público (http://www.mp.mg.gov.br) encontram-se disponíveis modelos de coleta de preços: *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência Administrativa > Diretoria de Material e Patrimônio > Div. Compras*.

3.2.1.2. Requisição de Material Permanente

Legislação pertinente:

Resolução PGJ n º 35, de 13 de agosto de 2001 – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e Patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Instrução Normativa DG nº 01, de 24 de abril de 2002 – Dispõe sobre as competências das Superintendências Administrativa e de Finanças.

Instrução Normativa PGJ Adj Adm n° 2, de 18 de agosto de 2005 – Disciplina a delegação das atribuições previstas no §2º do art.1º da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005.

Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005 – Define atribuições aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos Jurídico, Administrativo e Institucional, ao Chefe de Gabinete e Secretário-Geral.

Resolução PGJ nº 5, de 1º de fevereiro de 2005 – Institui na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa a Central de Atendimento às Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – CAP.

a) Que são materiais ou bens permanentes?

São aqueles cuja durabilidade pode ultrapassar o período de 2 (dois) anos.

b) Como requisitar materiais permanentes?

Por meio do Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP) ou por ofício encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo – PGJAA – ou Diretor-Geral – DG.

c) Como o material é enviado às Promotorias de Justiça?

A entrega é feita por veículo da Procuradoria-Geral de Justiça.

d) Pode-se trocar material permanente?

Sim, com a autorização do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo ou do Diretor-Geral.

e) Pode-se devolver material permanente?

Sim, devendo-se solicitar o recolhimento à Diretoria de Material de Patrimônio.

f) Pode haver movimentação de material permanente entre as unidades administrativas e Promotorias de Justiça sem autorização prévia?

Não. É proibida a movimentação de bens permanentes entre diferentes unidades administrativas sem a autorização prévia do Diretor-Geral ou do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, sob pena de o responsável pelos bens responder administrativamente por eventuais extravios ou perdas.

3.2.1.3. Inventário Patrimonial

Legislação pertinente:

- *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964* – Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (arts. 94 a 96)
- *Resolução PGJ nº 35, de 13 de agosto de 2001* – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. (art. 5º)

a) Quando se faz o inventário patrimonial?

Anualmente, após a Diretoria de Material e Patrimônio remeter às Promotorias de Justiça e demais unidades organizacionais do Ministério Público a lista dos materiais permanentes sob a responsabilidade de cada uma delas, que deverá ser conferida e assinada pelo responsável da área e depois enviada à comissão instituída na época por resolução específica, dentro do prazo determinado, indicando eventuais ocorrências.

b) É obrigatória a realização do inventário patrimonial?

Sim. Sua realização obedece ao disposto nos artigos 94 e 96 da Lei nº 4.320/64.

c) De quem é a responsabilidade pela realização do inventário patrimonial?

A responsabilidade cabe ao servidor designado para responder pelo controle patrimonial da comarca ou da unidade, conforme a IN no 02/2006, e também à comissão inventariante instituída anualmente pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

d) O que se deve fazer no caso de algum bem não ser localizado na comarca ou unidade?

Deve-se comunicar ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo por meio de ofício enviado pelo Promotor de Justiça ou por servidor responsável pelo controle patrimonial da comarca ou da unidade.

e) O que fazer em caso de remoção ou promoção do responsável pela carga patrimonial?

O servidor responsável pelo controle dos bens patrimoniais deverá conferir, juntamente com o substituto, a relação de bens sob sua responsabilidade, lavrando termo de transferência no qual constarão eventuais divergências.

f) Quais providências deverão ser tomadas pelo responsável pelo controle patrimonial em caso de furto, extravio ou perda de bens?

O servidor responsável, ao tomar conhecimento de furto, extravio ou perda de bens, deverá providenciar de imediato a Ocorrência Policial e, em sendo necessária, a Perícia Técnica da Polícia Civil. Posteriormente, comunicará o fato ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo para as providências cabíveis.

3.2.1.4. Conserto de Material Permanente

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 35, de 13 de agosto de 2001* – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (arts. 8º a 11).

a) Como solicitar conserto de material permanente?

Na Capital, faz-se a solicitação preferencialmente por endereço eletrônico ou por ofício, encaminhando o material permanente à Diretoria de Material e Patrimônio. Caso não seja possível encaminhá-lo, solicite-se à Diretoria de Material e Patrimônio o recolhimento do material.

No interior, estando dentro do prazo de garantia, deve-se contatar o fornecedor, após autorização/ciência da Diretoria de Material e Patrimônio. Estando fora do prazo de garantia, encaminhe-se o bem à Diretoria de Material e Patrimônio para conserto; caso não seja possível encaminhá-lo, solicite-se a ela o seu recolhimento, o qual se dará quando houver viagem para entrega ou recolhimento de bens na região.

3.2.1.5. Material Permanente em Desuso

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ n º 35, de 13 de agosto de 2001* – Dispõe sobre criação de códigos numéricos para Promotorias/ Unidades Administrativas, aquisição, movimentação, controle e formas de baixa de bens móveis permanentes pela Diretoria de Material e patrimônio no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (art. 8º).
- *Resolução PGJ nº 66, de 17 de setembro de 2004* – Delega poderes ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo para autorizar a baixa de bens móveis permanentes pertencentes ao acervo patrimonial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Como proceder em caso de material permanente com placa patrimonial da PGJ em desuso na comarca?

Pede-se o recolhimento do material por ofício, relacionando-o, ou por meio de formulário de recolhimento de bens, portado pelos servidores da DMAP durante viagem para entrega ou recolhimento de bens nas comarcas.

3.2.2. Finanças

- 3.2.2.1. Adiantamentos Diversos
- 3.2.2.2. Diárias de Viagem
- 3.2.2.3. Despesas de Viagem

3.2.2.1. Adiantamentos Diversos

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 101, de 22 de outubro de 2002* – Estabelece critérios e procedimentos para realização de despesas não submetidas ao processo normal de pagamento e dá outras providências. (art. 2º)
- *Resolução PGJ nº 02, de 15 de janeiro de 2003* – Altera o formulário instituído pelo Anexo III da Resolução PGJ nº 101, de 24 de outubro de 2002, de solicitação de adiantamentos diversos.
- *Resolução PGJ nº 36, de 27 de abril de 2004* – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.
- *Resolução PGJ nº 43, de 02 de junho de 2004* – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.
- *Portaria DG nº 2050, de 06 de novembro de 2002* – Regulamenta a aplicação de adiantamento para realização de despesa miúda e de pronto pagamento nas comarcas integrantes de Região Administrativa, nos termos da Resolução nº 101, publicada no "Minas Gerais" em 24 de outubro de 2002 e dá outras providências.
- *Portaria DG nº 904, de 27 de abril de 2004* – Altera dispositivos da Portaria DG nº 2.050, de 08 de novembro de 2002.

a) O que são adiantamentos diversos?

Trata-se de recursos financeiros (numerário) disponíveis aos servidores públicos para satisfação de despesas diversas que, pela sua natureza, não podem ser submetidas ao processo normal de pagamento, sob pena de passar a oportunidade de sua ocorrência e não haver efetividade na sua realização ou inviabilizar a prestação ou manutenção de um determinado serviço (ex.: combustível e lubrificante em viagem; aquisição de passagens, exceto aéreas; etc.).

b) O que são despesas miúdas e de pronto pagamento?

A despesa miúda e a de pronto pagamento são despesas feitas sob a modalidade de adiantamento e visam ao pagamento de pequenas despesas urgentes ou que, não o sendo, melhoram entretanto a qualidade do serviço (vide Resolução PGJ nº 101/2002, alterada pelas Resoluções PGJ nºs 36 e 43/2004). Ex.: material de escritório, pequenos consertos em bens móveis ou imóveis, etc..

c) Quem pode utilizar os adiantamentos diversos?

Somente o servidor ou membro do Ministério Público credenciado ou autorizado pelo ordenador de despesa, desde que esta seja sempre precedida de empenho por estimativa na dotação própria. Ex.: apenas o condutor de veículo em viagem está credenciado a receber adiantamento para despesas com combustíveis e lubrificantes, e não mais que durante o período de viagem.

No caso de despesa miúda e de pronto pagamento, estão credenciados para solicitar o adiantamento os responsáveis pelas unidades administrativas indicados nos incisos I a VII do art. 4° da Resolução PGJ nº 101/2002. Todavia, a utilização por outra pessoa pode ser definida pelo credenciado, contanto que o faça por delegação no próprio documento de solicitação do adiantamento.

d) Quais tipos de despesas poderão ser realizados com recursos de adiantamentos?

Todas aquelas elencadas no art. 2º da Resolução PGJ nº 101/2002. Porém, as despesas miúdas e de pronto pagamento que mais ensejam dúvidas devem-se ajustar ao conceito do art. 2º, § 1°, e não podem estar inclusas nas vedações impostas pela legislação geral e pelo art. 22 da Resolução PGJ nº 101/2002.

A lista a seguir resume os tipos de despesas permitidas:

- Combustíveis e lubrificantes para veículos em viagem;
- Reparos de veículos em viagem;
- Conserto de pneus;
- Gastos com alimentação, pousada e transporte de empregado terceirizado, quando necessário seu deslocamento fora da Sede;
- Aquisição de passagens, exceto aéreas;
- Despesas miúdas e de pronto pagamento;
- Despesas eventuais de gabinete (essa despesa, embora possa ser realizada sob a modalidade de adiantamento, é feita preferencialmente sob a forma de reembolso, se houver empenho prévio em nome da autoridade credenciada a utilizá-la).

e) Quais são os valores e as quantidades de adiantamentos que podem ser solicitados?

Os Anexos I e I-A da Resolução PGJ nº 101/2002, com as alterações subsequentes, especialmente as Resoluções nº 36/2004 e nº 43/2004, definem os valores limites para os Adiantamentos Diversos, os quais podem, entretanto, ser alterados por ato do Diretor-Geral, no interesse do serviço e de acordo com as disponibilidades orçamentária e financeira, nos termos do art. 2º, § 4°, da Resolução PGJ nº 101/2002, com a redação dada pela Resolução PGJ nº 043/2004.

Em se tratando de despesa miúda e de pronto pagamento, os adiantamentos são limitados a número máximo de 12 (doze) por ano e seus valores estão definidos no anexo I-A da Resolução PGJ n° 101/2002 para cada comarca. Para as unidades administrativas da Capital, tanto a despesa miúda e de pronto pagamento como os limites dos demais adiantamentos são definidos no Anexo I da Resolução PGJ nº 101/2002.

Entretanto, os valores adiantados para as despesas de combustíveis e lubrificantes em viagem são definidos em virtude da distância a ser percorrida pelo veículo, e os adiantamentos para aquisição de passagens são realizados em virtude do seu custo.

f) Para o anexo I-A existe algum critério quanto aos valores estipulados?

Os critérios para os valores estabelecidos no Anexo I-A estão dispostos no art. 2º, § 4°, da Resolução PGJ Nº 101/2002, com redação dada pela Resolução PGJ Nº 43/2004.

g) Que despesas NÃO podem ser realizadas com adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento?

São exemplos de vedações ao uso dos recursos desse tipo de adiantamento:

- Aquisição de bens classificados como material permanente;
- Material existente no Almoxarifado da Procuradoria-Geral de Justiça;
- Passagens aéreas;
- Realização de obras civis ou reformas, exceto pequenos reparos em instalações e na edificação do prédio;
- Alimentos, artigos de luxo, artigos para festas e comemorações, cartões de visita;
- Contratação mensal de serviços de manutenção e limpeza ou de qualquer outro serviço de prestação continuada;
- Medicamentos e materiais de primeiros socorros para formação de estoque ou cujo somatório de gastos seja

superior a 10% (dez por cento) do valor do adiantamento fornecido;

- Artigos de higiene íntima;
- Outras (nesse caso é necessário verificar a adequação ao conceito disposto no art. 2º, § 1º, da Resolução PGJ nº 101/2002).

A lista completa e as exceções previstas para os itens acima podem ser consultados no art. 22 da Resolução PGJ n° 101/2002.

h) É permitido que despesas de naturezas diferentes sejam pagas em um mesmo adiantamento?

Não. Tanto a legislação geral quanto a legislação interna desta Procuradoria-Geral de Justiça vedam o pagamento de despesas de naturezas distintas com um único adiantamento, exigindo-se que a despesa guarde estrita consonância com o tipo de adiantamento fornecido. Assim sendo, é vedada a aquisição de combustíveis com os recursos do adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento e vice-versa.

As despesas dividem-se em sete tipos, conforme disposto nos incisos do art. 2º da Resolução PGJ nº 101/2002 (direcionar link à pergunta tipos de despesas) e a cada tipo corresponde um adiantamento próprio.

i) Quando poderão ser reajustados os limites monetários e quantitativos dos adiantamentos?

O reajuste dos limites monetários e quantitativos dos adiantamentos que possuem valor fixo obedece a critérios de oportunidade e conveniência da administração superior desta Procuradoria-Geral de Justiça, observadas as disponibilidades orçamentária e financeira da Instituição.

j) Como se deve fazer a requisição de adiantamento?

A requisição de um adiantamento será efetuada utilizando-se do formulário denominado “Solicitação de Adiantamentos Diversos” – modelo disponível no endereço eletrônico do Ministério Público, (http://www.mp.mg.gov.br): *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência de Finanças > Diretoria de Contabilidade > Formulários > Arquivos > Solicitação de Adiantamentos Diversos (novo)* – que será subscrito pelo Coordenador da Unidade Administrativa ou pela Autoridade da Promotoria de Justiça credenciada para receber o adiantamento (de acordo com o art. 4° da Resolução PGJ nº 101/2002) e deverá ser encaminhado à Diretoria de Contabilidade, até o dia 25 (vinte e cinco) do mês anterior ao da vigência do adiantamento, no caso de despesa miúda e de pronto pagamento.

O modelo, que serve para todos os tipos de adiantamento, é auto-explicativo e requer que sejam preenchidos todos os campos relativos à pessoa indicada no documento para os recursos do adiantamento.

A indicação de nome diverso do nome do servidor ou membro do Ministério Público credenciado a receber o adiantamento, no próprio formulário, no item “emitir pagamento em nome de”, implica na delegação da responsabilidade de receber, gastar e prestar contas dos recursos disponibilizados mediante depósito em conta movimento.

k) Existem datas e prazos a serem obedecidos para a utilização de adiantamentos?

Sim. Existem prazos para aplicação e prestação de contas dos adiantamentos concedidos (arts. 7° e 8°, 10 e 12 a 14 da Resolução PGJ nº 101/2002; arts. 3° e 4° da Resolução PGJ nº 36/2004). Entretanto, no mês de dezembro, em razão do encerramento do exercício, a Superintendência de Finanças é competente para alterar todos os prazos dos adiantamentos, por meio de publicação no “Minas Gerais”, de forma que as prestações de contas sejam feitas dentro do próprio exercício.

No caso de despesa miúda e de pronto pagamento, cujos adiantamentos estão limitados ao máximo de 12 (doze) por ano, a solicitação deve ser encaminhada até o dia 25 (vinte e cinco) do mês anterior ao período solicitado. Obedecido esse prazo, ainda que a área financeira não libere os recursos no primeiro dia útil do mês de vigência, essa será a data inicial considerada para fins de aplicação dos recursos, e a data final será o último dia do mês de vigência. O prazo para prestação de contas nesse caso vai até o 10º (décimo) dia útil do mês

subsequente ao da aplicação.

Em se tratando de adiantamentos que não estão vinculados ao mês de competência, como é o caso de adiantamento para aquisição de combustível para os veículos de Coordenadorias especiais ou para pagamento de despesas decorrentes de deslocamento de empregados terceirizados nas comarcas, o prazo para aplicação dos recursos é de 30 (trinta) dias contados da data da liberação no SIAFI-MG, sendo de 10 (dez) dias úteis o prazo para prestação de contas. Nesse caso, a data da liberação do recurso é informada por intermédio de ofício ao responsável pelo adiantamento.

l) Como é formalizada a prestação de contas?

A formalização da prestação de contas se faz com o encaminhamento do formulário de "Prestação de Contas de Adiantamentos Diversos" à Diretoria de Contabilidade, modelo disponível no endereço eletrônico do Ministério Público (http://www.mp.mg.gov.br): *Auxiliares > Diretoria-Geral > Superintendência de Finanças > Diretoria de Contabilidade > Formulários > Arquivos > Prestação de Contas de Adiantamentos Diversos.*

No referido formulário devem ser preenchidos os campos destinados à identificação do responsável, empenho, liquidação, pagamento e valor, além dos documentos comprobatórios da despesa. É também necessário que todo comprovante de despesa seja certificado por dois responsáveis pelo recebimento dos materiais ou serviços, devidamente identificados pelo número do MAMP, no qual conste que os mesmos foram recebidos ou efetuados em condições satisfatórias para o serviço público estadual, conforme modelo de carimbo de certificado a seguir:

> "Declaramos que os materiais/serviços foram recebidos/efetuados em condições satisfatórias para o Serviço Público Estadual em _/_/___."
> Ass. .....
> MAMP:.....
> Ass:.....
> MAMP .....
> (medidas aproximadas: 7 x 4cm)

Além disso, o documento de comprovação de despesa deverá ser emitido em nome da:

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais
CNPJ: 20.971.057/0001-45
Inscrição Estadual: Isenta
Av. Álvares Cabral, 1690 – Santo Agostinho
CEP: 30130-010 - Belo Horizonte/ MG

O formulário possui ainda, junto da prestação de contas, uma folha de continuação da identificação dos documentos encaminhados, caso o espaço da primeira página não seja suficiente.

Deve-se estar atento à devolução da importância do adiantamento não utilizada, mediante depósito em conta movimento da Procuradoria-Geral de Justiça, Banco Itaú S/A, agência 3380, conta nº 00.573-0, cujo comprovante original deve ser anexado aos demais documentos da prestação de contas.

Vale destacar que a prestação de contas somente é considerada aceita quando acompanhada do respectivo comprovante de depósito do saldo não utilizado, se houver.

Caso ocorra um gasto maior que o adiantamento, não haverá ressarcimento, pois a legislação geral veda o ressarcimento de valor gasto em excesso ao valor adiantado, no caso de adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento.

IMPORTANTE: A data de emissão do documento fiscal deverá estar dentro do período de validade do adiantamento.

m) Quais documentos poderão ser rejeitados pela Diretoria de Contabilidade / SUF na prestação de

contas?

Nos termos do art. 17 da Resolução PGJ nº 101/2002, serão rejeitados os documentos ilegíveis, rasurados e os que apresentarem discriminação genérica ou em código que impeça a adequada identificação dos bens ou serviços fornecidos; os recibos ou nota fiscal com data anterior à do registro do aviso ou da ordem de pagamento, ou posterior ao prazo estabelecido para o adiantamento do mês; os comprovantes emitidos pelo responsável pelo adiantamento; os documentos fiscais sem o certificado de recebimento no verso com duas assinaturas; notas fiscais com prazo de validade vencido, em desacordo com as normas da Fiscalização Fazendária, Estadual ou Municipal. Também não será aceita a prestação de contas sem a 1ª via de documento fiscal.

No caso específico de adiantamento de combustíveis e lubrificantes para veículos em viagem ou de reparos de veículos em viagem, também será rejeitado o documento com data de emissão anterior à de saída ou posterior à data de retorno à sede.

n) Em que situações não serão concedidos novos adiantamentos?

Não serão concedidos novos adiantamentos quando já existirem dois adiantamentos em aberto ou quando existir pendência não regularizada em adiantamento anterior; ou se a prestação de contas não for aprovada pelo Ordenador de Despesa por recomendação da Auditoria Interna; ou ainda se não houver devolução do saldo não utilizado.

A prestação de contas fora dos prazos estabelecidos pela Resolução PGJ nº 101/2002, alterada pela Resolução PGJ nº 36/2004, também impede a realização de novo adiantamento, independente de haver um único adiantamento em aberto.

o) Poderão ser utilizados adiantamentos a título de despesas com combustíveis para servidores terceirizados?

Nos termos da legislação interna da Procuradoria-Geral de Justiça, existe previsão para o oferecimento de recursos sob a forma de adiantamento para atendimento de despesas com combustíveis para servidores terceirizados.

A legislação geral prevê o adiantamento de combustíveis e lubrificantes somente para veículos em viagem.

Se o adiantamento de combustível for entregue diretamente para motorista em viagem, somente poderá ser utilizado da data de início da viagem até a data de retorno. E a prestação de contas deverá ser realizada no mesmo prazo estabelecido para a prestação de contas de diária de viagem antecipada, ou seja, 03 (três) dias úteis para servidores da Capital e 10 (dez) dias úteis para servidores do interior do Estado.

Se o adiantamento de combustível for realizado para atendimento de viagens durante um certo período, então seu prazo de aplicação é de 30 (trinta) dias, sendo de 10 (dez) dias corridos o prazo para prestação de contas, contados a partir do término do prazo de aplicação dos recursos.

p) O Formulário de "Autorização de Circulação de Veículo - ACV" deve acompanhar a prestação de contas?

Sempre que for necessário, especialmente quando se tratar de prestação de contas de adiantamentos de combustíveis ou para atender despesas com empregados terceirizados.

q) Podem ser utilizados adiantamentos a título de despesas de manutenção em imóveis?

Não objetivamente. Em virtude da atual legislação do INSS e do ISSQN, que onera os serviços com pagamento de contribuição patronal e retenção de valor devido pelo Segurado, ou mesmo de retenção para o Município referente ao ISSQN, até que ocorra vedação expressa nesse sentido, recomenda-se que não se utilize de serviços de pessoa física ou de pessoa jurídica, senão pelo processo normal de pagamento, caso em que é necessário empenho prévio e autorização formal da Superintendência de Finanças. O art. 2º, §1º, da Resolução PGJ Nº 101, de 22 de outubro de 2002, não especifica expressamente a possibilidade ou não de se utilizar os

recursos de adiantamento para cobrir despesas de manutenção em imóveis. Entretanto, várias despesas relativas à manutenção de imóveis próprios, locados ou cedidos em comodato, podem ser realizadas com recursos do adiantamento de despesa miúda e de pronto pagamento: pequenos serviços de pintura, adaptação das instalações elétricas e hidráulicas, conserto de janelas, portas e fechaduras, etc.

São vedados serviços como a contratação de mão de obra regular para limpeza e conservação, tanto se prestados por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Nestes casos, a licitação é a forma adequada de contratar e realizar despesas com a manutenção.

3.2.2.2. Diárias de Viagem

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 24, de 12 de maio de 2006* – Disciplina a concessão de diárias a membro e servidor do Ministério Público e a empregado terceirizado.
- *Resolução PGJ nº 04, de 13 de janeiro de 2007* – Acrescenta os § § 3º e 4º ao artigo 2º da Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006.
- *Resolução PGJ nº 59, de 11 de dezembro de 2007* – Altera o Anexo I da Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006.

a) O que são diárias de viagem?

As diárias têm origem no Direito Administrativo e, a princípio, possuem caráter indenizatório. As diárias são destinadas a cobrir, geralmente, despesas com pousada e alimentação, incluindo despesas com transporte urbano durante a viagem, quando decorrentes de deslocamentos para fora da sede de lotação.

São, portanto, pagamentos ligados diretamente ao deslocamento das respectivas sedes, em razão de serviço, feito pelos membros, servidores do Ministério Público e empregados terceirizados.

b) Quem tem direito a elas e quando?

Os membros, os servidores do Ministério Público e os empregados terceirizados, quando realizarem viagem a trabalho ou para participar de eventos de interesse da Instituição.

c) Quais os documentos necessários para a requisição de diárias?

Quando é requerida diária antecipada, primeiro é encaminhado o formulário de "Solicitação de Diárias de Viagem/ Passagem", para que seja providenciado o crédito dos recursos financeiros necessários antes do início da viagem. Somente depois de realizada a viagem é que o beneficiário providencia o formulário de "Prestação de Contas de Diária de Viagem", o qual contém o "Relatório de Viagem". Juntamente com este formulário devem ser encaminhados os documentos comprobatórios do deslocamento e da despesa com hospedagem, quando for o caso.

Quando a viagem já ocorreu e não foi encaminhado o formulário de "Solicitação de Diária de Viagem/ Passagem", então é necessário encaminhar a documentação completa, incluindo o "Relatório de Viagem" do formulário de "Prestação de Contas de Diária de Viagem", comprovantes de passagens ou "Autorização de Circulação de Veículo", etc.

O formulário de "Prestação de Contas de Diárias de Viagem" deverá ser certificado e assinado por membro do MP ou pela Chefia Imediata do servidor.

d) Quando e como requerer o pagamento de diárias?

A princípio, o pagamento de diária deve ser requerido antes que a viagem seja iniciada, para que se providencie o empenho em nome do beneficiário. Isto porque a despesa pública deve ser previamente empenhada, o valor correspondente ao custo da viagem fica reservado na dotação orçamentária própria e os recursos financeiros já ficam garantidos. Se o valor da diária for entregue ao beneficiário antes de iniciada a viagem, então o procedimento é definido como DIÁRIA ANTECIPADA. Entretanto, se o pagamento do valor devido pelo deslocamento ocorrer após o retorno, então o procedimento é definido como DIÁRIA VENCIDA.

O requerimento do pagamento de diárias deve ser realizado nos termos da resposta dada à pergunta anterior.

e) Como são calculadas as diárias?

O Anexo I, abaixo, é utilizado como parâmetro para o cálculo das diárias descritas na resposta anterior:

Anexo I (a que se refere art. 26, da Resolução n° 24/2006)

3.2.2.3. Despesas de Viagem

a) Poderá ser utilizado veículo próprio ou táxi para deslocamentos?

Não existe vedação para utilização de veículos não oficiais nos deslocamentos de viagens para fora da sede.

Porém, a indenização de combustível só é feita em situações excepcionais, PREVIAMENTE autorizadas pelo ordenador de despesa. Tal previsão existe desde 01/06/2006, de acordo com as disposições da nova resolução de diárias de viagem (Resolução PGJ nº 24/2006).

A referida norma não cita expressamente a palavra táxi, mas nada obsta, podendo ser inclusive o táxi.

b) Como e quando pedir reembolso da despesa para deslocamento em veículo próprio ou táxi?

Desde que previamente autorizado, o servidor ou membro do MP, após o retorno da viagem, deverá apresentar os comprovantes dos gastos realizados, juntamente com a prestação de contas de diárias de viagem. (Resolução PGJ nº 24, de 11 de maio de 2006).

c) Como é calculada a despesa para reembolso neste caso?

A indenização desse tipo de despesa de deslocamento só ocorre mediante prévia autorização, à razão de R$ 0,60 (sessenta centavos de real) por quilômetro percorrido nos termos do anexo I da Resolução PGJ Nº 24/2006.

d) O servidor ou membro poderá utilizar-se de veículo oficial para viagem?

Sim, desde que seu deslocamento seja de exclusivo interesse da Instituição.

e) Como requisitar veículo oficial?

Por ofício encaminhado ao Diretor-Geral ou ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

3.2.3. Serviços Gerais e Transporte

- 3.2.3.1. Serviços Gerais
- 3.2.3.2. Transporte

3.2.3.1. Serviços Gerais

a) O que são serviços gerais?

São serviços direcionados à manutenção predial e de equipamentos, limpeza e conservação, telefonia, reprografia, distribuição de correspondências, copa, portaria, vigilância etc.

b) A quem se dirigir, em caso de inadequação do serviço?

À Superintendência Administrativa ou à Diretoria de Serviços Gerais e Transporte, pelos telefones (31) 3330-8128 / (31) 3330-8143.

c) É permitido aos funcionários contratados por meio de empresa terceirizada trabalhar em regime extraordinário?

Não. O atual contrato não prevê o pagamento de horas-extras.

d) É permitido aos funcionários contratados trabalhar em função diversa daquela para a qual foi designado?

Não. A modificação das funções originais caracteriza desvio de função, podendo acarretar sérios problemas trabalhistas à Procuradoria-Geral de Justiça.

- 3.2.3.1.1. Cópias Reprográficas
- 3.2.3.1.2. Serviço Postal Telegráfico
- 3.2.3.1.3. Serviço de Telefonia
- 3.2.3.1.4. Solicitação de Serviços de Manutenção
- 3.2.3.1.5. Manutenção Preventiva

3.2.3.1.1. Cópias Reprográficas

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 103, de 22 de novembro de 2005* – Racionaliza gastos com materiais de informática, de escritório, gráfico, combustível, manutenção de veículos na Procuradoria-Geral de Justiça e dá outras providências (art. 19, inciso III).
- *Resolução PGJ nº 36, de 27 de abril de 2004* – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências (art. 1º).
- *Resolução PGJ nº 43, de 02 de junho de 2004* – Altera dispositivos da Resolução nº 101, de 24 de outubro de 2002 e dá outras providências (art. 1º).

a) Como solicitar cópias reprográficas?

A solicitação de cópias reprográficas deverá ser feita por meio do formulário de "Requisição de Fotocópias", obtido no Almoxarifado, devidamente preenchido e assinado pelo responsável da unidade demandante.

b) Outras pessoas podem utilizar este serviço?

Apenas em casos excepcionais e desde que ressarcidos os valores do custo por cópia, como, por exemplo, cópias de editais, processos, ou outros documentos de interesse da pessoa relativos aos trabalhos desenvolvidos no Ministério Público. É vedada expressamente a utilização do serviço reprográfico para cópias particulares não relacionadas aos trabalhos desenvolvidos no Ministério Público.

c) Como é realizado o controle diário do número de cópias reprográficas?

O controle diário do número de cópias reprográficas é realizado por meio do formulário de "Requisição de Fotocópia", juntamente com a leitura dos registros de cópias constantes nos equipamentos.

d) Como é feita a prestação de contas?

Para os equipamentos locados, a leitura mensal da quantidade de cópias efetuadas deve ser encaminhada em formulário próprio à empresa contratada, por fax, e à Diretoria de Serviços Gerais e Transportes, pelo fax (31) 3330-8183.

Para os usuários do convênio com o Tribunal de Justiça, a quantidade de cópias efetuadas deve ser encaminhada, trimestralmente, por ofício, à Diretoria de Material e Patrimônio.

Em caso de contratos com terceiros, o formulário, obtido da empresa contratada, deve ser encaminhado a ela por meio de fax, com a leitura mensal da quantidade de cópias efetuadas. Em seguida, a contratada emitirá as respectivas faturas, enviando-as à Superintendência Administrativa.

Em caso de máquina própria da Procuradoria-Geral de Justiça, o coordenador da unidade na qual o equipamento se encontra é responsável pelo controle da quantidade de cópias efetuadas.

e) De quem é a responsabilidade pelo controle de cópias reprográficas?

É do responsável de cada unidade administrativa ou da pessoa por ele designada.

f) Como solicitar materiais e suprimentos para as máquinas de reprografia?

Para os equipamentos locados, o pedido deve ser direcionado à empresa contratada por meio de fax ou telefone.

Para os equipamentos próprios da Procuradoria-Geral de Justiça, o pedido deve ser encaminhado ao Almoxarifado por meio de formulário próprio.

g) Caso a máquina apresente defeitos, como proceder?

Tratando-se de equipamentos locados, deve-se verificar o número de série do equipamento e contatar imediatamente a empresa contratada.

Se o equipamento for próprio da Procuradoria Geral de Justiça, deve-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais, para que esta providencie a solução com a empresa de manutenção contratada.

3.2.3.1.2. Serviço Postal Telegráfico

Legislação pertinente:

- *Resolução PGJ nº 101, de 22 de novembro de 2005* – Otimiza o uso de postagens de correspondências no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- *Resolução PGJ nº 13, de 26 de fevereiro de 2004* – Dispõe sobre critérios de determinação dos valores das despesas postais.

a) Qual o limite mensal por Promotoria de Justiça ou Unidade Administrativa?

- Comarcas de Entrância Especial: valor fixo de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais), acrescido de R$50,00 (cinquenta reais) para cada Promotoria de Justiça instalada a partir da segunda Promotoria;
- Comarcas de Segunda Entrância: valor fixo de R$ 200,00 (duzentos reais), acrescido de R$40,00 (quarenta reais) para cada Promotoria de Justiça instalada a partir da segunda Promotoria;
- Comarcas de Primeira Entrância: valor fixo de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

b) O que fazer se o limite mensal for excedido?

O limite excedido deverá ser justificado, por ofício, à Diretoria-Geral.

c) Que tipos de postagem devem ser utilizados?

Deve-se utilizar carta simples, carta registrada, carta registrada com Aviso de Recebimento (AR) e SEDEX, observando a Resolução PGJ nº 101, de 22 de novembro de 2005.

d) Quando a correspondência deve ser registrada ou registrada com AR?

A correspondência deve ser registrada quando houver a necessidade de comprovação oficial de recebimento, permitindo o acompanhamento da sua movimentação por meio do número do registro.

A utilização dos serviços de AR e de carta registrada é restrita ao envio de contratos, processos administrativos e judiciários, intimações e notificações, observada a avaliação do titular da Promotoria de Justiça ou dos Coordenadores das unidades.

e) Que observar quanto à preparação de expedientes a serem postados?

Deve-se observar o envelopamento, a embalagem e a etiquetagem, conforme as normas definidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Além disso, precisam ser tomados os seguintes cuidados:

- Separar os documentos por assunto;
- Remeter os documentos endereçados à Procuradoria-Geral de Justiça em um único envelope;
- Não encaminhar os requerimentos e outros assuntos juntamente com os processos.

3.2.3.1.3. Serviço de Telefonia

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 102, de 22 de novembro de 2005* – Racionaliza o uso do serviço de telefonia no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

a) Quais os limites de gastos com telefonia a serem observados?

De acordo com os limites fixados na Resolução nº 102/2005, de 22 de novembro de 2005:

- as Promotorias de Primeira Entrância dispõem de R$120,00 (cento e vinte reais);
- as Promotorias de 2ª Entrância dispõem de R$130,00 (cento e trinta reais);
- as Promotorias de Entrância Especial e outras unidades administrativas dispõem de R$150,00 (cento e cinquenta reais).

Em todos os casos, o limite se aplica a cada ramal disponível, e os valores fixados devem ser acrescidos do valor da assinatura.

b) Como requerer instalação de linhas telefônicas ou extensões?

As extensões devem ser solicitadas à Diretoria de Serviços Gerais e Transporte/ Manutenção, por correio eletrônico, desde que não impliquem em custo adicional à PGJ.

No interior, havendo custo adicional, é necessário fazer três orçamentos e, em seguida, encaminhar o requerimento, por ofício, à Central de Atendimento às Promotorias. Na Capital, basta encaminhar o pedido por ofício à Central de Atendimento às Promotorias, quando se tratar de Promotorias de Justiça, ou à Diretoria-Geral, quando for caso de Unidades Administrativas. Se houver dúvida, pode-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

Quanto à solicitação de nova linha telefônica, o procedimento deverá ser o mesmo indicado acima. Nos requerimentos mencionados, devem constar a justificativa, as linhas já existentes e o número de usuários.

c) O que não é permitido na utilização dos serviços de telefonia fixa?

- Ligações para celulares, DDD e DDI, salvo se o ramal estiver autorizado;
- Recebimento de ligações a cobrar;
- Ligações para telegrama fonado, serviços 0900, anúncios fonados, consulta à lista e similares.

3.2.3.1.4. Solicitação de Serviços de Manutenção

a) Quais os serviços de manutenção prestados pela PGJ?

- Manutenção preventiva e corretiva em elevadores, sistema de ar condicionado (central, split, multisplit, tipo janela), pára-raios, equipamento de No Break, portões de garagem e cancelas, cercas elétricas e subestações;
- Instalação, manutenção preventiva e corretiva em central de PABX, rede de telefone, rede lógica, rede elétrica e rede hidro-sanitária;
- Os serviços mencionados são executados em imóveis próprios ou locados.

b) Em quais equipamentos a PGJ faz manutenção?

A PGJ realiza a manutenção em todos os equipamentos mencionados na resposta acima. A execução dos trabalhos é efetuada pela própria equipe da Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, ou por contratação de empresas especializadas.

Na Capital, em se tratando de manutenção em ar-condicionado ou elevador, a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção deverá ser comunicada para solucionar o problema.

c) Como proceder em caso de solicitação de serviços e pequenas reformas de manutenção em imóveis?

São dois os procedimentos:

- Imóvel próprio ou locado: a solicitação, por ofício, deve ser encaminhada à Superintendência Administrativa para análise da viabilidade de atendimento.
- Dentro do prédio do Fórum: primeiramente, deve-se analisar com a direção do Fórum se a responsabilidade é do Tribunal de Justiça ou da PGJ. Caso a responsabilidade seja da PGJ, deve ser encaminhado o pedido da reforma, juntamente com a autorização do Diretor do Fórum, à Superintendência Administrativa.

d) Após a conclusão do serviço, quais os procedimentos a serem adotados em relação à nota fiscal?

A nota fiscal deve ser atestada, conforme o modelo abaixo, pela unidade/Promotoria de Justiça e conter assinatura do membro e de um servidor, e, logo em seguida, ser encaminhada, por ofício, à Superintendência Administrativa.

> Modelo de Atestado
>
> Atestamos que os
>
> Serviços.....
>
> Materiais.....
>
> Foram recebidos em condições satisfatórias em …./…./….
>
> .....
>
> Nome legível – MAMP
>
> .....

> Nome legível – MAMP

e) Como proceder em caso de solicitação de ampliação ou reformas?

O interessado deve encaminhar a solicitação, por ofício, à Central de Atendimento às Promotorias ou à Diretoria-Geral, a fim de que seja feita a análise do pedido.

f) Como proceder em caso de defeitos no sistema telefônico?

Sistema RVI – Rede Virtual Integrada: primeiramente, faz-se necessário verificar se o problema é na rede ou no aparelho. Para isso, basta testar o aparelho em outro ponto ou utilizar outros aparelhos.

Após o teste, comunicar com a empresa prestadora do serviço, solicitando a correção do problema.

Central Telefônica: deve-se solicitar o serviço de reparo entrando em contado com a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

3.2.3.1.5. Manutenção Preventiva

a) O que é manutenção preventiva?

Manutenção preventiva é a ação executada por profissional habilitado, efetuando o ajustamento e as correções dos equipamentos, com o objetivo de prolongar a vida útil do bem e evitar riscos de acidentes e danos.

b) Como proceder em caso de manutenção preventiva de instalações elétricas?

A manutenção preventiva de instalações elétricas é feita pelos técnicos da Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, que verificam as instalações por meio de inspeções visuais, reapertos, medições de grandezas elétricas e instalações de novos equipamentos de proteção, se necessário.

Em caso de dúvida ou solicitação de modificação nas instalações elétricas, deve-se contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção no ramal 8165.

IMPORTANTE: antes da instalação de um novo equipamento, contatar a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, a fim de analisar a compatibilidade com a rede elétrica.

c) Como proceder em caso de manutenção de instalações hidráulicas?

A manutenção de instalações hidráulicas é realizada pela Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção, que verifica a presença de vazamentos, o funcionamento de bombas e providencia a troca de filtros para bebedouros. Portanto, a solicitação desses serviços deve ser feita diretamente à Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

d) Como proceder em caso de manutenção de aparelhos de ar-condicionado?

- Ar-condicionado de janela: a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção ou a empresa contratada realiza inspeções mensais, avaliando o bom funcionamento do equipamento. O usuário deve proceder à limpeza dos filtros semanalmente ou quinzenalmente, retirando-os e lavando em água corrente.
- Sistema Central: são examinados os quadros de comando, atuações, torre, bombas e demais componentes do sistema.

Nos edifícios da PGJ, José Campomizzi Filho e Castellar Modesto Guimarães, o serviço é realizado por um operador fixo da empresa contratada. Nos demais endereços, um usuário designado deverá efetuar o serviço. Em caso de dúvida, entrar em contato com a Diretoria de Serviços Gerais e Transportes/ Manutenção.

e) Como proceder em caso de serviço de prevenção e combate a incêndio?

Existem brigadas ativas e treinadas em todos os recintos da Capital. Quanto ao interior, para maiores informações, contatar a Coordenadoria de Planejamento Institucional.

3.2.3.2. Transporte

Legislação pertinente: *Resolução PGJ nº 103, de 22 de novembro de 2005* – Racionaliza gastos com materiais de informática, de escritório, gráfico, combustível, manutenção de veículos na Procuradoria-Geral de Justiça e dá outras providências.

a) Como proceder em caso de abastecimento?

Os abastecimentos devem ser feitos por meio da emissão de guias próprias na Diretoria de Serviços Gerais e Transporte ou nas unidades onde existam veículos à disposição.

Devem constar nas guias:

- a placa do veículo;
- a quilometragem registrada no hodômetro;
- a quantidade de combustível;
- as assinaturas do responsável pelo setor, do motorista e do funcionário executor dos serviços.

Há um convênio entre Procuradoria-Geral de Justiça e Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) para veículos do interior e da Capital, para que o combustível fornecido, via contrato, seja colocado nos tanques da PMMG. Assim, o abastecimento é feito diretamente nesses tanques, por bombas próprias, e o respectivo controle do saldo executado mensalmente.

Entretanto, nas comarcas do interior que possuem um veículo de prestação de serviços, mas não dispõem de batalhão da PMMG com bomba de combustível própria, deve-se solicitar ao Diretor-Geral, por ofício, a celebração de contrato com posto de combustível, para fornecimento do produto.

b) Como se deve fazer a manutenção?

A manutenção deve ser feita nas oficinas contratadas pela PGJ, sendo a preventiva efetuada a cada 10.000 km, e a corretiva quando necessário.

c) Como fazer a requisição de veículos?

As requisições devem ser feitas num prazo de 24 horas de antecedência, para atendimentos na região metropolitana de Belo Horizonte, e de 48 horas, para as demais localidades.

Quando se tratar de viagem fora do município, a requisição deve ser feita por meio de ofício dirigido ao Diretor-Geral. No caso de deslocamentos dentro da região metropolitana, o agendamento é feito com a Diretoria de Serviços Gerais e Transporte, por telefone.

3.2.4. Informática

Legislação pertinente: *Instrução Normativa DG nº 3, de 1º de outubro de 2002* – Disciplina utilização dos recursos de informática à disposição dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas.

a) Como é feita a assistência técnica nos equipamentos?

Deve-se entrar sempre em contato com o tele-suporte da Diretoria de Informática (DINF), pelos números (31) 3330-8228 / (31) 8123-8173, a fim de obter orientações acerca de conserto, garantia etc. Além disso, quaisquer dúvidas ou dificuldade em relação ao uso de equipamentos de informática, acesso à internet, troca de cartuchos etc, também devem ser solucionadas por intermédio do tele-suporte.

Nos casos de equipamentos *fora* do prazo de garantia, as manutenções são realizadas somente na DINF, pelos técnicos desta diretoria, e o transporte dos equipamentos, devidamente embalados (bolas de papel, isopor etc.), deverá ser efetuado por meio de SEDEX ou pelo portador.

Nos casos de equipamentos *dentro* do prazo de garantia, os servidores da Diretoria de Informática, após receberem a reclamação do usuário sobre o defeito, contatarão a empresa fornecedora, para que esta preste a assistência técnica no local onde se encontrar o equipamento.

Envio dos equipamentos:

- Impressoras – devem ser enviadas à Diretoria de Informática (DINF), para que se providencie a manutenção;
- Estabilizadores de Tensão – devem ser enviados à Diretoria de Material e Patrimônio (DMAP), para que se efetue a troca e a devolução.

b) Como é feito o acesso à Internet?

Cada membro ou servidor do Ministério Público possui usuário e senha de acesso à Internet para uso institucional. A senha permitirá o acesso às áreas restritas Intranet, Extranet e Sistemas Corporativos. Para obtê-la, o membro ou o servidor deve entrar em contato com a Diretoria de Informática.

O acesso à Internet é oferecido de duas formas: Banda Larga ou Acesso Discado, sendo a primeira oferecida em todas as comarcas nas quais existe o serviço disponível, enquanto nas demais o acesso é discado.

Nas comarcas com Banda Larga:

O serviço de Banda Larga nas comarcas de Segunda Entrância e de Entrância Especial é oferecido por uma empresa terceirizada, devendo o usuário contatar, em caso de problemas na conexão, a Diretoria de Informática, para que esta providencie a solução.

Já nas comarcas de Primeira Entrância, nas quais o serviço de Banda Larga é contratado com fornecedores locais, o usuário também poderá contatá-los diretamente.

Nas comarcas com Acesso Discado:

Nas comarcas de Primeira Entrância nas quais se utilizam os serviços de Acesso Discado, o tempo máximo de acesso oferecido é de 20 horas por Promotor e 10 horas para a comarca.

c) Quais são os programas que a Procuradoria-Geral de Justiça oferece às comarcas?

Os programas oferecidos às comarcas são:

- Antivírus;
- Editor de textos.

Nos equipamentos mais novos é instalado um software gratuito e completo, com planilha de cálculo.

IMPORTANTE: A Procuradoria-Geral de Justiça não se responsabiliza por softwares que não foram instalados pela Diretoria de Informática.

No endereço eletrônico institucional do Ministério Público (http://www.mp.mg.gov.br), encontram-se disponíveis alguns sistemas como, por exemplo, o Sistema de Registro Único (SRU), o Relatório Mensal, o Sistema de Apoio à Central de Atendimento às Promotorias de Justiça (SISCAP), o Sistema de Apoio à Fiscalização do Procon Estadual (SAP) e outros. Para acessá-los, é necessário solicitar à Diretoria de Informática o cadastro do usuário e da senha.

d) Quais cuidados devem ser tomados com os equipamentos e serviços de informática?

- Em caso de necessidade de manutenção, é proibido efetuar reparos sem autorização da Diretoria de Informática e encaminhar os equipamentos para os fornecedores sem a orientação prévia do tele-suporte.
- Sempre ligar e desligar os equipamentos corretamente.
- Procurar atualizar o antivírus com freqüência, preferencialmente em todas as semanas. Os arquivos de atualização podem ser obtidos na página da PGJ ou no endereço eletrônico do fornecedor. Na Capital, a atualização é realizada automaticamente pela rede.
- Em caso de dúvida, nunca acessar o correio eletrônico, o link no conteúdo da mensagem ou o seu anexo, quando não tiver conhecimento prévio do assunto e do remetente.
- Não permitir a retirada dos equipamentos da Promotoria de Justiça sem autorização da Diretoria de Informática, nem mesmo pelas empresas responsáveis pela manutenção.
- Não instalar software sem autorização da Diretoria de Informática.
- Acessar somente os endereços eletrônicos relacionados ao trabalho.
- Seguir as orientações de uso dos recursos da informática, contidas na Instrução Normativa DG nº 3, de 1º de outubro de 2002.

e) Quem pode ter correio eletrônico institucional?

O correio eletrônico institucional está autorizado aos membros, à Secretaria de Promotoria e aos servidores cuja rotina de trabalho exige o seu uso. O cadastramento é feito pelo tele-suporte.

IMPORTANTE: a utilização do correio eletrônico é estritamente para fins de trabalho.

Regras básicas para o bom uso do correio eletrônico:

- Mensagens institucionais devem ser transmitidas por contas “@mp.mg.gov.br”.
- Utilize o correio eletrônico somente para mensagens de caráter institucional.
- Evite enviar mensagens não solicitadas, em massa, a destinatários que não requisitaram a informação.
- Antes de enviar uma mensagem, verifique a utilidade do conteúdo, o interesse do destinatário ou do grupo.
- Evite propagar mensagens sobre ameaças digitais, pessoas desaparecidas, solicitação de ajuda ou golpes praticados em determinada região.
- Evite acessar ou atender as solicitações contidas em uma mensagem duvidosa.
- Procure informações a respeito da origem das mensagens recebidas.
- Evite manter senhas pré-gravadas.

- Desligue as opções que permitem visualizar instantaneamente as mensagens recebidas.
- Não utilize o correio eletrônico para enviar mensagens sigilosas, sem a utilização de criptografia forte e certificação digital.
- Não responda a mensagens que solicitem senhas ou que relatem problemas de cadastro.
- Em caso de transferência de arquivos para o computador – *download* – utilize somente endereços eletrônicos confiáveis.

4. Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Institucional

Autor/Organizador: *Fernando Antônio Fagundes Reis (ex-Procurador de Justiça)*

A Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Institucional consiste em uma unidade da Procuradoria-Geral de Justiça, cabendo-lhe desenvolver atividades de cooperação com os órgãos internos e externos ao Ministério Público estadual, além de assistir ao Procurador-Geral de Justiça em suas representações funcionais e sociais.

Nesse sentido, auxilia na promoção da integração dos órgãos de execução, buscando estabelecer uma ação institucional uniforme a partir do relacionamento e da articulação com a sociedade civil organizada, tendo como parâmetro a realização e o acompanhamento das audiências públicas promovidas pelo Ministério Público.

Nos termos da Lei Complementar estadual nº 66, de 22 de janeiro de 2003, e da Resolução PGJ nº 35, de 30 de maio de 2005, incumbe-lhe promover a interlocução com os Poderes do Estado e outras instituições que tenham por objeto a atuação em áreas de interesse do Ministério Público, como também com os diversos segmentos da sociedade.

Exerce também um trabalho de acompanhamento das proposições legislativas de interesse do Ministério Público, prestando, para tanto, assistência ao Procurador-Geral de Justiça.

Contribui, ainda, na promoção de análises e temas de natureza político-institucional e de programas de cooperação com órgãos públicos e privados.

Por fim, edita a revista Rede, publicação voltada para a divulgação das ações institucionais do Ministério Público, bem como para a discussão de temas de interesse do mesmo teor.

5. Chefia de Gabinete

Autores/Organizadores:
Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt
Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

A Chefia de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça exerce, há muitos anos, importante e dinâmico papel na estrutura da Administração Superior do Ministério Público, sendo responsável pela interlocução com os Promotores de Justiça de todo o Estado. Os encargos são tão diversos quantas são as atribuições constitucionais e legais de nossa instituição. Procura-se, através de atendimento diário, evitar que haja solução de continuidade nos serviços prestados em cada comarca, empregando os meios humanos e materiais disponíveis. Deve-se lembrar que o ingresso de novos membros na instituição ocorre de forma moderada, observados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como Minas Gerais conta com 183 comarcas de 1ª entrância, 88 de 2ª entrância e 25 de entrância especial, torna-se necessário manter a atual política, que visa garantir que o Ministério Público esteja presente em cada ponto e região do Estado.

Não obstante as dificuldades hoje constatadas, pode-se afirmar, sem receio de erro, que muito evoluímos nos últimos anos e que, em breve, será possível alcançar maior nível de provimento nas pequenas comarcas, conclusão de um trabalho de planejamento que conjuga racional distribuição de membros e servidores da instituição.

Atribuições de Chefia de Gabinete previstas na Resolução PGJ nº 35/2005

> "[...]
> I - sob orientação do Procurador-Geral de Justiça, coordenar o serviço dos órgãos de execução do Ministério Público na 1ª instância;
>
> II - designar Promotores de Justiça para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo recair a escolha, preferencialmente, sobre órgão de execução com atribuição para, em tese, oficiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços;
>
> III - designar Promotores de Justiça para assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular do cargo, ou, em caso de excepcional volume de feitos, com o consentimento deste;
>
> IV - designar Promotores de Justiça para propor ação de perfilhação compulsória;
>
> V - designar outro Promotor de Justiça para funcionar em feito determinado de atribuição do titular, com concordância deste;
>
> VI - autorizar, na forma da lei, o Promotor de Justiça a ausentar-se da Promotoria de Justiça, justificadamente, pelo prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis;
>
> VII - designar Promotores de Justiça para plantões em finais de semana, em feriados ou em razão de outras medidas urgentes;
>
> VIII - elaborar a escala de férias individuais dos Promotores de Justiça, assegurando a continuidade do serviço;
>
> IX - conceder férias, férias-prêmio, licenças e afastamentos previstos em lei aos Promotores de Justiça;
>
> X - promover a indicação, ao Procurador Regional Eleitoral, dos Promotores Eleitorais, nos termos das

> Resoluções PGJ nº 10/01 e nº 43/01;
>
> XI - formular a minuta da movimentação, inclusive eleitoral, da escala anual de férias e de licença especial dos membros do Ministério Público, encaminhando-a ao Procurador-Geral de Justiça, para decisão;
>
> XII - exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça, inclusive a de representação.[...]"

Atribuições Correlatas

- 1. Planejar a racional e eficiente distribuição dos membros do Ministério Público entre as comarcas existentes no Estado de Minas Gerais, verificando, com base em parâmetros objetivos, a necessidade de instalação e provimento de cargos;
- 2. assegurar, através da designação de Promotores de Justiça substitutos ou, não sendo possível, por meio da designação de membros titulares de comarcas próximas, a existência de um representante do Ministério Público para cada comarca do Estado;
- 3. propor e planejar, em conjunto com os integrantes de cada comarca, divisão de atribuições que resulte em atuação proporcional e eficiente de cada órgão de execução;
- 4. formular proposta de divisão de atribuições para deliberação pela Câmara de Procuradores de Justiça, na hipótese de inexistência de consenso entre os membros do Ministério Público integrantes de determinada comarca;
- 5. elaborar normas, resoluções e atos relativos às atividades da Chefia de Gabinete, tais como regime de férias, plantões, designação para função eleitoral e autorizações para moradia fora da comarca;
- 6. autorizar ou não o afastamento de membros do MP de suas funções, nas hipóteses de férias, compensações, deslocamento para fora do país, comparecimento a seminários, congressos e congêneres;
- 7. receber e encaminhar aos órgãos próprios da instituição requerimentos e expedientes diversos;
- 8. atender os membros do MP, procurando viabilizar, com base nos recursos existentes, suas atividades funcionais nas hipóteses de acumulação de atribuições, excesso de encargos ou atraso justificado de serviço;
- 9. providenciar a publicação de portarias e atos, designando membros da instituição para atuação conjunta nas questões multidisciplinares.

Parâmetros de Atuação

- 1. Movimentação na carreira, instalação e provimento de cargos, observando as necessidades de todos os quadrantes do Estado, de forma a assegurar proporcional distribuição dos membros em atividade e evitar esvaziamento de determinadas regiões;
- 2. proceder à instalação de novos cargos com base em indicadores objetivos, tais como população, número de municípios da comarca, volume de serviço judicial e extrajudicial;
- 3. publicação de editais para provimento de cargos vagos quando inviável nova distribuição de atribuições entre Promotorias de Justiça já existentes, de forma a atender às necessidades da comarca;

- 4. possibilidade de resolução dos problemas de sobrecarga de serviço por meio da estruturação da Promotoria de Justiça com pessoal de apoio, no caso, servidores do quadro permanente (Analistas e Oficiais);
- 5. atendimento, desde que compatível com as necessidades institucionais, das demandas individuais referentes a afastamentos, apoio funcional e questões similares;
- 6. permanente consulta à Corregedoria-Geral do MP sobre questões funcionais, acúmulo de atribuições e situações que demandem esforços para preservar a regularidade do serviço dos órgãos de execução e imagem da instituição;
- 7. interlocução com os Centros de Apoio Operacional para constituição de grupos de atuação em áreas específicas;
- 8. abordagem objetiva das questões institucionais, de forma a resolver e prevenir conflitos internos.

Metas

- 1. Obter − por meio de uma distribuição racional dos membros em atividade no estado − divisão proporcional de atribuições entre os órgãos de execução e estruturação das Promotorias de Justiça com pessoal de apoio, visando maior eficiência funcional, de forma a atender à demanda proveniente das múltiplas áreas de atuação da instituição;
- 2. otimizar os recursos humanos e materiais existentes, diante da limitação de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

6. Secretaria-Geral

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Élida de Freitas Rezende* [1)]

A Secretaria-Geral figura entre os órgãos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça (LC nº 34/94, art. 88, inciso III) sendo dirigida por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, em atividade ou não. À Secretaria-Geral cabe, entre outras atribuições, a organização dos expedientes administrativos encaminhados à chefia da instituição (LC nº 34/94, art. 91).

O Procurador-Geral de Justiça, por meio da Resolução PGJ nº 35/2005, conferiu ao Secretário-Geral as seguintes atribuições:

- despachar os expedientes de rotina afetos à Chefia da Instituição;
- despachar diretamente com o Procurador-Geral de Justiça os assuntos de relevância institucional;
- promover a integração entre os órgãos da Administração Superior e destes com o Procurador-Geral de Justiça;
- preparar os expedientes que devam ser levados à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público e à Câmara de Procuradores de Justiça;
- analisar os expedientes e procedimentos referentes a matérias de interesse da instituição e de seus membros, dando conhecimento ao Procurador-Geral de Justiça e aos Procuradores-Gerais de Justiça Adjuntos;
- coordenar e supervisionar os serviços administrativos da Secretaria-Geral;
- expedir ordens e instruções internas para o bom funcionamento dos serviços da Secretaria-Geral;
- preparar os atos administrativos do Procurador-Geral de Justiça;
- receber e promover a triagem de todas as correspondências endereçadas ao Procurador Geral de Justiça, inclusive as enviadas por meio eletrônico;
- acompanhar os trabalhos do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPG);
- prestar as informações oficiais da Administração Superior aos meios de comunicação na ausência do Procurador-Geral de Justiça;
- coordenar e supervisionar os serviços afetos à Assessoria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral de Justiça, inclusive o Cerimonial;
- coordenar e supervisionar os serviços afetos à Secretaria dos Órgãos Colegiados, expedindo ordens e instruções internas para o seu bom funcionamento;
- autorizar despesas e, conjuntamente com o responsável pelo setor financeiro da Procuradoria-Geral de Justiça, assinar documentos de natureza financeira, inclusive cheques de pagamentos, na ausência ou no impedimento do Procurador-Geral de Justiça, do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico, do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo ou do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional;
- exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Entre as atuais atribuições da Secretaria-Geral, ante a manifesta complexidade, merecerá maior detalhamento neste manual a coordenação da área de comunicação social da Procuradoria-Geral de Justiça e da Secretaria dos Órgãos Colegiados.

Unidades
Superintendência de Comunicação Integrada (SCI)

A Superintendência de Comunicação Integrada (SCI) tem como finalidade planejar, coordenar, controlar, promover e avaliar as atividades de comunicação social do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), nos âmbitos interno e externo. Subordinada técnica e administrativamente à Secretaria-Geral, a SCI é regulada pela Resolução PGJ nº 46, de 26 de julho de 2012, alterada pela Resolução PGJ nº 22, de 26 de abril de 2013.

São competências da SCI:

- desenvolver, implementar e avaliar a política de comunicação social no âmbito do MPMG;
- assessorar, em matéria de comunicação social, o Procurador-Geral de Justiça, os Órgãos de Execução e as unidades organizacionais da instituição;
- planejar, coordenar, avaliar e assegurar a execução das atividades concernentes a jornalismo, relações públicas, cerimonial e publicidade institucionais;
- zelar pela organização, controle e conservação do acervo multimídia composto por material audiovisual e fotográfico;
- analisar e homologar o plano publicitário institucional e o plano de contingência para enfrentamento de situações de crises de imagem;
- avaliar programas de relacionamento com os públicos interno e externo e de aproximação da instituição com a sociedade;
- manter intercâmbio com a área de comunicação social de outros órgãos;
- propor convênios na área de comunicação social e realizar outras atividades correlatas que lhe forem delegadas.

A SCI tem a seguinte estrutura:

- I. Diretoria de Imprensa (DIMP) e Divisão de Multimídia (DIMID);
- II. Diretoria de Relações Públicas e Cerimonial (DRPC);
- III. Diretoria de Publicidade Institucional (DPBI).

O papel da DIMP é planejar, coordenar, controlar, executar e avaliar as atividades relativas à imprensa e à produção de conteúdos para televisão, rádio e internet. Entre essas atribuições, destacam-se:

- a divulgação de matérias jornalísticas nos veículos de comunicação;
- a cobertura fotográfica e jornalística em eventos de interesse institucional;
- a produção de informativos de circulação interna, boletins e outras publicações de interesse institucional voltadas para os membros e servidores da instituição.

Integrada à DIMP, a Divisão de Multimídia (DIMID) tem como finalidade planejar, coordenar, promover e avaliar a produção de programas para veiculação em emissoras de televisão ou via internet. Entre as atribuições estão a produção de conteúdo de áudio e vídeo relativo às matérias de interesse institucional e a organização da

informação do portal de internet do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A DRPC tem como tarefas planejar, coordenar, orientar, executar e avaliar as atividades relacionadas ao cerimonial institucional e às relações públicas do MP. Entre outras funções, compete a esta Diretoria:

- desenvolver programas de relacionamento com os públicos interno e externo e de aproximação da instituição com a sociedade;
- promover a realização dos eventos e solenidades de interesse institucional;
- registrar e manter atualizados os eventos externos do Procurador-Geral de Justiça, bem como acompanhá-lo em solenidades, eventos e atos oficiais e protocolares de que participe institucionalmente.

A DPBI, por sua vez, deve planejar, coordenar, orientar, executar e avaliar as atividades de publicidade e propaganda institucionais na esfera do MPMG. Entre as atribuições desta Diretoria, estão:

- o planejamento e a criação de material publicitário impresso e digital para fins institucionais;
- o acompanhamento de trabalhos de pré-impressão, impressão e pós-impressão de material publicitário confeccionado por gráfica;
- a elaboração de plano publicitário institucional voltado aos públicos interno e externo;
- o desenvolvimento e aplicação da identidade visual, bem como a programação visual para a instituição.

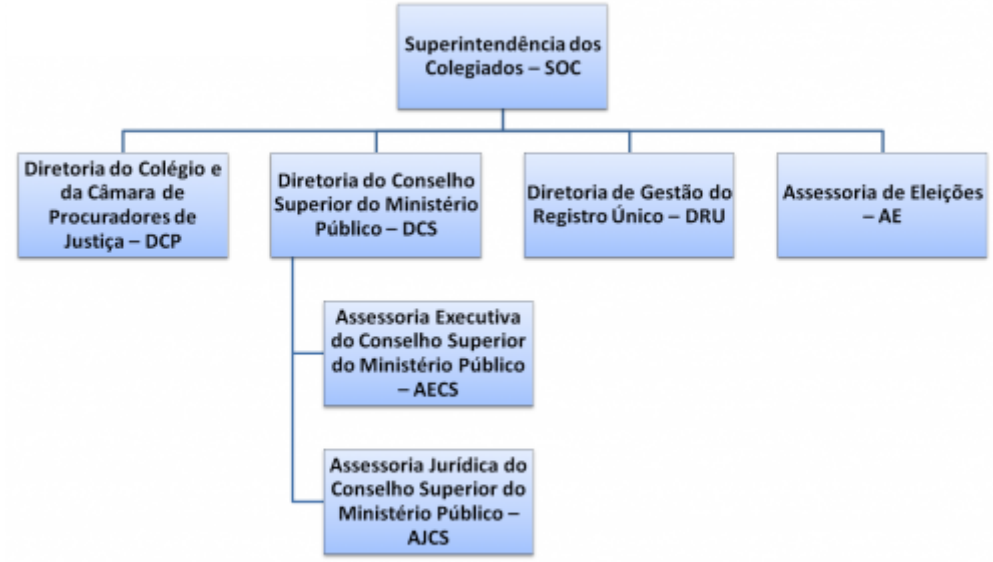
Superintendência dos Órgãos Colegiados da Administração Superior do Ministério Público (SOC)

Além da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público, são órgãos da Administração Superior do MP: o Colégio de Procuradores de Justiça, o seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público.

Esses Órgãos Colegiados dispõem de uma unidade administrativa de apoio – a Superintendência dos Órgãos Colegiados (SOC) –, subordinada técnica e administrativamente à Secretaria-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça e estruturada, para maior eficiência, com coordenadorias e assessorias. Além da prestação de serviços aos Órgãos Colegiados, a SOC é responsável pela gerência do Sistema de Registro Único (SRU) e pelas eleições que ocorrem no âmbito da Administração Superior do MPMG.

A SOC é subdividida – conforme consta no organograma a seguir – nas seguintes unidades:

- Diretoria do Colégio e da Câmara de Procuradores de Justiça (DCP);
- Diretoria do Conselho Superior do Ministério Público (DCS) – composta pela Assessoria Executiva (AECS) e Assessoria Jurídica do Conselho Superior (AJCS);
- Diretoria de Gestão do Registro Único (DRU) e Assessoria de Eleições (AE).



Verifique a Estrutura Orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça.

Entre as diversas atribuições da DCP, destacam-se prestar assessoria e secretariar as sessões ordinárias do Órgão Colegiado – realizadas às segundas e quartas-feiras de cada mês –, bem como as sessões extraordinárias e solenes. A Diretoria é responsável, também, por toda a tramitação dos feitos de competência do Colégio e da Câmara de Procuradores de Justiça, desde a interposição do recurso ou apresentação da proposta até a decisão final do Órgão Colegiado, cujos membros recebem auxílio da DCP com pesquisa de legislação, jurisprudência e doutrina, análise de questões incidentais, tais como impedimento dos membros para o julgamento de recursos e demais expedientes, tempestividade e cabimento jurídico dos requerimentos.

A DCS tem como principais atribuições assessorar e secretariar as sessões ordinárias e extraordinárias do Conselho Superior, em sua composição plenária ou nas turmas julgadoras. Ela assiste os membros desse órgão nas atividades relacionadas à movimentação na carreira – por meio de promoções e remoções –, sendo responsável também pelo registro, organização e acompanhamento dos processos de vacância e provimento de vagas no MPMG, da elaboração das listas sêxtuplas para preenchimento de vagas destinadas ao Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, bem como das listas tríplices para escolha do representante dos Ministérios Públicos estaduais na composição do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

A Assessoria Executiva responsabiliza-se pelo controle de toda a tramitação dos inquéritos civis e procedimentos preparatórios, notícias de fato, relatórios de estágio probatório de Promotores de Justiça e demais processos e expedientes submetidos à apreciação do egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

O Conselho Superior conta ainda com o apoio de sua Assessoria Jurídica, integrada por um corpo de Analistas que elaboram minutas de votos dos inquéritos civis e procedimentos preparatórios, sujeitos à deliberação do Órgão Colegiado. A AJCS realiza, além disso, pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais e elabora minutas de acórdãos das decisões do Órgão Colegiado.

Empenhada em proporcionar à sociedade mais celeridade na execução das tarefas das Promotorias de Justiça, a Administração Superior do Ministério Público, de forma pioneira, instituiu, em 15 de fevereiro de 2008, o Sistema de Registro Único (SRU), que permite o gerenciamento dos processos e procedimentos afetos à atuação do MPMG. O sistema se justifica por dar ao Órgão de Execução – já assoberbado com o grande volume

de processos e procedimentos – melhores condições de acompanhamento da tramitação desses feitos, bem como por otimizar o trabalho de servidores e membros da instituição, mediante automação de algumas tarefas, como controle de prazos, geração eletrônica de documentos e atos procedimentais, etc.

A gerência e o desenvolvimento do SRU ficam a cargo da Diretoria de Gestão do Registro Único, cujas atribuições, entre outras, são:

- promover o treinamento e o aperfeiçoamento de todos os servidores e membros da instituição para utilização do SRU – tarefa esta feita em parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
- catalogar, analisar e priorizar as demandas apresentadas pelos usuários do sistema e pelos demais interessados;
- especificar e coordenar a inclusão de novas funcionalidades e melhorias no sistema;
- emitir relatórios estatísticos e estratégicos sobre a atuação do MPMG.

A Assessoria de Eleições é responsável pelo registro e o acompanhamento dos processos eleitorais realizados no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça. A AE presta auxílio e assessoramento às comissões eleitorais nas eleições para Procurador-Geral de Justiça, Corregedor-Geral do Ministério Público, Câmara de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, do representante dos Ministérios Públicos Estaduais para composição do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça.

[1)] Na segunda edição, esta área foi elaborada pelo *Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado*, *Miriângelli Rovena Borges* e *Alexandre Carlos Botrel*.

7. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

Autores/Organizadores:
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Coordenador Pedagógico - Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins
Assessora Especial do PGJ junto ao Ceaf - Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento Tereza Cristina Santos Barreiro
Alessandra de Souza Santos (Coordenadora da DIPE)
Cristina Pedrosa Garabini (Coordenadora da DINC)
Fernanda Calzavara de Sousa (Coordenadora da DFAP)
Ricardo Naves Silva Melo (Coordenador da DECA)

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) é órgão auxiliar do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dirigido por Procurador ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, de livre escolha do Procurador-Geral de Justiça.

O CEAF pode também ser integrado por outros membros e estagiários do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Tem como finalidade precípua a de

> "promover, programar, desenvolver, orientar, acompanhar e avaliar as atividades de formação e desenvolvimento de capacidades individuais, coletivas e sociais, presenciais ou a distância, dos membros da Instituição, de seus auxiliares e funcionários, formulando políticas para obtenção, preservação, compartilhamento e disseminação do conhecimento" (artigo 4º da Res. PGJ 59/2011).

As atribuições do CEAF estão previstas no artigo 83 da Lei Complementar nº 34/94 e no artigo 5º da Resolução PGJ nº 59/2011.

Considerando a função precípua de promover o conhecimento, merecem destaque as ações educacionais do MPMG, que são todas desenvolvidas e processadas pelo CEAF, cabendo ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional a exclusividade da promoção das ações educacionais internas, nos termos da Res.PGJ n 1/2013. (link ato normativo)

As ações educacionais do Ceaf são regulamentadas pelo ATO CEAF n.02/2012 e pela IN CEAF 01/2013. (link ato normativo)

- 7.1. O CEAF como escola pública institucional
- 7.2. Estrutura Orgânica

7.1. O CEAF como escola pública institucional

Conforme o disposto no artigo 2º da Resolução PGJ nº 59/2011, o CEAF atua como *Escola Institucional do Ministério Público*,com autonomia pedagógica.

Na qualidade de Escola Institucional, em 23/05/2013 o Ceaf foi credenciado pelo CEE- Conselho Estadual de Educação como uma Escola de Governo, credenciamento este obtido para a oferta do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* – Especialização "*O Ministério Público e o Novo Constitucionalismo*".

O CEAF é participante da *Rede de Escolas de Formação de Agentes Públicos de Minas Gerais* (REAP), que visa ao intercâmbio de experiências entre técnicos que atuam em escolas de governo ou similares. Integra, também, o *Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Público do Brasil* (CDEMP) que serve, da mesma forma, ao intercâmbio de idéias e experiências em ações educacionais destinadas aos membros e servidores do Ministério Público.

O CEAF, através de convênios de cooperação, mantém programas de intercâmbio nacionais e internacionais, com ampla divulgação e igualdade de oportunidade para os membros do Ministério Público.

Integram a área de competência do CEAF duas unidades colegiadas de caráter deliberativo: o Conselho Científico e Acadêmico, a quem compete deliberar sobre a filosofia, as diretrizes gerais e a programação das atividades curriculares, e o Conselho Editorial, a quem compete deliberar sobre a conveniência, o valor técnico e científico das publicações institucionais e especiais, entre as quais se destacam a Revista Jurídica do Ministério Público (*DE JURE*), com periodicidade semestral, e o MPMG Jurídico, com periodicidade trimestral.

As unidades físicas do CEAF ocupam o primeiro, segundo e terceiros andares do Edifício José Campomizzi Filho, com instalações modernas e funcionais. Nesse espaço, há uma sala de aula, com capacidade para 40 alunos, equipada com computadores pessoais, em rede sem fio, com tela de projeção e data-show. Ainda nesse espaço, está projetada a instalação de equipamentos para gravação digital das aulas, palestras e conferências, que poderão ser transmitidas ao vivo ou acessadas pela internet a partir de outras unidades do Ministério Público e do interior do Estado.

Para o cumprimento de suas atribuições como *Escola Pública Institucional*, o CEAF conta com os equipamentos e recursos necessários para o desempenho de suas ações, estando capacitado a oferecer novos cursos e ampliar a participação dos membros e dos servidores do Ministério Público estadual e de outros interessados nas atividades de formação e aperfeiçoamento.

O novo projeto da Biblioteca do Ministério Público estadual, em execução, propiciará maior conforto aos usuários, adequando-se às exigências do Ministério da Educação relativas à autorização e ao reconhecimento dos cursos promovidos pelo CEAF. Também está sob a responsabilidade da Diretoria de Informação e Conhecimento o Projeto Memorial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que tem a finalidade de recuperar, conservar e divulgar testemunhos materiais e imateriais representativos da trajetória e da história institucional, para fins de estudo e educação.

Os Encontros Regionais do Ministério Público foram regulamentados pelo CEAF, visando incentivar o debate interno das questões institucionais ao lado de buscar um relacionamento mais próximo com a sociedade civil, nas audiências públicas regionalizadas.

Entre os novos projetos de relevância institucional em andamento no CEAF, é importante destacar a edição deste Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a implantação de um curso de pós-graduação em Direitos Fundamentais e o aumento da quantidade e qualidade dos cursos disponibilizados na Escola Virtual do MPMG.

7.2. Estrutura Orgânica

A estrutura orgânica do CEAF está prevista na Resolução PGJ nº 59/2011 da seguinte forma:

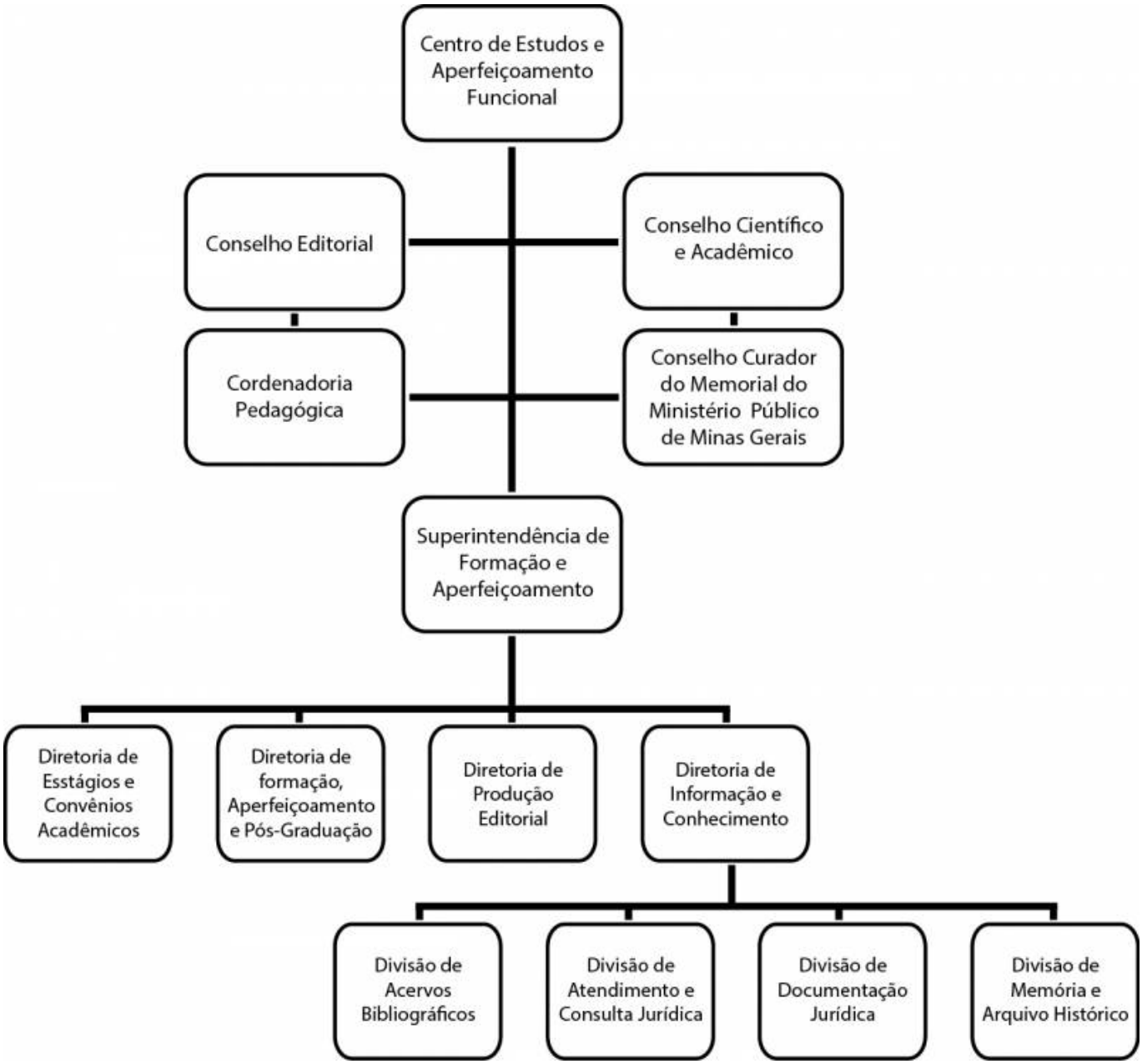
- Diretoria do CEAF;
- Coordenadoria Pedagógica (COPED);
- Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento (SFA);
- Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos (DECA);
- Diretoria de Formação, Aperfeiçoamento e Pós-Graduação (DFAP);
- Diretoria de Informação e Conhecimento (DINC);
- Diretoria de Produção Editorial (DIPE).

Integram a **área de competência do CEAF**, por vinculação, três *unidades colegiadas*, a saber:

- Conselho Científico e Acadêmico;
- Conselho Curador do Memorial do Ministério Público;
- Conselho Editorial.

Integram a **área de competência da Diretoria de Informação e Conhecimento (DINC)**:

- o Arquivo Histórico do Ministério Público;
- a Biblioteca do Ministério Público;
- a Biblioteca Virtual do Ministério Público;
- o Memorial do Ministério Público.



- 7.2.1. Diretoria do CEAF
- 7.2.2. Coordenadoria Pedagógica
- 7.2.3. Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento
- 7.2.4. Conselho Científico e Acadêmico
- 7.2.5. Conselho Curador do Memorial do Ministério Público
- 7.2.6. Conselho Editorial

7.2.1. Diretoria do CEAF

Nos termos do artigo 82 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, o CEAF é dirigido por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, de livre escolha do Procurador-Geral de Justiça.

O Diretor do CEAF exerce também, sem prejuízo das demais atribuições, a função de Secretário do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público (artigo 6º da Res. PGJ nº 59/2011).

7.2.2. Coordenadoria Pedagógica

A Coordenadoria Pedagógica tem como finalidade prestar apoio pedagógico ao CEAF, competindo-lhe assessorar o Conselho Científico e Acadêmico na seleção do corpo docente, propor ações para a definição de conteúdos e atividades curriculares, entre outras atividades correlatas.

O Coordenador Pedagógico será designado por ato do Procurador-Geral de Justiça dentre membros da instituição com reconhecida qualificação acadêmica.

7.2.3. Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento (SFP)

A Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento, unidade administrativa do CEAF, tem como objetivo operacional planejar, coordenar, executar e avaliar as atividades de formação e aperfeiçoamento dos integrantes das carreiras do Ministério Público e aquelas relativas a obtenção, preservação, compartilhamento e disseminação do conhecimento, assim como promover atividades de apoio administrativo à Comissão de Concurso.

Compete à Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento:

- acompanhar o desenvolvimento das atividades de formação e aperfeiçoamento, provendo meios para sua execução e avaliação;
- planejar, executar e acompanhar as atividades de formação e aperfeiçoamento, relativas aos cursos, estudos especiais, reuniões de trabalho, discussões dirigidas, palestras, seminários, simpósios, painéis, encontros e ciclos de estudos;
- articular as atividades de divulgação e produção editorial relativas às atividades de formação e de aperfeiçoamento realizadas;
- planejar, executar e acompanhar as atividades concernentes à captação, geração, registro, codificação, preservação, apropriação e disseminação do conhecimento, entre outras atividades correlatas.

Cabe ainda à Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento acompanhar a execução do Plano Geral de Atuação do CEAF, promovendo as ações necessárias à efetivação implantação das metas pelas Diretorias da referida unidade.

Diretoria de Formação, Aperfeiçoamento e Pós-graduação (DFAP)

A Diretoria de Formação, Aperfeiçoamento e Pós-graduação tem como finalidade planejar, coordenar, executar e controlar as atividades de formação e desenvolvimento de capacidades individuais, coletivas e sociais, realizadas pelo CEAF.

Entre as atividades de sua competência, merecem destaque as seguintes:

- planejar, coordenar, executar e avaliar programas de educação e atividades de formação, qualificação e aperfeiçoamento desenvolvidos no âmbito do CEAF;
- apoiar a formação do quadro docente e indicar instituições e profissionais para a realização de atividades de formação e aperfeiçoamento;
- supervisionar a execução do plano didático pedagógico dos cursos, propondo melhorias para o aperfeiçoamento do ensino, bem como, auxiliar e prestar apoio administrativo ao trabalho dos docentes;
- identificar e propor metodologias de ensino, de monitoramento e avaliação das atividades curriculares adequadas à consecução dos objetivos educacionais do CEAF;
- pesquisar, sugerir e acompanhar a adequação de práticas, cursos e instalações aos critérios de avaliação estabelecidos pelo Ministério da Educação (MEC) e por agências de fomento à pesquisa;
- acompanhar o processo de reconhecimento, credenciamento, cadastramento e renovação de reconhecimento de cursos e de educação à distância junto ao MEC;
- efetuar os registros acadêmicos relacionados ao desenvolvimento das atividades curriculares de formação e

aperfeiçoamento;

- orientar os alunos dos cursos de educação a distância sobre a correta e efetiva utilização dos respectivos sistemas de informação;
- acompanhar a utilização dos sistemas informatizados utilizados para fins educacionais, propondo intervenções evolutivas e corretivas.

Escola Virtual do MPMG

A Escola Virtual do MPMG foi criada em 2008, pela Resolução PGJ nº 54, de 09 de setembro de 2008, como alternativa para o oferecimento de cursos de formação e aperfeiçoamento funcional de membros e servidores integrantes das carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Ela funciona totalmente pela internet, 24 horas por dia, todos os dias da semana, através do endereço http://escolavirtual.mp.mg.gov.br

Na Escola virtual, a interação pedagógica se efetua com a comunicação de mão dupla. O aluno é um sujeito ativo, engajado e participante. Os conteúdos dos cursos são estruturados em associações que possam compor a base de novas estruturas de conhecimento. As atividades propostas têm relevância e utilidade para a vida cotidiana e enfatizam a argumentação e a troca de informações, saberes, ideias e experiências.

As vantagens que esta modalidade de ensino traz para a nossa Instituição são:

- Capacitação daqueles que não tinham acesso a cursos, em virtude das distâncias;
- Flexibilidade de tempo e espaço, evitando-se ausências do local de trabalho para participação em cursos na PGJ;
- Redução de custo por aluno, já que gastos com deslocamento, estadias e tempo de ausência no trabalho diminuem consideravelmente;
- Aumento do número de cursos sem a diminuição da qualidade, uma vez que a quantidade de alunos e cursos não fica mais limitada à estrutura física das salas de aulas existentes no CEAF;
- Rapidez nas atualizações dos conteúdos;
- Criação de uma interação dialógica entre membros e servidores de diversas localidades, formando uma rede colaborativa de aprendizagem;
- Autonomia no estudo, pois a educação a distância respeita o ritmo de cada indivíduo, personalizando o ensino.

Diretoria de Estágio e Convênios Acadêmicos (DECA)

A Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos é responsável pela coordenação e controle de todas as atividades de estágios acadêmicos no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Entre as competências da Diretoria, sublinham-se as seguintes:

- coordenar as atividades administrativas de estágios no Ministério Público, zelando pela legalidade dos atos praticados;
- elaborar e controlar os atos de nomeação, posse e desligamento do estagiário do Ministério Público;

- fiscalizar o fiel cumprimento dos ritos de posse, exercício e compromissos assumidos pelo estagiário do Ministério Público;
- controlar o quadro de estagiários em atividade no Ministério Público;
- promover os procedimentos administrativos relativos à elaboração do edital de concurso e aos exames de seleção do candidato a estágio do Ministério Público;
- acompanhar os instrumentos, convênios e acordos jurídicos relativos às atividades de estágio.

As atividades de estágio para estudantes de ensino superior no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais encontram-se regulamentadas pela Resolução PGJ n. 91/2013.

Diretoria de Produção Editorial (DIPE)

A Diretoria de Produção Editorial (DIPE) tem como objetivo operacional executar as atividades relativas à produção das publicações impressas periódicas e especiais e de materiais em meio eletrônico e digital, elaborados e editados no âmbito do Ministério Público, excetuando-se a produção e a distribuição das publicações afetas à Superintendência de Comunicação Integrada (antiga Assessoria de Comunicação Social) da Procuradoria-Geral de Justiça.

Dentre as atividades de sua competência, destacam-se as seguintes:

- planejar, propor e coordenar a execução de atividades que visem à produção periódica e especial e ao aprimoramento da produção de mídias impressas, digitais e eletrônicas de cunho técnico-científico e pedagógico, definindo metas e estratégias e especificando repercussões orçamentárias;
- pesquisar, acompanhar e sugerir ao Conselho Editorial a adequação dos periódicos da Instituição aos critérios de avaliação estabelecidos por agências de fomento à pesquisa, zelando pela regularidade das publicações periódicas criadas e editadas no âmbito do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
- inscrever e acompanhar o processo de credenciamento dos periódicos editados pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional em sistemas de bases de dados acadêmicos;
- proceder ao registro das publicações editadas pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional no Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia e/ou na Fundação Biblioteca Nacional;
- acompanhar e avaliar as novas tecnologias disponíveis no mercado, visando eventual migração de produtos para novos suportes;
- manter os arquivos das publicações periódicas e especiais, bem como manter acervo de impressos através de reserva técnica e acervo digital de materiais multimídia produzidos no âmbito do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

Dentre os produtos periódicos editados pela Diretoria de Produção Editorial, podemos citar:

- as revistas De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (ISSN 1809-8487), de caráter semestral e MPMG Jurídico (ISSN 1809-8673), de caráter trimestral. Ambas publicações são disponibilizadas para membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais e amplo cadastro externo, composto pelos Tribunais Superiores, Tribunais Federais, Ministério Público da União, Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos dos Estados, universidades federais e particulares de todo o País, além de renomados juristas nacionais e estrangeiros.
- o Manual de Atuação Funcional (ISBN 978-85-61532-02-4, 1ª edição – versão impressa e ISBN

978-85-61532-03-01, 2ª edição, versão digital) e a videoaula de treinamento do Sistema de Registro Único – SRU.

As ações de produção editorial de materiais periódicos e especiais, no âmbito da Diretoria de Produção Editorial, estão regulamentadas no Ato CEAF nº 1, de 14 de março de 2013.

O e-mail da Diretoria de Produção Editorial é: dipe@mp.mg.gov.br.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (De Jure)

A Revista Jurídica *DE JURE* foi instituída pela Resolução PGJ nº 9, de 4 de março de 1996, como o órgão de divulgação dos trabalhos jurídicos de interesse dos membros do Ministério Público de Minas Gerais. A partir de seu sexto número, janeiro/junho de 2006, a Revista foi inteiramente reestruturada, passando a ter periodicidade semestral e a obedecer a um novo projeto editorial que visava transformá-la numa publicação *pluralista nas informações e democrática quanto ao acesso às informaçõe*s. Dessa forma, foi ampliada sua abrangência, objetivando divulgar a instituição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no cenário nacional e internacional.

A expressão latina *DE JURE*, que significa de acordo com o direito, foi acrescentada ao nome original da publicação. A Revista é dividida nas seguintes áreas: doutrina nacional e doutrina internacional, direito penal e processo penal, direito civil e processo civil, direito coletivo e processo coletivo e direito público constitucional, administrativo e institucional – além de contar com a seção *diálogo multidisciplinar*, voltada a profissionais de outras áreas, e com uma palestra de interesse institucional. A Revista *DE JURE* tem sido constantemente aprimorada, visando conseguir avaliação positiva pela CAPES, através de seu programa *QUALIS* de avaliação de periódicos. Para tanto, foram convidados diversos juristas de renome nacional e internacional para integrarem o Conselho Editorial como convidados, e a análise dos artigos submetidos ao Conselho Editorial é feita por revisão cega de pares.

Os artigos para publicação na Revista De Jure devem ser remetidos através do sítio www.mp.mg.gov.br/dejure, por meio de que o autor cadastra os seus dados pessoais e dados do artigo. Há também uma ferramenta de upload do arquivo no referido sítio eletrônico. As normas de publicação e o pdf de todas as edições podem ser visualizadas no sítio acima. Contato pode ser feito por meio do endereço eletrônico: dejure@mp.mg.gov.br.

Revista MPMG Jurídico

A Revista MPMG Jurídico (ISSN 1809-8673) é um periódico trimestral e temático. As áreas temáticas serão prioritariamente aquelas definidas no Planejamento Estratégico da Instituição.

Os responsáveis por cada revista podem convidar até 12 (doze) autores para produzir textos sobre as áreas correspondentes, conforme prazos a serem definidos. Os conteúdos, preferencialmente inéditos, devem ser submetidos à prévia aprovação dos Centros de Apoio Operacional ou Coordenadorias de área das Promotorias de Justiça referentes a cada matéria, a fim de que o conteúdo divulgado tenha amparo nas diretrizes e posicionamento institucionais.

As regras de padronização dos artigos para publicação na MPMG Jurídico, assim como os pdfs de todas as edições, encontram-se disponíveis no endereço eletrônico www.mp.mg.gov.br/mpmgjuridico.

Manual de Atuação Funcional

O Manual de Atuação Funcional, obra editada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e que teve como paradigma o Manual Prático do Promotor de Justiça (obra da Corregedoria-Geral de Justiça editada pela Editora Del Rey em 1997) foi instituído por intermédio da Resolução PGJ nº 71, de 04 de dezembro de 2008,

com a aprovação dos Conselhos Científico e Editorial. O seu projeto levou em consideração as transformações ocorridas no âmbito do Ministério Público, especialmente por força do novo constitucionalismo que vem sendo consolidado no País. Pretendeu-se não só a atualização de conteúdos, mas também a ampliação do objeto de trabalho, decorrente de modificações legislativas e jurisprudenciais significativas para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

As atualizações periódicas do Manual de Atuação Funcional foram regulamentadas por meio do Ato CEAF nº 1, de 14 de março de 2013.

Materiais especiais

Materiais especiais são aqueles cuja edição ou publicação dá-se sob demanda e com projeto específico.

Alguns exemplos são:

• Livros:

- Planejamento estratégico: Gestão com resultados 2010-2023;
- PGA - Plano Geral de Atuação Finalístico 2012-2013;
- Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais: Lei Complementar nº 34/1994 (2ª edição revisada);
- Gestão de Promotorias de Justiça e seus processos (autores: Ana Cecília Gouvêa; Renan Evangelista; Vanessa Evangelista);
- COMADs - Conselhos Municipais de Políticas sobre Drogas: Manual para criação;
- Membros Ilustres do Ministério Público: Homenagem do Ministério Público de Minas Gerais aos Promotores de Justiça;
- Manual Operacional do Ministério Público: Municípios com irregularidades em início de gestão.

• Cartilhas:

- Revista Jurídica DE JURE;
- Compreendendo a alienação parental;
- Estágio Supervisionado;
- Escola Virtual.

Para acessar todos esses materiais especiais, clique aqui.

Diretoria de Informação e Conhecimento (DINC)

A Diretoria de Informação e Conhecimento – DINC tem como finalidade promover atividades de acumulação e disseminação de informação e conhecimento, por meio da operacionalização das atividades de captação, seleção, tratamento, organização, armazenamento e divulgação dos conteúdos sob sua responsabilidade, objetivando o apoio às atividades institucionais, à aprendizagem organizacional e à gestão do conhecimento produzido pela Instituição.

Na sua atuação estão presentes os conhecimentos técnicos e acadêmicos próprios da área da Ciência da

Informação e em sua estrutura orgânica estão vinculadas a Biblioteca do Ministério Público, o Memorial do Ministério Público e o Arquivo Histórico do Ministério Público.

Suas atividades caracterizam-se pela atuação sistêmica nos seguintes aspectos:

- No processo de tratamento dos conteúdos e suportes informacionais;
- No desenvolvimento e implantação de produtos e serviços;
- Na gestão dos sistemas informatizados que suportam as bases de dados decorrentes da análise e processamento técnico de conteúdos informacionais.

Suas atividades são operacionalizadas por meio das seguintes Divisões:

- Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica – DIACO;
- Divisão de Documentação Jurídica – DIDOC;
- Divisão de Acervos Bibliográficos – DIVAB;
- Divisão de Memória e Arquivo Histórico – DIMAR.

Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica

A Divisão de Atendimento e Pesquisa Jurídica – DIACO tem como finalidade controlar e executar as atividades de pesquisa e recuperação de informações jurídicas de interesse institucional e controlar o atendimento da Biblioteca do Ministério Público.

Suas principais competências são:

- Realizar o atendimento local aos usuários da Biblioteca;
- Executar e controlar as atividades referentes à circulação do acervo, à disseminação de informações;
- Realizar pesquisas de doutrina, jurisprudência e legislação em apoio às atividades dos membros do Ministério Público e da Administração Superior;
- Atender a solicitações de órgãos da Administração Pública relacionadas a matérias institucionais;
- Zelar pela guarda, organização e preservação do acervo bibliográfico, bem como, pela adequada utilização e manutenção do espaço físico da Biblioteca do Ministério Público;
- Auxiliar a formação e o desenvolvimento dos acervos bibliográficos;
- Auxiliar a realização do inventário anual da Biblioteca;
- Observar e aplicar o Regulamento da Biblioteca do Ministério Público – Resolução PGJ nº 29, de 29 de junho de 2009;
- Expedir ‘Nada Consta’ para fins de desligamento da Instituição, nos termos do seu Regulamento.

A Divisão de Atendimento e Consulta Jurídica disponibiliza, ainda, os seguintes serviços:

- Manual Básico de Pesquisa Jurídica em Sites Institucionais, disponível na Internet;
- Tutorial Sistema Pergamum – vídeo treinamento para utilização do Sistema, disponível na Internet;

- Acessibilidade para deficientes visuais – Virtual Vision.

O atendimento da Biblioteca é realizado de forma local, bem como por telefone, fax ou e-mail. O encaminhamento de material decorrente de solicitação de pesquisas formuladas pelos membros do Ministério Público é realizado de acordo com as características do formato material encontrado, meio físico ou eletrônico, buscando-se utilizar os recursos de comunicação disponíveis e adequados para que sejam disponibilizadas em tempo hábil ao destinatário.

A Divisão de Atendimento e Consulta Jurídica mantém permanente comunicação com as demais unidades da Diretoria de Informação e Conhecimento, solicitando apoio quando necessário e indicando fontes de informação e conteúdos informativos relevantes para a entrada e retroalimentação do sistema de informação. Articula-se com a Divisão de Acervos Bibliográficos, sugerindo livros e periódicos para compor o acervo da Biblioteca, e contribui uma elaboração do Informativo CEAF por meio da seleção de artigos de periódicos, jurisprudências e outras informações.

Divisão de Documentação Jurídica

A Divisão de Documentação Jurídica – DIDOC tem por finalidade realizar atividades de processamento técnico e sistematização dos atos normativos produzidos pelo Ministério Público, assim como da legislação de interesse para a Instituição competindo-lhe, ainda, a manutenção e disponibilização, em banco de dados, de tal repertório, bem como a atualização de dados. À Divisão compete também manter vocabulário controlado para representação de assuntos nos bancos de dados institucionais e subsidiar a elaboração de atos normativos no âmbito do Ministério Público.

A Divisão disponibiliza na internet, no campo serviços, o texto integral dos atos normativos publicados pela Instituição e alimenta bases de dados textuais em *winisis*, para o tratamento e disponibilização da legislação de interesse e de informações produzidas no âmbito do Ministério Público e relativas à sua ação normativa, deliberativa e funcional.

A Divisão de Documentação Jurídica publica, semanalmente, o *Informativo CEAF*, serviço de disseminação eletrônica da informação que é selecionada e capturada junto aos diários oficiais da União e do Estado de Minas Gerais visando subsidiar as atividades meio e fim do Ministério Publico. Em sua seção Artigos Selecionados são divulgadas a referência de matérias selecionadas junto aos principais periódicos assinados pela Biblioteca do Ministério Público.

A Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais – BVMP

A Biblioteca Virtual – BVMP foi criada com o objetivo de apoiar a aprendizagem organizacional através da disseminação de informações técnicas, científicas, especializadas e administrativas por meio de rede de comunicação de dados. Os conteúdos são tratados e estruturados para a recuperação em uma interface amigável, o Sistema DSPACE, e se apresentam em texto integral. A coleção virtual é selecionada, principalmente, dentre os conteúdos que se encontram em formato eletrônico produzidos pelas áreas técnicas e finalísticas e, também, pela área acadêmica Instituição.

Para acessar o conteúdo da Biblioteca Virtual do MPMG, clique aqui.

Divisão de Acervos Bibliográficos

A Divisão de Acervos Bibliográficos tem como finalidade promover a gestão e o controle dos acervos do Ministério Público, mantendo-os atualizados, buscando acompanhar os lançamentos do mercado editorial, permitindo a sua organização e disponibilidade para uso e circulação, a fim de subsidiar as atividades técnicas e acadêmicas dos membros e servidores da Instituição.

Os acervos do Ministério Público, localizados na Biblioteca do Ministério Público e em outras unidades da Instituição, caracterizados como Acervos Setoriais, são compostos de livros, obras de referência, revistas e suportes informacionais em meio eletrônico.

Suas principais competências são:

- Controlar fiscalizar a execução dos contratos de aquisição de bens e serviços caracterizados como bibliográficos, em meio impresso e eletrônico, no âmbito da Instituição;
- Promover o controle contábil e patrimonial dos acervos bibliográficos;
- Definir padrões para o tratamento técnico e registro patrimonial dos acervos bibliográficos da Instituição;
- Realizar o tratamento técnico e informacional de todos os acervos bibliográficos da Instituição;
- Manter o Depósito Legal das produções editoriais da Instituição;
- Gerenciar o Sistema Pergamum – Sistema Gerenciador dos Acervos Bibliográficos do Ministério Público;
- Realizar o inventário patrimonial dos acervos bibliográficos da Instituição, zelando pela adequada contabilização do mesmo junto aos sistemas de controle de bens permanentes da Instituição.

A Divisão de Acervos Bibliográficos disponibiliza, ainda, o tratamento diferenciado para coleções especiais, como as obras raras e a coleção bibliográfica do MP, e também para o tratamento técnico de conteúdos especiais, como as teses dos congressos dos Ministérios Públicos do Brasil.

Divisão de Memória e Arquivo Histórico

A Divisão de Memória e Arquivo Histórico - DIMAR tem como finalidade propor e executar as atividades referentes à gestão, preservação, conservação, pesquisa e divulgação dos testemunhos materiais e imateriais representativos da trajetória e da história da Instituição, recolhidos ao Memorial do Ministério Público e ao Arquivo Histórico do Ministério Público.

Suas principais competências são:

- Executar atividades relacionadas ao recolhimento, organização, guarda, preservação, conservação do patrimônio histórico institucional;
- Executar atividades de divulgação dos conteúdos sob sua guarda por meio da criação de bancos de dados internos, da Internet e de exposições, mostras, eventos e publicações;
- Promover atividades de divulgação dos conteúdos sob sua guarda por meio da criação de bancos de dados internos, da Internet e de exposições, mostras, eventos e publicações;
- Gerenciar o espaço físico do Memorial do Ministério Público e do Arquivo Histórico do Ministério Público.

A Divisão de Memória e Arquivo Histórico – DIMAR caracteriza-se pela dupla subordinação: técnica ao Conselho Curador do Memorial do Ministério Público e administrativa a Diretoria de Informação e Conhecimento.

O Memorial do Ministério Público

A compreensão do papel histórico do Ministério Público no contexto da sociedade e o reconhecimento da responsabilidade das instituições públicas em construir sua identidade e preservar o seu patrimônio cultural motivaram a criação do Memorial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da Resolução do

Procurador-Geral de Justiça nº18, em 09 de abril de 2008. Seu principal objetivo é o de promover a recuperação, conservação e divulgação dos testemunhos materiais e imateriais representativos da trajetória e da história do *Parquet* mineiro e o velamento do respectivo patrimônio cultural. O Memorial foi concebido como 'instituição museal' gerido pelo Conselho Curador e dotado de estrutura orgânica vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Suas atividades técnico-administrativas são operacionalizadas no âmbito da Diretoria de Informação e Conhecimento/Divisão de Memória e Arquivo Histórico que atua de forma interdisciplinar em três campos distintos e complementares, imprescindíveis ao funcionamento adequado do Memorial: a preservação, a investigação e a comunicação.

A preservação prolonga a vida útil dos bens culturais, assegurando-lhes a integridade física ao longo do tempo e possibilitando o acesso futuro às informações das quais objetos, documentos e imagens são portadores. O acesso perene a essas informações, compreendidas aqui como bens culturais, é estabelecido por meio de um processo de comunicação que ocorre a partir da disponibilização expositiva do seu acervo ao público e pela geração de produtos e serviços. A investigação é uma atividade voltada para a produção de conhecimento e visa assegurar uma visão crítica sobre determinados contextos e realidades dos quais os bens culturais são testemunhos. A investigação é a pesquisa histórica propriamente dita.

Através da pesquisa histórica, exposições, ações culturais, projetos educativos, publicações e geração de bancos de dados institucionais, o público passa a ter acesso ao conhecimento e às fontes utilizadas para a sua produção, assegurando ao Memorial do Ministério Público a característica das instituições museológicas: o exercício simultâneo de seu papel científico, cultural e educativo.

O Arquivo do Ministério Público

O imóvel que abriga o Arquivo, situado a Rua Conceição do Pará, 509 – Bairro Santa Inês, foi cedido ao Ministério Público em 2004. Originalmente destinado ao setor de Manutenção, foi transferido para a Diretoria de Informação e Conhecimento no mesmo ano para abrigar documentação acumulada no Almoxarifado em situação de risco. A DINC elaborou o projeto de criação do Arquivo e adequação do espaço físico e em maio de 2007 começou a funcionar a partir da primeira transferência dos documentos da Diretoria de Contabilidade. No total, até a presente data, foram feitas a transferência de 696,41 metros lineares de documentos organizados, higienizados e cadastrados na Base de Dados ARQ 1.

O Arquivo deverá armazenar apenas a documentação identificada como permanente e histórica. Atualmente o Arquivo armazena documentação sem aplicação da Tabela de Temporalidade Documental, que deverá ser realizada pela unidade responsável pelo Projeto Gestão de Documentos.

7.2.4. Conselho Científico e Acadêmico

O Conselho Científico e Acadêmico é a unidade colegiada vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), nos termos do disposto na Res. PGJ 59/2011, sendo composto pelo Diretor do CEAF, que o preside, pelo Coordenador Pedagógico, por 08 (oito) membros e por 02 (dois) servidores do Ministério Público designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

O órgão tem como finalidade precípua a deliberação sobre a política de formação inicial e permanente dos integrantes das carreiras do Ministério Público, estando suas atribuições previstas no artigo 12 da Res. PGJ 59/2011.

O mandato dos membros do Conselho Científico terá duração igual ao do Procurador-Geral de Justiça e extinguir-se-á com a posse do seu sucessor.

O Ato CEAF nº1/2012 aprova o Regimento Interno do Conselho Científico e Acadêmico.

7.2.5. Conselho Curador do Memorial do Ministério Público

O Conselho Curador do Memorial do Ministério Público é unidade colegiada vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), nos termos do disposto na Res. PGJ nº 59/2011. Foi criado pela Res. PGJ nº 18/2008 tendo como finalidade precípua

> "[...] recuperar, conservar e divulgar testemunhos materiais e imateriais representativos da trajetória e da história da Instituição, proporcionando, assim, o aperfeiçoamento das atividades institucionais no que diz respeito ao velamento do respectivo patrimônio cultural".[1)]

O Conselho Curador do Memorial é composto por dez integrantes, sendo eles o Diretor do CEAF, que o preside, sete membros do MPMG e dois servidores.

O Regimento Interno do Conselho Curador do Memorial do Ministério Público foi aprovado pelo ATO do Conselho Curador nº 1/2009. A Resolução PGJ nº 33/2009 aprova o Regulamento do Conselho Curador do Memorial.

[1)] Artigo 2º da Resolução PGJ nº 18/2008

7.2.6. Conselho Editorial

O Conselho Editorial é unidade colegiada vinculada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), nos termos do disposto na Resolução PGJ nº 59/2011.

O órgão é composto de nove membros com direito a voto, sendo o Diretor do CEAF o seu presidente, e os demais o Coordenador Pedagógico do CEAF e 08 (oito) membros designados pelo Procurador-Geral de Justiça, para um mandato de dois anos, com possibilidade de recondução. É integrado, ainda, por outros membros convidados, necessariamente detentores de títulos de doutor ou de mestre, não tendo, estes últimos, direito a voto nas reuniões do Conselho Editorial.

A finalidade precípua do Conselho Editorial é a de deliberar sobre a política editorial do CEAF, regulamentada pelo ATO CEAF n.1/2013. O regimento interno do Conselho Editorial está regulamentado pelo ATO CEAF 03/2013.

8. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social – CIMOS

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Paulo Cesar Vicente de Lima*

A Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMOS), órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, vinculada à Procuradoria-Geral de Justiça, tem por finalidade promover a interlocução e a articulação entre os Promotores de Justiça, as instituições públicas e a sociedade civil organizada, visando garantir a efetivação da participação social nas políticas públicas e institucionais.

Para tanto, atua na mobilização em movimentos sociais, organizações da sociedade civil e grupos em situação de vulnerabilidade, tais como pessoas em situação de rua, catadores de materiais recicláveis, povos e comunidades tradicionais, agricultores familiares, populações concentradas em regiões com baixos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), entre outros grupos, buscando estabelecer cooperações que garantam, ampliem e efetivem os direitos fundamentais do ser humano, numa perspectiva de transformação social por meio da participação na tomada de decisões (autonomia).

Formas de Atuação

A atuação da CIMOS se dá no sentido de responder a demandas advindas dos variados sujeitos e grupos sociais, bem como de prestar apoio técnico aos Promotores Naturais nos temas relacionados à sua área de atuação. Busca também estabelecer cooperações e parcerias para realização de estudos, projetos, programas e ações que assegurem a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão. Para tal utiliza-se principalmente dos seguintes instrumentos de atuação:

- Audiência Pública;
- Procedimento para Implementação e Promoção de Projetos Sociais – PROPS (Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 11 de julho de 2013);
- Recomendação ministerial;
- Visita técnica;
- Mediação;
- Mobilização e articulação comunitária;
- Palestras, eventos, reuniões;
- Estudos, pesquisas e reflexões.

Principais programas, projetos e parcerias

- **Projeto 10envolver** - Com a parceria de seis universidades (UFMG, UFVJM, UFJF, UFV, Unimontes e Universidade de Itaúna), o 10envolver visa fortalecer as instâncias de participação popular e autonomia popular nos dez municípios mineiros de menor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH-M/2000). São eles: Bonito de Minas, Gameleiras, Pai Pedro, Fruta de Leite, Indaiabira, Setubinha, Monte Formoso, Novo Oriente de Minas, Crisólita e Bertópolis.

- **Projeto Reciclando Oportunidades** - Tem como principais parceiros o Centro Mineiro de Referência em Resíduos (CMRR) e o Instituto Nenuca para o Desenvolvimento Sustentável (INSEA). O projeto objetiva implementar a coleta seletiva, fortalecer as cooperativas e as associações, de maneira a promover a inclusão social dos catadores de materiais recicláveis em mais de 100 municípios mineiros. É uma estratégia em busca da eficácia social da Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

- **CNDDH** - O Centro de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Material Reciclável (CNDDH) é fruto de uma parceria entre o MPMG, por meio da CIMOS, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Tem papel fundamental na proteção e na efetivação dos direitos humanos, compreendendo a sistematização e a divulgação de dados sobre esse grupo vulnerável, além da promoção de ações educativas e atividades de formação e esclarecimento sobre direitos fundamentais do indivíduo, cidadania e democracia.

- **Projeto Cidade e Alteridade** – O Projeto Internacional de *Pesquisa Cidade e Alteridade: Convivência Multicultural e Justiça Urbana* é desenvolvido com o apoio do Fundo Especial do Ministério Público (FUNEMP) e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) e executado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e pela Universidade Federal de Minas Gerais, sob a coordenação do Professor Dr. Boaventura de Souza Santos e da Professora Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Dedica-se a investigar a efetivação e/ou violação do direito à cidade, numa perspectiva de pesquisa-ação. Os resultados da pesquisa pretendem contribuir para o aprimoramento da atuação institucional em diversos temas.

- **Mobilização em Mídias Sociais** - A CIMOS utiliza-se das mídias sociais como estratégia de mobilização, interlocução e difusão de informações relacionadas a sua área de atuação. O *blog* da CIMOS (www.cimos.blog.br) tem como foco a informação ágil e precisa, integrando os canais de conteúdo – *Youtube*, *Flickr*, *Issuu*, *Slideshare* e *Scribd*. Os assuntos e o conteúdo giram em torno de temas e discussões abordados pelas coordenadorias e pelos projetos, disponibilizados através de publicações atualizadas de cartilhas, vídeos, notícias, modelos de PROPS, roteiros de atuação e outros materiais de apoio. Já a página da CIMOS no Facebook (www.facebook.com/cimosmpmg) é um espaço de discussão sobre os diversos temas que surgirem na rede, mantendo um canal de relacionamento constante com os diversos parceiros e a sociedade civil.

9. Comissão de concurso

Autores/Organizadores:
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé [1)]

- 9.1. Natureza
- 9.2. Composição
- 9.3. Atribuições
- 9.4. Finalidade
- 9.5. Suspeição, impedimentos e incompatibilidades
- 9.6. Remuneração
- 9.7. Ementário de Legislação

[1)] Na segunda edição, está área foi elaborada pelo Promotor de Justiça Eduardo Nepomuceno de Sousa

9.1. Natureza

Nos termos da legislação aplicável ao Ministério Público, a Comissão de Concurso tem natureza de órgão auxiliar dos serviços institucionais, subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

Na Lei Orgânica Estadual nº 34, de 1994, a Comissão de Concurso encontra-se prevista nos artigos 76 a 81, tendo caráter eminentemente transitório. Também a Lei Federal nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75, de 1993 situam a Comissão de Concurso no capítulo referente a órgãos auxiliares.

Prevalece, dessarte, como característica própria do órgão o seu aspecto transitório, só havendo a necessidade de instalação antes de deflagrada a abertura de concurso para o ingresso na carreira.

9.2. Composição

A Lei Complementar mineira dispõe que a Comissão de Concurso será sempre presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, sendo composta, ainda, por membros da instituição (eleitos pelo Conselho Superior do Ministério Público entre Procuradores e Promotores de Justiça de entrância especial) e por representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais (para cada titular da OAB, deve ser nomeado também um suplente da OAB).

É importante destacar que, em 06 de novembro de 2006, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução de número 14, estabelecendo normas gerais para concursos de ingresso na carreira ministerial. Em tal regulamento, havia previsão a respeito da composição das Comissões de Concurso, incluindo nestas a presença de dois representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e de dois juristas de notável saber.

Tal regramento, contudo, veio a sofrer significativa alteração, em 3 de dezembro de 2007, com a edição de nova Resolução, de número 24, pelo mesmo Conselho Nacional do MP. Desta feita, em relação à composição das Comissões de Concurso, a norma fez expressa remissão às Leis Orgânicas Estaduais, de modo a evitar desarmonia legislativa [1)].

Assim, em Minas Gerais, de acordo com a Lei Orgânica Estadual nº 34, de 1994, podem compor a Comissão de Concurso, como Examinadores, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça de última entrância.

A escolha dos examinadores, que serão membros da Comissão de Concurso, é feita em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, órgão detentor de tal atribuição por força da Lei Complementar. Todos os Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça de entrância final são elegíveis, exceto aqueles que tenham relação de suspeição, impedimento ou incompatibilidade ou, ainda, não preencham os requisitos previstos no art. 77 da Lei Complementar nº 34/94 [2)]. Não há previsão normativa a respeito da inscrição de interessados para composição da Banca Examinadora.

O Conselho Superior detém, pois, a discricionariedade para a escolha dos examinadores componentes da Comissão de Concurso.

A presidência da Comissão de Concurso será sempre do Procurador-Geral de Justiça, sendo que, na hipótese de ausência ou afastamento, será substituído na forma prevista no Regulamento do Concurso, podendo ser pelos demais titulares de cargos da Administração Superior (Procurador-Geral Adjunto Jurídico, Adjunto Institucional e Adjunto Administrativo) ou pelo integrante da Banca Examinadora mais antigo na carreira.

A Lei Orgânica Estadual prevê, ainda, a indispensabilidade da presença, como integrante da Comissão de Concurso, de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (um titular e um suplente).

A escolha dos representantes da OAB não é objeto de eleição pelo Conselho Superior do Ministério Público. A entidade encaminha ao Procurador-Geral de Justiça uma lista sêxtupla, contendo nome de Advogados especialistas na disciplina determinada. Em Minas Gerais, tradicionalmente, tem-se reservado aos integrantes da Ordem a cadeira de Direito Civil e Comercial nos concursos de ingressos, embora isto não constitua uma obrigação.

Os integrantes da Comissão de Concurso, após indicação feita pelo Conselho Superior do Ministério Público e escolha dos representantes da OAB pelo Procurador-Geral de Justiça, assumirão a titularidade e/ou suplência das disciplinas que serão objeto de avaliação dos candidatos durante o certame.

A partir de então, a Comissão, como órgão auxiliar, passa a ter existência própria e a funcionar, assim permanecendo até o encerramento do certame, que se dá com o julgamento do concurso e divulgação do resultado, últimos atos praticados pela Comissão.

A Lei Orgânica Estadual não estabelece quais disciplinas serão avaliadas pela Comissão de Concurso. Tal definição depende de atos do próprio Procurador-Geral e da Administração Superior do Ministério Público. Compete à Procuradoria-Geral de Justiça ou, por delegação, a outro órgão auxiliar, no caso, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, a elaboração do Regulamento do Concurso.

Cada concurso para ingresso na carreira possui regulamento próprio, o qual, depois de elaborado, é submetido à aprovação da Câmara de Procuradores de Justiça [3)].

O Regulamento do Concurso define todas as disciplinas que serão objeto de avaliação, as etapas e formas de classificação, eliminação e aprovação dos candidatos. A partir de tal norma, publica-se, por ato do Procurador-Geral de Justiça, o Edital de Concurso, que é o instrumento oficial de abertura do certame.

Cada disciplina exige a presença de um examinador titular e um suplente.

Nos termos do art.4º, caput da Res. CNMP n.14/2006, o Secretário do Concurso e da Comissão de Concurso deve ser nomeado pelo Procurador-Geral de Justiça (Presidente da Comissão), entre os membros do Ministério Público.

Competem ao Secretário do Concurso, com auxílio de seu suplente, a tarefa de assumir toda a atividade preparatória para a realização do concurso e a prática dos atos de execução, desde a publicação do Regulamento e do Edital, devendo acompanhar a inscrição dos candidatos e o desenrolar de todas as fases do certame, comunicando os fatos relevantes à própria Comissão de Concurso, a qual tem competência para decidir, inclusive, os casos omissos.

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, já houve expressa previsão, na Res.PGJ 59/2011, de que o Diretor do CEAF é também o Secretário do Concurso (artigo 6º, p. único).

[1)] Nos termos da Resolução 24: “Art. 2º O caput do art. 3º da Resolução n. 14, de 6 de novembro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 3º As Comissões de Concurso serão presididas e constituídas na forma prevista nas respectivas Leis Orgânicas’“.

[2)] São requisitos previstos: ser preferencialmente especialista na disciplina, não compor o Conselho Superior, não estar respondendo a ação penal, não estar afastado de suas atribuições para exercício de atividade classista, não ter participado de curso de preparação de candidato nos últimos seis meses, não ser parente consanguíneo ou afim de candidato até o quarto grau inclusive e não estar respondendo a processo disciplinar.

[3)] Art. 24, inciso XVII, da LC 34/93.

9.3. Atribuições

A principal atribuição da Comissão de Concurso é a elaboração, aplicação e correção das provas dos candidatos inscritos nos concursos. O processo de seleção de novos membros é de responsabilidade do órgão auxiliar.

A verificação a respeito do cumprimento das condições e requisitos objetivos para participação dos candidatos no concurso é feita pela análise da Comissão de Concurso. Destaca-se, nesse aspecto particular, o exame a respeito do tempo de atividade jurídica, que passou a ser uma exigência para o ingresso na carreira, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

O Conselho Nacional do Ministério Público, após amplas discussões, editou a Resolução de número 40, em 26 de maio de 2009, que definiu, objetivamente, o conceito e o alcance da expressão atividade jurídica, entendendo que a contagem de tal tempo só se inicia após a conclusão do curso de Direito.

O estudo e a deliberação a respeito do preenchimento ou não dos requisitos é tarefa exercida, na via administrativa e de forma soberana, pela Comissão de Concurso. Eventual recurso, na esfera administrativa, seria submetido ao crivo da própria Comissão, que tem poder, inclusive, de realizar diligências.

Durante a fase de provas, as quais são elaboradas, individualmente, pelos membros da Comissão, caberá a esta acompanhar a realização e, posteriormente, julgar os eventuais recursos a respeito das questões submetidas aos candidatos.

O Ministério Público mineiro tem a tradição de realizar concurso para ingresso na carreira com três etapas de provas, com fases de provas objetivas, discursivas e orais.

A fase de provas objetivas possui número fixo de questões para cada disciplina, sendo que, de acordo com os critérios fixados no Regulamento do concurso, serão classificados somente os candidatos que fizerem a pontuação mínima, eliminados os demais.

Cada titular de disciplina, integrante da Comissão de Concurso, auxiliado pelo suplente ou revisor, elabora o grupo de questões de sua pasta, as quais são submetidas ao grupo de candidatos inscritos.

As notas lançadas pelos integrantes da Comissão de Concurso são encaminhadas para a Secretaria do Concurso, a qual é responsável pela conferência, identificação, lançamentos e divulgação do resultado.

A Secretaria do Concurso Comissão fiscaliza a aplicação da prova e providencia os meios necessários para a melhor realização de todo o concurso. Ao final, compete-lhe divulgar o resultado final.

A nomeação dos candidatos é ato próprio do Procurador-Geral de Justiça, fora, pois, das atribuições do órgão auxiliar, vez que já encerradas as atividades da Comissão de Concurso.

9.4. Finalidade

A Comissão de Concurso tem por finalidade selecionar, dentre os bacharéis em direito, aqueles que integrarão as fileiras do Ministério Público.

Por força da Constituição Federal, arts. 37, II, e 127, § 2º, o ingresso na carreira depende da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A Comissão de Concurso é responsável pela elaboração das questões às quais são submetidos os candidatos, assim procedendo durante todas as etapas do concurso.

9.5. Suspeição, impedimentos e incompatibilidades

Os integrantes da Comissão de Concurso, indistintamente, sujeitam-se ao preenchimento de condições objetivas e subjetivas para o exercício das funções. Afora aquelas já previstas em lei como requisitos para participação, notadamente art. 77, da LC nº 34/94, retromencionadas, existem circunstâncias outras que também impedem a assunção da atividade.

Em 06 de novembro de 2006, foi publicada a Resolução nº 14, do CNMP, que previu a vedação de participação, como membro de Comissão de Concurso, daqueles que tivessem exercido magistério e/ou direção de cursos destinados à preparação de candidatos a concursos públicos, até três anos após cessar tais atividades.

Também a Resolução nº 14 do CNMP proíbe a participação de membro do MP na Comissão de Concurso que tenha, entre os candidatos inscritos, parentes consanguíneos civis ou afins até o terceiro grau, bem como amigos íntimos ou inimigos capitais.

Como já visto, no Ministério Público de Minas Gerais, é adotado critério ainda mais rigoroso, ao impedir a participação de membro com parentesco civil ou afim até o quarto grau, nos termos do art. 77, VII, da LC nº 34/94.

Ainda segundo o Conselho Nacional [1)], é proibida a participação, na Comissão, de pessoa que tenha sido, nos três anos anteriores ao do concurso, titular, sócia, dirigente, empregada ou professora de curso destinado a aperfeiçoamento de alunos para fins de aprovação em concurso público.

De acordo com a Resolução CNMP nº 14/2006, no caso de se tornar inviável a composição da Banca Examinadora, é possível convidar membros de outros Ministérios Públicos.

A Resolução nº 40/2009, do CNMP, trata como hipótese de suspeição de membro da Comissão o deferimento de inscrição de candidato que seja seu servidor funcionalmente vinculado, cônjuge, companheiro, ex-companheiro, padrasto, enteado ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive.

A mesma Resolução, complementando aquela anterior, Res. CNMP nº 14/2006, estabelece que será ainda considerado suspeito aquele que tiver participação societária, como administrador ou não, em cursos formais ou informais de preparação de candidatos para ingresso na Instituição, ou contar com parentes até o terceiro grau, em linha reta, colateral ou por afinidade nessa condição de sócio ou administrador.

Aplicam-se, ainda, no que couber, aos membros da Banca Examinadora as causas de impedimento e suspeição previstas nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil [2)].

Entende-se que o impedimento ou suspeição deixa de prevalecer se o candidato gerador da situação vier a ser eliminado do concurso, em qualquer fase.

[1)] Resolução nº 29, de 31 de março de 2008.

[2)] A saber: "Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:
I - de que for parte;
II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;
V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;
VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.
Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.
Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:
I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na

colateral até o terceiro grau;
III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.
Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo".

9.6. Remuneração

Todos os componentes da Comissão de Concurso, bem como aqueles que auxiliam na realização do concurso, de acordo com o art. 81, da LC nº 34/94, fazem jus à percepção de gratificação fixada por ato do Procurador-Geral de Justiça, que tem natureza remuneratória (*pro labore*), sendo considerada contraprestação por trabalho novo, com incidência do imposto de renda.

Não se aplica, nesse caso, dado o caráter de impermanência e de ser uma atividade anômala, a contribuição previdenciária, conforme entendimento acolhido administrativamente pela Instituição. Nesse sentido, houve criação de comissão interna, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, a qual chegou a tal conclusão em parecer conclusivo e aprovado.

A gratificação é paga em parcela única, ao final do certame, não podendo ter valor superior ao teto remuneratório estabelecido para o Ministério Público.

9.7. Ementário de Legislação

- Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, n.º 34, de 1994.
- Lei Federal nº 8.625, de 1993.
- Lei Complementar nº 75, de 1993.
- Código de Processo Civil.
- Conselho Nacional do Ministério Público, Resoluções.
- Conselho Nacional de Justiça, Resoluções.

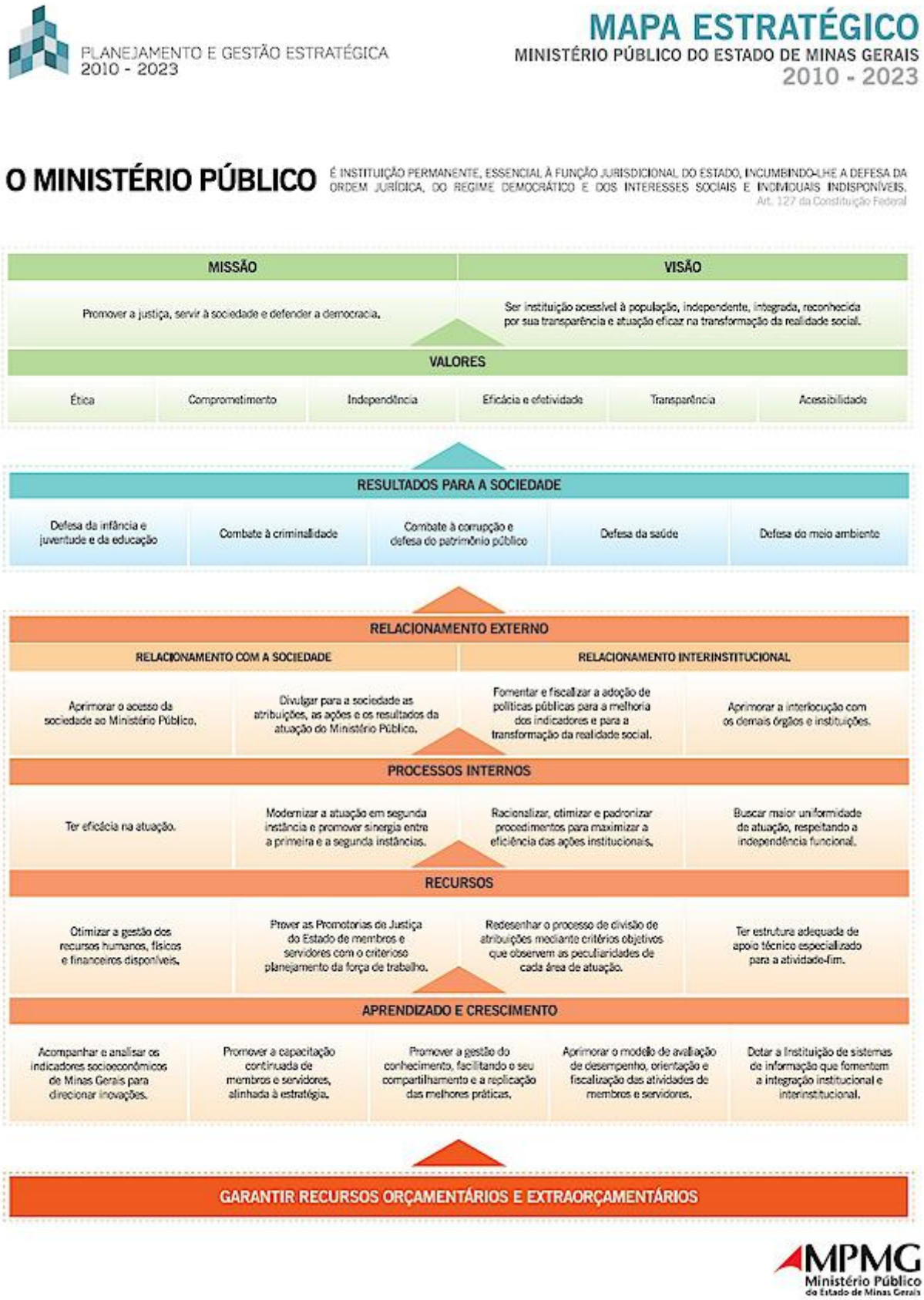
10. Coordenadoria de Planejamento Institucional - COPLI

Autor/ Organizador: *Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento*

O processo de construção de um plano estratégico e de um novo modelo de gestão para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) se desenvolveu de julho de 2010 a dezembro de 2012, sendo organizado por consultoria especializada em conjunto com a equipe da Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI). As conclusões do esforço em favor do planejamento estratégico foram consolidadas nas Resoluções PGJ números nº 70, 71 e 72, todas de setembro de 2012.

Desde então a atividade de planejamento institucional, prevista nos artigos 3° e 19 da Lei Complementar Estadual n° 34/94, se viu profundamente reestruturada, orientando-se para a consecução de ações de curto, médio e longo prazo, sob a perspectiva de entrega de resultados para a sociedade e de estruturação interna, de maneira que conduza o MPMG ao cumprimento de sua missão e ao alcance da sua visão de futuro, observados os valores mais caros à Instituição.

O Mapa Estratégico do MPMG representa estruturalmente a estratégia da organização. Todos os conceitos nele introduzidos foram assentados na Resolução PGJ n° 71/2012.



A técnica de planejamento estratégico busca conhecer o melhor possível os ambientes interno e externo das organizações. À luz da percepção do presente e do conhecimento do passado, procura-se identificar e antever situações e mudanças positivas ou negativas capazes de influir nas atividades desenvolvidas, bem como traçar e implementar ações direcionadas ao pleno aproveitamento de oportunidades e à neutralização de ameaças.

Tal dinâmica requer seja a estratégia continuamente monitorada e ocasionalmente revista. Para tanto, foram concebidos indicadores de desempenho das ações do MPMG (plano interno) e também fixada prática de monitoramento dos cenários externos, com geração de informações estratégicas em quantidade e qualidade suficientes para nortear as deliberações dos órgãos responsáveis pela governança institucional.

No que toca à gestão estratégica, o MPMG, repercutindo os postulados da governança participativa, adotou instâncias colegiadas com o propósito de acompanhar o desenvolvimento das ações e garantir a gestão do Plano Estratégico.

Com a edição da Resolução PGJ nº 71/2012, passou a operar o Conselho de Gestão Estratégica (CGE), órgão da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça, no qual têm assento o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional e o Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico.

Cabe ao Conselho de Gestão Estratégica prover macrodiretrizes que orientem a formulação da estratégia institucional na área administrativa e na de resultados para a sociedade, com o intuito de preservar a unidade e a sustentabilidade institucionais, assim como de realizar a priorização de projetos estratégicos e determinar ações de monitoramento ou correção de rumos.[1)]

Para subsidiar os trabalhos do CGE, foram inseridos em sua estrutura o Fórum Permanente de Resultados para a Sociedade (FPRS) e o Fórum Permanente de Gestão (FPGE).

O FPRS tem como finalidade orientar, articular, integrar e acompanhar as ações das Procuradorias de Justiça, dos Centros de Apoio Operacional, do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG) e das Coordenadorias Especializadas, bem como subsidiar a tomada de decisão do CGE por meio da análise, da proposição da priorização e do acompanhamento dos planos, programas e projetos relacionados aos *Resultados para a Sociedade* do Mapa Estratégico do MPMG.

Já o FPGE tem como finalidade realizar a análise, a proposição da priorização e o acompanhamento dos planos, programas e projetos relacionados aos macro-objetivos do Mapa Estratégico do MPMG, visando subsidiar, com informações pertinentes, a tomada de decisão pelo CGE.

Coube à Coordenadoria de Planejamento Institucional prestar suporte técnico-operacional aos órgãos do CGE nas tomadas de decisões estratégicas, sendo também responsável por programar, desenvolver, orientar, acompanhar e avaliar as atividades de planejamento institucional, a construção de indicadores e a modernização administrativa.

Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI)
Competências

A Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI), unidade subordinada à Procuradoria-Geral de Justiça, realiza o planejamento e desempenha as funções de Escritório de Projetos do MPMG, conforme o disposto no artigo 3° da Resolução PGJ n° 32/2010 e no artigo 3° da Resolução PGJ n° 24/2012.

> **Resolução PGJ n° 32/2010**
>
> "Art. 3° Compete à Coordenadoria de Planejamento Institucional:
>
> I - prestar assessoramento direto e imediato ao Coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico;
>
> II - promover, orientar e coordenar a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público e do Planejamento Estratégico, com a participação das Procuradorias e Promotorias de Justiça e demais

unidades organizacionais;

III - promover, orientar, acompanhar e coordenar a elaboração e a execução do Plano Geral de Atuação do Ministério Público e do Planejamento Estratégico, bem como sugerir alterações ao Procurador-Geral de Justiça;

IV - elaborar, acompanhar, orientar e compatibilizar projetos, programas, ações e medidas institucionais;

V - acompanhar de forma sistêmica a atuação do Ministério Público, identificando necessidades e sugerindo mudanças;

VI - organizar e prestar apoio técnico-operacional necessário para a realização das audiências públicas e do Fórum Permanente dos Centros de Apoio Operacional;

VII - auxiliar no planejamento, definição e acompanhamento da política de segurança da informação no âmbito do Ministério Público, atuando como membro do Conselho Gestor de Segurança da Informação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CGSI);

VIII - planejar, executar, coordenar, supervisionar e avaliar as atividades de inteligência e de segurança institucionais de pessoal, instalações e respectivas operações;

IX - promover o desenvolvimento do conhecimento relativos à segurança e à inteligência institucionais, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento das atividades de segurança e de inteligência institucionais;

X - analisar e propor convênios relacionados às atividades de inteligência e segurança institucionais;

XI - manter intercâmbio, solicitar informações e cooperação de quaisquer membros ou órgãos de execução do Ministério Público;

XII - promover, coordenar, orientar e executar ações necessárias à construção de indicadores, à modernização administrativa e ao desenvolvimento de sistemas;

XIII - coordenar, com base em diretrizes estratégicas, o desenvolvimento de sistemas informatizados;

XIV - elaborar e coordenar a implantação de normas, sistemas e métodos de simplificação e racionalização de trabalho, bem como proceder à sua revisão e adequação e indicar o treinamento interno necessário à sua operacionalização;

XV - exercer outras funções que lhe forem delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.”

Resolução PGJ n° 24/2012

“Art. 3° Cabe à COPLI em sua função de Escritório de Projetos do Ministério Público:

I - gerenciar o portfólio de projetos do MPMG, consolidando informações sobre o respectivo desempenho;

II - gerenciar os projetos estratégicos institucionais, quando demandado pelo Procurador-Geral de Justiça;

III - zelar pela padronização, pela regulamentação e pelo aprimoramento da gestão de projetos no MPMG;

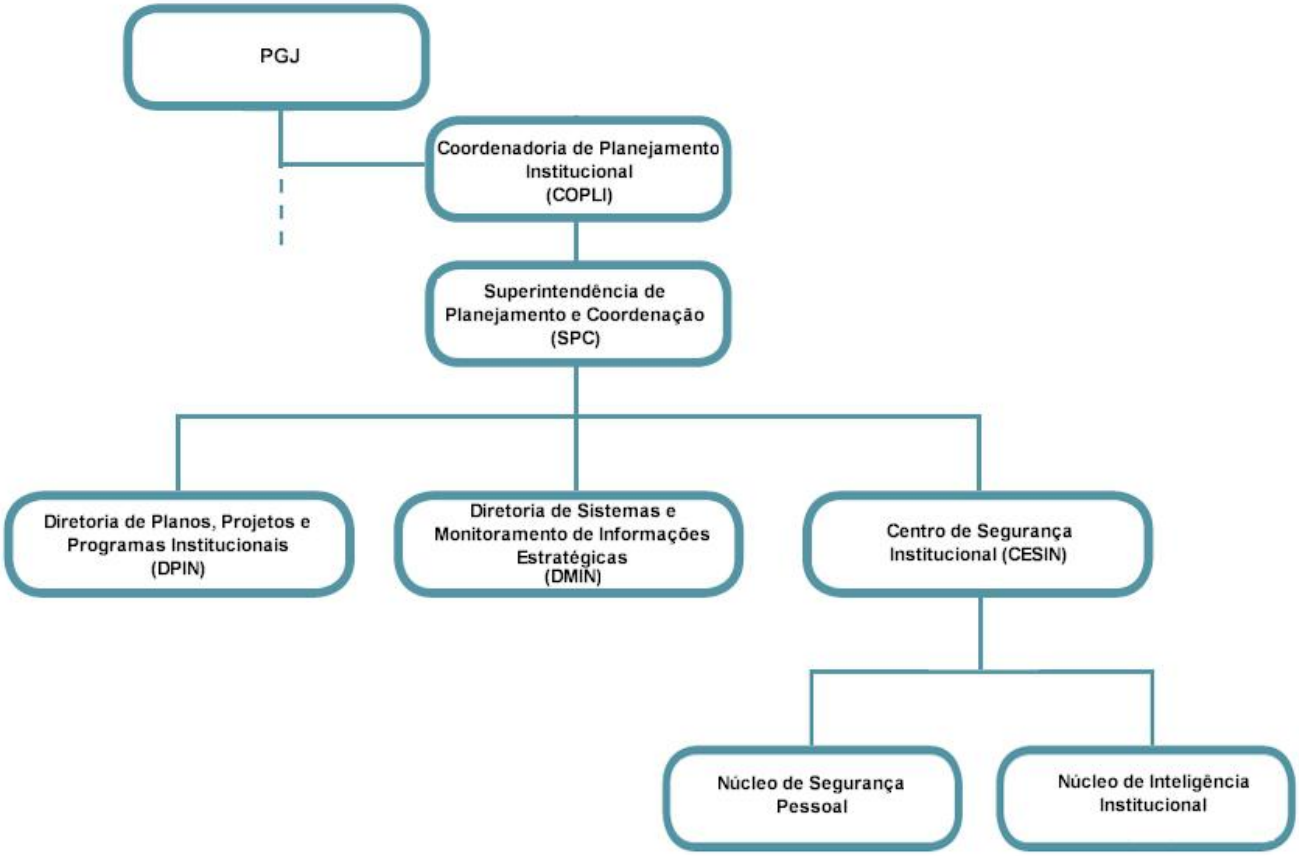
IV - propor a regulamentação e constante atualização da gestão de projetos;

V - promover treinamento relativo à Metodologia de Gerenciamento de Projetos (MGP);

> VI - promover a captação, a geração, o registro, a preservação e a disseminação de lições aprendidas e melhores práticas em gerenciamento de projetos;
>
> VII - prestar assessoramento técnico na área de gestão de projetos às unidades organizacionais do MPMG;
>
> VIII - disponibilizar documentos utilizados na orientação, no controle e no acompanhamento da gestão de projetos."

Estrutura orgânica

A Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI) tem, em sua estrutura orgânica, a Superintendência de Planejamento e Coordenação (SPC), a Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais (DPIN), a Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações Estratégicas (DMIN), o Centro de Segurança e Inteligência Institucional (CESIN), o Núcleo de Segurança Pessoal e o Núcleo de Inteligência Institucional, conforme representa a figura abaixo: (clique para ampliar)



Coordenação

A COPLI é dirigida por coordenador escolhido entre os Procuradores ou Promotores de Justiça da mais elevada entrância, ao passo que a SPC, a DPIN e a DMIN são geridas por servidores efetivos dos quadros de serviços auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Por sua vez, as unidades do CESIN são geridas por oficial dos quadros da Polícia Militar de Minas Gerais e por Delegado da Polícia Civil de Minas Gerais.

Atuação de gestão de projetos

O modelo de gestão adotado pelo MPMG funda-se, entre outras premissas, na execução dos planos institucionais, por intermédio de projetos elaborados conforme metodologia própria e monitorados pelo Escritório de Projetos.

Os Escritórios de Projetos, tendência mundial nas organizações modernas, são reconhecidos por estabelecerem coordenação centralizada que possibilite a visão institucional desse tipo de trabalho e por melhorar o grau de sucesso dos projetos, cada vez mais complexos.

Dentre suas atribuições, destaca-se a responsabilidade de oferecer o suporte necessário para que projetos sejam desenvolvidos de forma cada vez mais eficiente e eficaz, contribuindo na redução de dispersões de foco, retrabalhos, atrasos, custos e cancelamentos, mediante metodologias institucionais de gestão de projetos e de gestão do portfólio de projetos, do desenvolvimento de formulários-padrão, do apoio à elaboração de propostas de projetos e à própria gestão de projetos estratégicos.

Conforme a metodologia de gestão de projetos vigente, qualquer membro ou servidor da Instituição pode formular e propor projetos à Procuradoria-Geral de Justiça, com o objetivo de promover ações institucionais voltadas à perspectiva dos resultados para a sociedade ou dos macro-objetivos estratégicos institucionais. Para tanto, basta acessar a área do Escritório de Projetos, na página da COPLI, pela *intranet*, e preencher o formulário denominado “Ficha de Proposta de Projeto”.

As propostas de projetos recebidas sujeitam-se à análise técnica da Coordenadoria de Planejamento Institucional e à subsequente apreciação dos órgãos do Conselho de Gestão Estratégica.

Elaboração, acompanhamento da execução e de revisões do plano estratégico

O Plano Estratégico constitui instrumento de planejamento institucional composto por missão, visão de futuro, valores, resultados para a sociedade, macro-objetivos, objetivos e iniciativas estratégicos institucionais, retratando a proposta de trabalho do MPMG, tanto na atividade-fim, quanto na área administrativa, em determinado horizonte de tempo.

Para que o MPMG desenvolvesse seu plano estratégico, foi preciso obter diagnóstico da realidade institucional, prospectar cenários externos, definir mapa estratégico, encadear plano estratégico, construir planos operacionais, estabelecer política de governança e fixar indicadores para acompanhamento da performance institucional e de cenários externos.

A síntese da estratégia institucional consta do Mapa Estratégico, o qual enuncia os resultados para a sociedade e os macro-objetivos a serem perseguidos pelo MPMG, com vistas no cumprimento de sua missão e no alcance duma visão de futuro.

A entrega de resultados para a sociedade e o atendimento dos macro-objetivos se concretizam mediante a execução de planos, programas e projetos inovadores que permitam aumentar o aproveitamento da estrutura orgânica existente e das atividades desempenhadas por membros e servidores.

Conforme previsto na Resolução PGJ nº 70/2012, deve haver a integração entre o planejamento estratégico da atuação finalística e o das ações administrativas, os quais convergem para o Plano Geral de Atuação − Área-Fim (PGA Finalístico) e para o Plano Geral de Atuação − Área Administrativa (PGA Administrativo).

Compõe-se o PGA Finalístico de objetivos dirigidos exclusivamente à obtenção de resultados para a sociedade, buscando aglutinar os esforços dos órgãos de execução do MPMG, de outras instâncias institucionais e de órgãos e entidades externos.

O PGA Finalístico tem vigência bienal, sendo elaborado no período de junho a outubro do ano anterior ao de início de sua vigência, com a participação das Procuradorias e das Promotorias de Justiça, dos Centros de Apoio Operacional, das Coordenadorias Especializadas e do Procon-MG, além do envolvimento de membros do MPMG

e da sociedade.

A oitiva de Promotores e Procuradores de Justiça e da sociedade civil postula a confirmação e a revisão das demandas sociais que devem ser atendidas prioritariamente pelo MPMG. Após essa etapa, os coordenadores de Centros de Apoio Operacional e de Coordenadorias Estaduais hão de analisar o rol de prioridades institucionais, os indicadores de desempenho institucional e os indicadores de macroambiente fornecidos pela equipe da Coordenadoria de Planejamento Institucional, a qual também lhes prestará o suporte técnico necessário à definição dos objetivos e metas do PGA para as áreas de atuação do MPMG.

A proposta de PGA Finalístico é apreciada pelo Fórum Permanente de Resultados para a Sociedade e pelo Conselho de Gestão Estratégica, depois submetida à aprovação da Câmara de Procuradores de Justiça pelo Procurador-Geral de Justiça.

Por sua vez, o PGA Administrativo pretende induzir a concretização dos macro-objetivos do Mapa Estratégico, sendo composto por projetos priorizados anualmente de modo alinhado com os processos de planejamento orçamentário e de planejamento da atividade-fim.

A elaboração do PGA Administrativo é promovida, no período de junho a setembro do ano anterior ao de sua vigência, pela Coordenadoria de Planejamento Institucional, conforme a orientação do Conselho de Gestão Estratégica (CGE).

Cabe ao Fórum Permanente de Gestão apreciar a proposta de PGA Administrativo e submetê-la até o mês de novembro do ano anterior ao de sua vigência à análise do Conselho de Gestão Estratégica, o qual deverá efetuar a aprovação do PGA Administrativo até o mês de dezembro.

Duas categorias de projetos podem compor o PGA Administrativo. A primeira denomina-se Projetos de Eficácia − Resultados para a Sociedade, que tem como finalidade principal prover meios e melhorias aos órgãos de administração e aos órgãos auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas de Gerais, com foco no incremento da eficácia da atuação institucional nos “Resultados para a Sociedade” fixados no Mapa Estratégico.

A segunda, os chamados Projetos Estruturantes Administrativos, visa à estruturação da área-meio da Instituição, com foco no incremento e na melhoria do relacionamento interinstitucional e com a sociedade, dos processos internos, dos recursos, do aprendizado e do crescimento, observados os macro-objetivos definidos no Mapa Estratégico.

Uma vez em movimento, faz-se imprescindível medir o desempenho da execução da estratégia, o que se concretiza pela aferição dos impactos produzidos por planos e projetos nas áreas de resultados para a sociedade e nos macro-objetivos.

O Modelo de Gestão Estratégica adotado pelo MPMG toma como base a Metodologia *Balanced Scorecard*. Essa escolha orientou-se pela necessidade de acompanhamento contínuo das ações e dos projetos voltados à concretização do Plano Estratégico, o que é possibilitado pelo uso de indicadores de desempenho que correlacionam o esforço ao resultado alcançado em cada objetivo proposto.

Os indicadores de desempenho são métricas que visam a acompanhar a materialização dos resultados para a sociedade e dos macro-objetivos, ou seja, medem o desempenho organizacional sob o enfoque das dimensões do Mapa Estratégico, com o fim de subsidiar a tomada de decisões e permitir eventuais correções de rumo no intuito de garantir a consecução dos objetivos estratégicos traçados.

O Planejamento Estratégico do Ministério Público legou indicadores iniciais de desempenho para cada macro-objetivo do Mapa Estratégico, os quais são permanentemente monitorados e aperfeiçoados. É importante destacar que, como resultado do processo natural de evolução do trabalho de monitoramento, novos indicadores podem ser criados, bem como os atuais podem ser alterados ou descontinuados oportunamente[2]. O rol de indicadores de desempenho institucional consta da Resolução PGJ nº 70/2012.

Afora isso, também os objetivos e as ações previstas no Plano Geral de Atuação da área administrativa (PGA Administrativo) e no Plano Geral de Atuação da área finalística (PGA Finalístico) devem ser continuamente monitorados. Para tanto, o Escritório de Projetos do Ministério Público lança mão de sistema de apoio à gestão

estratégica e à gestão de projetos, bem assim do Sistema de Registro Único do MPMG.

Por fim, também o Plano Estratégico 2010-2023 passará por duas amplas revisões, as quais ocorrerão nos períodos de janeiro de 2015 a fevereiro de 2016 e de janeiro de 2019 a fevereiro de 2020.

Gestão de processos

A gestão de processos traz uma nova abordagem e uma nova visão da organização: focar na ação (a atividade de trabalho) em vez da estrutura (funções e departamentos). Desse modo, a gestão de processos proporciona uma visão encadeada das atividades realizadas no âmbito das organizações, com vistas no pleno aproveitamento dos recursos e na otimização do desempenho das tarefas. Nesse enfoque, um processo é uma rede constituída de atividades, de algum modo sequenciadas e/ou articuladas, com mira em um ou mais objetivos que podem abranger vários departamentos e funções.

Cumpre destacar que a gestão de processos também desempenha papel crucial para a avaliação e a modelagem da estrutura orgânica e consequente alocação de atribuições, de autoridade e de responsabilidade entre as unidades da Instituição.

No âmbito do MPMG, são desenvolvidos projetos de gestão de processos pela DMIN, os quais têm o escopo de identificar, classificar, descrever, documentar, analisar, avaliar e melhorar as atividades encadeadas e articuladas com um propósito, sugerindo soluções para os principais problemas de processos de trabalho, com indicação da necessidade de desenvolvimento ou aprimoramento de sistemas de informação.

Entre outros benefícios, cabe anotar que a universalização da gestão de processos numa instituição permite que sejam efetivamente conhecidas as suas atividades operacionais, gerenciais ou estratégicas, seus requisitos, custos e capacidade de gerar valor para a sociedade. Além disso, enseja padronização, celeridade e acompanhamento estreito da prestação dos serviços pelas várias unidades e atores institucionais, com consequente aferição da eficiência e do desempenho de cada qual.

Sob o prisma da estrutura da Instituição, também são desempenhadas atividades de elaboração e atualização de organograma, bem como a avaliação e propositura de iniciativas que visem ao redesenho, à criação ou à supressão de unidades. Essa remodelagem da estrutura tem, entre outros objetivos, o intuito de afastar a ocorrência de conflitos de atribuições e de preservar o funcionamento dos sistemas organizacionais da Instituição (*v.g.*, recursos humanos, administrativo, financeiro, comunicação e tecnologia da informação), de modo que o agrupamento das tarefas contribua para a eficiência e a eficácia na consecução dos objetivos institucionais.

Sistemas Externos

Sistemas externos são aqueles desenvolvidos por órgãos públicos ou entidades de direito privado e disponibilizados ao MPMG por meio da celebração de contratos, convênios ou termos de cooperação técnica para a utilização de membros e servidores do MPMG, com vistas no atendimento de necessidades surgidas no desempenho da atividade finalística.

O acesso aos sistemas externos deve ser solicitado por membro do MPMG, através do MPFluxus, disponível no portal do MPMG, opção “Bases de Dados – COPLI – Requisição”. Os pedidos serão recebidos pela COPLI, que providenciará o cadastramento. As informações necessárias para a utilização do sistema serão enviadas ao endereço eletrônico funcional/individual do novo usuário.

Inteligência institucional

A atividade de inteligência no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais destina-se, principalmente,

à proteção das informações produzidas e próprias da Instituição e à busca de informações externas de interesse institucional.

Quando se fala em segurança de informação, trata-se não somente dos dados digitais que trafegam pela rede lógica de computadores ou que estejam armazenados em um sistema eletrônico, mas também de toda informação registrada em documentos, autos de processos e procedimentos, publicações, gravações de áudio e vídeo, ou mesmo transmitida oralmente por conversação, telefonia, etc., de importância e valor para a Instituição e que necessita ser adequadamente protegida. Esses documentos e materiais são alvos permanentes de ações adversas, em particular de espionagem e de sabotagem, feitas por meio de furto ou de técnicas especializadas, tais como fotografia e memorização, e ainda de ações que objetivam destruir ou adulterar o documento ou material sigiloso, impedindo o correto aproveitamento de seu conteúdo.

Merecem destaque as ações não intencionais, acidentais ou de vazamento de informação, cometidas por pessoa que, involuntariamente, tomou ciência de dados reservados e os divulgou. É o caso de prestadores de serviço, visitantes ocasionais ou ouvintes passivos de um telefonema ou conversa paralela. Nesse sentido, é necessário revestir de atenção todo o ciclo de vida de uma informação sigilosa ou potencialmente estratégica, desde a sua produção até sua destruição, passando pelo controle de recebimento, expedição, tráfego, manuseio e arquivamento por qualquer meio físico ou eletrônico disponível.

A salvaguarda de informações é atividade de inteligência e de segurança institucional. Um incidente envolvendo perda de informações pode significar desde a paralisação de processos, rotinas e procedimentos até o risco à integridade física de membros, servidores, instalações e equipamentos do Ministério Público.

No Centro de Segurança e Inteligência Institucionais (CESIN), o Núcleo de Inteligência executa suas funções pautado pela experiência e pelas doutrinas de inteligência disponíveis, desenvolvendo, entre outras, as seguintes ações de inteligência e contrainteligência:

- a) intermediação institucional com a Polícia Civil de Minas Gerais com vistas na execução de atividades inerentes ao MPMG que se relacionam, sobretudo legalmente, com aquela instituição. Nesse sentido, são promovidos agendamentos de visita a estabelecimento prisional da Polícia Civil; cadastramento de membros e servidores do MPMG para acesso ao Sistema de Informações Policiais (SIP), em consonância com o convênio firmado; encaminhamento de solicitações diversas (como laudos periciais), demandas relacionadas ao Detran, acompanhamentos de registros de ocorrências policiais, etc.; busca de parceria e aproximação institucional, objetivando a superação de obstáculos historicamente evidenciados;
- b) varredura telefônica em casos de suspeita justificada de escuta não autorizada. O CESIN realiza a inspeção nas linhas telefônicas das Promotorias de Justiça e, em situações excepcionais, nas residências dos membros do MPMG;
- c) auxílio a investigações desenvolvidas pelos Centros de Apoio Operacional (CAO) do MPMG, em suas diversas áreas, quando solicitado;
- d) ações/operações de inteligência e investigação por demanda direta do gabinete do Procurador-Geral de Justiça;
- e) ações/operações de inteligência nas audiências públicas e em outros eventos do MPMG com grande afluxo de público e/ou que representem risco potencial, como também na prevenção à fraude nos concursos da Instituição;
- f) desenvolvimento do projeto de sistema de inteligência do Ministério Público e de manuais e cartilhas de inteligência e segurança;
- g) pesquisa para instrução de procedimento de investigação social ou sindicância preliminar de candidatos aprovados em concurso público para ingresso no Ministério Público, no Poder Judiciário, na Polícia Federal e em outros órgãos públicos, incluídos os de outros Estados da Federação;

- h) localização e qualificação de pessoas físicas e jurídicas – o Núcleo de Inteligência realiza pesquisas nos diversos bancos de dados conveniados com a PGJ e em outras fontes abertas, para subsidiar a instrução de processos ou outros procedimentos em trâmite no Ministério Público.

Com base no inciso XIV do art. 67 da LC nº 34/94, o Ministério Público, no exercício de suas funções, poderá "consultar banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal e a inviolabilidade dos direitos individuais" (art. 1º da Lei Complementar nº 80/2004). Assim, foram negociados e concretizados termos de cooperação técnica com órgãos e instituições, públicas e privadas, que permitem acesso a diversos sistemas de dados.

Os diversos sistemas de dados disponíveis possibilitam, em conjunto: pesquisa cruzada de dados básicos cadastrais de indivíduos (qualificação e endereço); número e situação do CPF (se regular, pendente de regularização ou suspenso); antecedentes criminais; dados de condutor de veículo automotor e candidato à Carteira Nacional de Habilitação; pesquisa de veículos automotores (infrações, impedimentos, propriedade, ocorrências, licenciamento, etc.); dados de empresas (razão social, CNPJ, endereço, se ativa ou inativa); dados de sócios (CPF, endereço, se sócio-administrador, sócio-gerente, contribuição social); situação cadastral de indivíduos e empresas e, ainda, informações a respeito de emissão de cheques e movimentação de débitos no comércio do estado de Minas Gerais.

Importante ressaltar que o acesso às bases de dados é limitado a poucos usuários cadastrados, que atuam nos Centros de Apoio Operacional e na COPLI. Essa limitação obedece à análise de viabilidade, que envolve aspectos técnicos e de logística afetos à PGJ e aos órgãos conveniados, aspectos financeiros (como alguns dos acessos são pagos, cadastrar mais usuários significa maior ônus) e, ainda, aspectos fundamentais de segurança na utilização de dados de terceiros. Cada usuário cadastrado recebe uma senha individual de acesso e assina um termo de compromisso no qual reconhece a confidencialidade dos dados, passando a ser pessoalmente responsável pela salvaguarda da informação. Da mesma forma, aquele que recebe as informações remetidas pelo CESIN, após pesquisa nos bancos de dados, compartilha do sigilo.

Visando a preservar a lisura do procedimento e a imagem institucional do Ministério Público, o relatório do CESIN contém a classificação de "documento reservado" e a citação dos arts. 37 e 65 do Decreto Federal nº 4.553/2002.

> "Art. 37, § 1º – Todo aquele que tiver conhecimento, nos termos deste Decreto, de assuntos sigilosos fica sujeito às sanções administrativas, civis e penais decorrentes da eventual divulgação dos mesmos."
>
> "Art. 65 – Toda e qualquer pessoa que tome conhecimento de documento sigiloso, nos termos deste Decreto fica, automaticamente, responsável pela preservação do seu sigilo."

Também contém a seguinte advertência, por força dos termos dos convênios de cooperação firmados com os órgãos e instituições parceiras:

> "Este relatório de inteligência não deve ser anexado a processos e/ou procedimentos investigatórios, sendo vedado imprimir, retransmitir ou transcrever sob forma de certidão as informações aqui contidas".

Para que os membros do Ministério Público tenham acesso às informações contidas nos bancos de dados conveniados, basta encaminhar sua consulta à COPLI/CESIN, por meio do preenchimento de formulário eletrônico disponível no portal do Ministério Público de Minas Gerais (www.mpmg.mp.br/copli).

Segurança pessoal

O Núcleo de Segurança Pessoal tem como atribuição primordial estabelecer medidas de proteção aos membros do Ministério Público que foram ameaçados em decorrência de sua atividade funcional, realizando sua escolta, extensiva à família, em situação de risco.

São atividades específicas desse Núcleo:

- a) intermediação institucional com a Polícia Militar de Minas Gerais em assuntos de interesse das duas instituições;
- b) escolta de segurança dos membros do Ministério Público e de seus familiares em situação de risco pessoal, com deslocamento de uma equipe para avaliação de segurança ou escolta do ameaçado, se necessário;
- c) escolta do Procurador-Geral de Justiça em missões oficiais;
- d) acompanhamento em eventos oficiais do Ministério Público, fazendo a intermediação com a Polícia Militar local para adoção de medidas preventivas de segurança;
- e) proteção para os membros do Ministério Público de outras unidades da Federação, quando em visita oficial a Minas Gerais;
- f) orientação e acompanhamento de membros do Ministério Público para compra e registro de armas no Exército Brasileiro e na Polícia Federal;
- g) organização de curso de direção defensiva e de curso de tiro para membros do Ministério Público, visando à aquisição de arma ou ao treinamento daqueles que já possuem arma e desejam aprimorar suas habilidades.

Todo acontecimento que possa causar ou representar algum risco ou dano ao Ministério Público – ou a seu pessoal, suas instalações, materiais ou conhecimentos – deverá ser comunicado imediatamente à Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI).

Visando à celeridade de atendimento, as informações e os serviços prestados pela COPLI podem ser solicitados e difundidos por meio eletrônico (*e-mail* oficial/institucional) ou ofício via fax, observado, em qualquer caso, o grau de sigilo reservado. Em casos de urgência, as solicitações poderão ser feitas pelos membros do Ministério Público de Minas Gerais em situação de risco pessoal, envolvimento em ocorrência policial ou para orientações de segurança. O plantão de segurança funciona 24 horas e pode ser acionado de qualquer parte do Estado pelo telefone (31) 3250-5080.

As solicitações feitas por telefone deverão, posteriormente, ser formalizadas para registro.

Contatos e referências normativas

Página institucional eletrônica: www.mp.mg.gov.br/copli
Endereço: Rua Dias Adorno, 367 – 7º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte/MG, CEP 30190-100.
Telefone: (31) 3330-9928 – Fax: (31) 3330-9931
Plantão de segurança 24h: (31) 3250-5080
Endereço eletrônico: planejamento@mp.mg.gov.br; cesin1@mp.mg.gov.br; cesin3@mp.mg.gov.br; cesin4@mp.mg.gov.br.

Referências normativas

- Resolução PGJ n° 32, de 05 de maio de 2010.
- Resolução PGJ n° 23, de 09 de março de 2012.
- Resolução PGJ n° 24, de 09 de março de 2012.

- Resolução PGJ n° 70, de 13 de setembro de 2012.
- Resolução PGJ n° 71, de 13 de setembro de 2012.
- Resolução PGJ n° 72, de 13 de setembro de 2012.

Lista de Produtos e Serviços da Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais (DPIN) e da Diretoria de Sistemas e de Monitoramento de Informações Estratégicos (DMIN)		
Produto/Serviço	**Unidade Responsável**	**Contato**
Indicadores de Desempenho Institucional	Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações Estratégicas – DMIN	dmin@mp.mg.gov.br
Estrutura Organizacional	Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações Estratégicas – DMIN	dmin@mp.mg.gov.br
Gestão de Processos de Trabalho	Diretoria de Sistemas e Monitoramento de Informações Estratégicas – DMIN	dmin@mp.mg.gov.br
Plano Estratégico	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Plano Geral de Atuação – Atividade-Fim (PGA Finalístico)	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Plano Geral de Atuação – Atividade-Meio (PGA Administrativo)	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Acolhimento e análise de propostas de projetos	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Assessoramento técnico à elaboração de propostas de projetos	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Planos de trabalhos para convênios	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Metodologia de Gestão de Projetos	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Metodologia de Gestão de Portfólio	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Portfólio de Projetos Institucionais	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Relatórios sobre a execução dos planos, projetos e programas institucionais	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Cadastro de usuários no sistema GPWeb	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br
Cadastro de projetos institucionais no Banco Nacional de Projetos (BNP-CNMP)	Diretoria de Planos, Projetos e Programas Institucionais – DPIN	dpin@mp.mg.gov.br

---

1) MINAS GERAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. Secretaria Especial de Planejamento Estratégico (SEPE). Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI). **Planejamento Estratégico**: gestão com resultados 2010-2023. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), 2012. p. 71.

2) MINAS GERAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. Secretaria Especial de Planejamento Estratégico (SEPE). Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI). **Planejamento Estratégico**: gestão com resultados 2010-2023. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), 2012. p. 78.

11. Atuação funcional dos servidores do Ministério Público

[1)]

Autora/Organizadora: *Sandra Helena Barbosa de Andrade*

- 11.1. O papel do servidor público:postura, direitos, deveres e proibições do servidor do Ministério Público
- 11.2. Dos deveres e das proibições,sem distinção de cargo ou função
- 11.3. Penalidades disciplinares
- 11.4. Dos direitos
- 11.5. Estágio probatório e avaliação de desempenho
- 11.6. Plano de carreiras
- 11.7. Gestão de recursos humanos no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

[1)] Os autores desta área na 1ª edição da presente obra foram: *Simone Maria Lima Santos, Yara Rodrigues Pereira, Adalberto Menezes Faria, Geraldo Rogério Gomes Silveira, Patrícia Alves da Cruz Mauro*.

11.1. O papel do servidor público:postura, direitos, deveres e proibições do servidor do Ministério Público

Os órgãos públicos são, no conjunto, os maiores fornecedores de bens e serviços, devendo buscar eficiência no desempenho de suas funções, subordinadas ao critério da efetividade, isto é, os gastos públicos devem promover os resultados almejados, resolvendo os problemas sociais e econômicos para os quais se destinam.

Podemos inferir que o Estado, em suas instâncias e esferas de atuação, tem com papel buscar o bem estar, a facilitação à vida e a garantia do exercício da liberdade, bem como a promoção da igualdade e da justiça.

Para tanto, há toda uma estrutura montada e formada para sustentar o Estado e dar viabilidade de execução às suas políticas e finalidades. Além de todo aparato legal, técnico, estrutural, de logística, mobiliário, espaço físico, equipamentos e outros, ele, é claro, é movimentado pelas pessoas, que dão sustentação e "vida" ao sistema. Essas pessoas ocupam postos pré-definidos para executarem seus ofícios.

O trabalho de qualidade na esfera pública deve ser a grande preocupação. Afinal, prestamos serviços que visam à satisfação de necessidades, coletivas ou não, mas fundamentais ao cidadão.

Para uma gestão pública de sucesso, é inevitável a qualificação profissional dos servidores e sua motivação, condições necessárias para se alcançar todos os outros objetivos, principalmente ter como prioridade a confiança na administração dos recursos de interesse da sociedade.

O Ministério Público Mineiro vem sofrendo um vertiginoso crescimento, não apenas em suas áreas de atuação, mas no seu aparelhamento técnico-administrativo para dar suporte à atividade-fim essencial à função jurisdicional do estado, nos precisos termos da Constituição da República Federativa do Brasil. À guisa exemplificativa, segue quadro comparativo do crescimento do quadro de pessoal nos últimos dez anos:

Exercício	Número de servidores ativos	Número de pedidos de exoneração	*Turnover* (%)
2000	782	44	5,63
2001	794	82	10,33
2002	902	106	11,75
2003	1166	39	3,34
2004	1382	60	4,34
2005	1459	136	9,32
2006	1462	97	6,63
2007	1462	52	3,56
2008	1923	81	4,21
2009	2104	49	2,33

A crescente conscientização da sociedade no tocante aos seus direitos individuais e coletivos aumenta a procura pelas instituições públicas que, a seu turno, devem reinventar formas de aumento da eficiência sem inchaço dos quadros, já que diante das normas de responsabilidade fiscal, há um balizador máximo para aparelhamento da máquina. Daí exsurge a necessidade de um corpo técnico de qualidade.

Quais atitudes, postura e comportamento a Instituição espera do servidor? Ações que visem aos melhores resultados.

As atribuições e responsabilidades do servidor público são focadas para o bem da coletividade, garantindo a manutenção do Estado. São eles os agentes que viabilizam as ações e a implementação das políticas de gestão

e que, em geral, atuam diretamente ou indiretamente para os cidadãos.

O servidor público cônscio de seus direitos e deveres e do seu papel na instituição que trabalha retorna à sociedade o que dele se espera: labor com eficiência e moralidade, com conduta lastreada na legalidade, impessoalidade e publicidade, pilares da Administração Pública nos precisos termos da CF/88.

11.2. Dos deveres e das proibições,sem distinção de cargo ou função

Dos deveres

- exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- ser leal às instituições a que servir;
- observar as normas legais e regulamentares;
- cumprir as ordens superiores, exceto quando ilegais;
- atender com presteza o público em geral, prestando as informações requeridas, exceto as protegidas por sigilo;
- levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
- guardar sigilo sobre assunto de seu local de trabalho;
- manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- ser assíduo ao serviço e pontual;
- tratar igualmente todos os indivíduos;
- representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder;
- desempenhar as atribuições relativas a seu cargo e função, com efetividade e espírito de cooperação e urbanidade;
- apresentar-se convenientemente trajado;
- trazer sempre em local visível o crachá de identidade funcional, quando em serviço na Instituição ou representando-a em serviços externos;
- comunicar qualquer alteração de interesse funcional, tais como: de nome, escolaridade, endereço, estado civil, jornada de trabalho.

Das proibições,sem distinção de cargo ou função

- referir-se de modo depreciativo, verbalmente ou por escrito, no exercício de seu cargo/função, aos seus colegas, subordinados, superiores e público em geral;
- fazer propaganda política nas dependências da Instituição;
- levar para fora das dependências do Órgão documentos ou objetos de propriedade deste, sem prévia autorização;
- utilizar bens materiais ou veículos do Órgão sem ser em serviço;
- praticar usura ou exercer comércio no ambiente de trabalho;

- receber propina, vantagens ou favores de terceiros, sob qualquer pretexto, em razão do cargo que ocupa;
- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, inclusive quanto à utilização do pessoal subordinado;
- portar armas em locais de trabalho, salvo por força de suas atribuições e com a devida autorização;
- **exercício da Advocacia** (Lei n.º 16.180/2006) – é vedado ao servidor do Quadro de Serviços Auxiliares do Ministério Público o exercício da advocacia, bem como de qualquer outra atividade jurídica remunerada, exceto a de magistério e as acumulações previstas em Lei, observada a compatibilidade de horários, devendo o servidor firmar declaração de que não pratica o exercício da advocacia.

11.3. Penalidades disciplinares

Responsabilidades

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Além disso, ele é responsável por todos os prejuízos que, na condição de servidor, causar ao patrimônio do Estado, com ou sem intenção de fazê-los.

O pagamento de indenização ao Estado, a que fica obrigado o servidor, não o exime da pena disciplinar cabível.

Regime disciplinar

Infração disciplinar

Constitui infração disciplinar toda ação/omissão do servidor que possa comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência dos serviços públicos ou causar prejuízos (de qualquer natureza) à Administração.

Processo disciplinar

Constatada irregularidade, a autoridade responsável é obrigada a promover imediata apuração, em processo disciplinar administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório ao acusado, bem como o direito de acompanhar o processo, nos termos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Minas Gerais, Lei n.º 869/52 e da Resolução PGJ n.º 5/2009.

Durante o processo disciplinar, o servidor não pode ser exonerado a pedido, nem se afastar do serviço, a não ser em virtude de doença, suspensão preventiva, prisão administrativa ou prisão em flagrante.

Fatos que atenuem a pena ou justifiquem a inocência podem ser inseridos no processo mediante revisão (não é considerado fundamento para a revisão a simples alegação de injustiça da penalidade). O direito a esses recursos prescreve em 5 (cinco) anos, a contar a partir da data em que forem conhecidos os fatos ou circunstâncias que deram motivo ao processo de revisão.

Afastamento Cautelar ou Suspensão Preventiva

Como medida cautelar, a suspensão preventiva não constitui pena, sendo utilizada apenas para a livre e cabal apuração da infração constatada.

Penalidades que poderão ser impostas, considerando-se a gravidade da infração

- repreensão;
- multa;
- suspensão;
- destituição de função;
- demissão;
- demissão a bem do serviço público.

11.4. Dos direitos

Remuneração – *vencimento* do cargo efetivo, acrescido das *vantagens* pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

Vencimento - retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível.

Vantagens – valores recebidos além do vencimento. Dividem-se em:

- Indenizações – não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito. Ex: diárias, auxílio transporte.

- Gratificações – podem incorporar aos vencimentos nos casos especificados em lei. Ex: gratificação natalina, gratificação pelo exercício de função de chefia.

- Adicionais – podem incorporar aos vencimentos nos casos especificados em lei. É retribuição de uma função especial exercida em condições comuns. Ex: adicional por tempo de serviço, adicional pela prestação de serviço extraordinário.

Adicional por tempo de serviço - Quinquênio – concessão de adicional de 10% sobre o vencimento básico e gratificação a cada período de cinco anos de efetivo exercício, o qual a este se incorpora para fins de aposentadoria, sendo sua percepção assegurada aos servidores ingressos no serviço público do Estado de Minas Gerais até 15 de julho de 2003. *(Art. 112 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, acrescido pela EC 57/2003)*

Adicional trintenário – concessão de adicional de 10% sobre o vencimento básico quando completar trinta anos de serviço o qual a este se incorpora ao vencimento para fins de aposentadoria, sendo sua percepção assegurada aos servidores ingressos no serviço público do Estado de Minas Gerais até 15 de julho de 2003. *(Art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, acrescido pela EC 57/2003)*

Adicional de Desempenho - ADE – Corresponde a um percentual mensal, não cumulativo, calculado sobre o vencimento básico do servidor, levando-se em conta o número de Avaliações de Desempenho satisfatórias e devido ao servidor cuja posse em cargo efetivo dessa instituição tenha ocorrido após 15 de julho de 2003. *(Previsto no art. 31 da Constituição do Estado, na Lei n.º 18.008/08 e Res. PGJ n.º 18/2009)*

Férias-Prêmio – concessão ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e recrutamento amplo, de férias-prêmio com duração de 03 meses (contados em dias corridos) a cada período de 05 anos de efetivo exercício no serviço público do Estado de Minas Gerais. *(Lei nº 869/42 e art. 31, § 4º, da Constituição do Estado)*

Férias regulamentares e pagamento de 1/3 de férias – A partir do 11º mês de efetivo exercício no cargo, poderá o servidor gozar férias regulamentares de 25 dias úteis. As férias regulamentares poderão ser divididas em dois períodos, sendo que nenhum deles poderá ser inferior a 10 (dez) dias. Quando houver a divisão das férias em mais de um período, o pagamento de 1/3 do vencimento bruto será efetuado junto da folha de pagamento do mês referente ao 1º período marcado. *(Lei nº 869/52, art. 152)*

13º salário – A gratificação natalina é o valor correspondente a um salário mensal e será proporcional caso o servidor não tenha completado 01 ano de efetivo exercício. No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o servidor poderá optar por uma das formas de recebimento.

Licença para tratamento de saúde – será concedida ao servidor licença médica, a pedido ou de ofício, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus, mediante requerimento e atestado médico original, encaminhado no prazo de até 5 (cinco) dias úteis do início do afastamento, ao Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, para avaliação da concessão da licença. *(Lei nº 869/52 e Res. PGJ n.º 017/2005)*

Licença para cirurgia plástica – somente serão passíveis de licença médica para tratamento da saúde as *cirurgias plásticas com caráter funcional*. A solicitação de licença deverá ser encaminhada previamente ao Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, acompanhada de laudo/relatório médico, especificando

tal caráter. *(Res. PGJ n.º 17/2005)*

Licença para tratamento de saúde de pessoa da família – a licença será concedida ao servidor efetivo, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, ascendente, irmãos, filho, enteado, pessoa que viva sob sua dependência econômica ou mantenha com este vínculo de parentesco civil ou afim. A licença será concedida se a assistência direta do servidor for indispensável, comprovada mediante laudo ou relatório médico. *(Lei nº 869/52, art. 158, III e Res. PGJ-MG n.º 26/2000 e nº 17/2005)*

Licença Maternidade – a servidora efetiva terá direito a 180 (cento e oitenta) dias de licença-maternidade, devendo apresentar requerimento em formulário próprio junto com a certidão de nascimento da criança. A servidora que ocupa cargo de recrutamento amplo deve observar também a legislação da Previdência Social. *(Res. PGJ-MG nº 017/2005 e Res. PGJ-MG nº 25 e 26/2009)*

Licença Paternidade - o servidor terá direito a 05 (cinco) dias úteis, devendo apresentar requerimento em formulário próprio junto com a certidão de nascimento da criança. *(CF/88, art. 39, § 3º, ADCT, art. 10, § 1º; CE/89, art. 31 e Res. PGJ-MG nº 017/2005)*

Licença Adoção – à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção será concedida licença-maternidade pelo período de: 180 (cento e oitenta) dias, criança até 01 ano; 120 (cento e vinte) dias, criança com mais de 01 e menos 04 anos e 90 (noventa) dias, criança de 04 a 08 anos. *(Art. 70, da Lei Complementar n.º 64/2002, Res. PGJ-MG nº 017/2005 e Res. PGJ-MG nº 25 e 26/2009)*

Licença para tratar de assuntos particulares – A LIP, sem remuneração, terá a duração de até 2 (dois) anos e somente será concedida ao servidor estável, observado o interesse da administração. Importante ressaltar que, durante a vigência da LIP, o servidor fica obrigado a contribuir com os valores da contribuição previdenciária, tanto o percentual devido pelo empregado quanto a parte do empregador. *(CF/88, art. 41 e Lei nº 869/52, arts. 158, VI e 164 e Res. PGJ nº 017/2005)*

Licença para acompanhar cônjuge – o servidor terá direito à licença não remunerada para acompanhar cônjuge que seja servidor público estadual, federal ou militar, quando este for mandado para servir em outro ponto do Estado ou do território nacional ou estrangeiro e vigorará pelo tempo que durar o afastamento do cônjuge. O requerimento deverá ser feito em formulário próprio, acompanhado da devida declaração do órgão do cônjuge e de cópia da certidão de casamento. *(Lei nº 869/52, art. 186 e Res. PGJ nº 17/2005)*

Dispensa para casamento – o servidor efetivo, quando do casamento, poderá ausentar-se até 08 (oito) dias consecutivos, a contar da data da certidão de casamento constante do requerimento. *(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005)*

Licença para Doação de Sangue – o servidor poderá doar sangue 02 vezes ao ano e terá direito a dois dias de descanso, o dia deverá ser gozado quando do gozo de férias regulamentares. *(Res. PGJMG nº 17/2005)*

Licença Luto/Nojo – licença em virtude de falecimento de pessoa da família, ausência até 08 dias consecutivos (pais, filhos, cônjuge, irmão). Mediante requerimento e atestado de óbito. *(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005)*

Atividade Política – A partir da candidatura até o dia seguinte ao da eleição, o servidor poderá ausentar-se, tendo assegurado 03 meses de vencimento básico do cargo efetivo. *(Lei nº 869/52)*

Afastamento para cumprir mandato eletivo - É permitido ao servidor investido em mandato eletivo federal, estadual ou municipal. Trata-se de afastamento não remunerado. *(Lei nº 869/52)*

Licença para prestação de serviços obrigatórios por lei – será considerado efetivo exercício e remunerado o dia que o servidor estiver afastado para prestar serviço obrigatório. *(Lei nº 869/52 e Res. PGJMG nº 017/2005)*

Licença para prestação de serviços eleitorais (TRE) – o servidor fará jus à 02 dias na Instituição para cada dia de serviço prestado ao TRE, mediante certidão do Juiz Eleitoral.

Jornada de Trabalho – O servidor concursado terá jornada de 35 horas semanais e o servidor ocupante de cargo em comissão terá jornada obrigatória de 40 horas semanais.

Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de 40 (quarenta) horas e observados os limites máximos dos horários estabelecidos em regulamentação específica. Entende-se por servidor mesmo o ocupante de cargo em comissão.

O horário de trabalho é registrado diariamente por meio magnético ou mecânico, ou ainda, conforme regulamentado por norma legal. Todos os servidores devem observar rigorosamente o seu horário de trabalho, sendo o *registro feito pelo próprio servidor*.

Nenhum servidor pode deixar seu local de trabalho durante o expediente sem autorização, devendo comunicar à sua chefia imediata quando não puder comparecer ao serviço por motivo de doença ou força maior.

Ausência Justificada – O servidor poderá ausentar-se até 03 dias por semestre, amparado por legislação específica. Sempre que possível ele deverá programar a utilização do abono junto com a chefia imediata. *(Resolução PGJ n.º 047/2008)*

Horário Especial para Exames e Provas – se coincidirem com o horário do expediente do servidor, o interessado deverá apresentar requerimento e comprovação da Instituição de Ensino informando o dia e o horário do exame/prova, informando à chefia imediata com antecedência. *(Resolução PGJ nº 047/2000)*

Horário especial para servidor responsável por pessoa portadora de necessidades Especiais – O servidor deverá, mediante laudo médico e perícia feita pelo Departamento de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, solicitar horário especial e comprovar a dependência direta entre o portador de necessidades especiais e o servidor. *(Lei nº 9.401/86 e Decreto n.º 27.471/87)*

Horário Especial para Amamentação – A servidora com filho até 06 meses poderá sair com 01 hora de antecedência, ou ausentar-se 01 hora e 30 minutos durante o expediente para amamentar o filho. *(Resolução PGJMG nº 59/2004)*

Programa de assistência em creche e pré-escola – o servidor com filho até 07 anos tem direito ao pagamento do auxílio pecuniário mensal, mediante apresentação de declaração e documentação necessárias. *(Res. PGJMG nº 107/2005)*

Vale-Lanche – valor pecuniário pago mensalmente, de janeiro a novembro, aos servidores do Quadro de Serviços Auxiliares do MP *(Res. PGJMG nº 13/2005)*.

Progressão por Pós-Graduação – É a obtenção de 03 (três) padrões de vencimento, ao comprovar conclusão de curso de pós-graduação nas áreas relativas às atribuições funcionais do Ministério Público, até o limite de 2 (dois) títulos. Consideram-se cursos de pós-graduação, na forma da lei, os programas de mestrado e doutorado, autorizados e regulamentados pelo Órgão competente, e os cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização, com carga horária mínima de 360 horas de aula, e o denominado MBA, ministrados por instituições devidamente credenciadas. *(Res. PGJ nº 026/2000; Res. PGJ n.º 34/2008 e Res. PGJ nº 50/2009)*

11.5. Estágio probatório e avaliação de desempenho

Estágio Probatório

É o período de 03 (três) anos a que fica sujeito o servidor nomeado por concurso público, com o objetivo de apurar os requisitos necessários à confirmação no cargo para o qual foi nomeado. A avaliação individual e periódica de desempenho é exigida como requisito para a estabilidade, a fim de contribuir para a melhoria da eficiência do serviço público e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Previsão Legal:

São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Redação dada pela EC nº 19/98 ao art. 41 da Constituição Federal e pela EC nº 49/01 ao art. 35 da Constituição Estadual.

Avaliação de Desempenho

A mensuração é o elemento central do sistema de avaliação de desempenho e configura-se, sobretudo, em um processo que consiste no acompanhamento sistemático da atuação do servidor baseado em critérios objetivos e comparado a padrões pré-definidos.

Previsão Legal:

O processo de avaliação de desempenho foi instituído legalmente através da Emenda à CF nº 19/98 (www.senado.gov.br), da Emenda à CE nº 57/03 (www.almg.gov.br) e finalmente por meio das Resoluções PGJ nº 60/2007 – servidores estáveis e 9/2009 – servidores em estágio probatório (www.mp.mg.gov.br). Fatores avaliados:

- Produtividade
- Assiduidade
- Disciplina
- Responsabilidade
- Capacidade de Iniciativa

Periodicidade:

Durante o período de estágio probatório (36 meses) o servidor é avaliado no 8º, 20º e 32º mês, a partir da data de seu efetivo exercício. A partir de quando se torna estável, a avaliação de desempenho passa a ser anual.

Recursos:

Este método de Avaliação de Desempenho pretende ser participativo. A avaliação deverá ser realizada em conjunto com o servidor, que poderá apresentar ressalvas ou mesmo discordar, objetivamente, das notas auferidas.

Caso haja discordância, o avaliado deverá protocolizar Recurso fundamentado, em documento apartado, dirigido ao Presidente da Comissão de Avaliação de Desempenho, no prazo de até 10 (dez) dias a contar da ciência do resultado de cada etapa avaliatória e, na hipótese de recurso contra o resultado final apurado no estágio probatório, o servidor terá o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data do recebimento da notificação do resultado por via postal, com Aviso de Recebimento (AR).

Na elaboração das razões do recurso, o servidor deverá ater-se aos itens e subitens componentes do formulário de avaliação, indicando aqueles que forem objeto de contestação.

11.6 Plano de carreiras

Regulamentação

- Lei Estadual n° 11.181, de 10 de agosto de 1993;
- Lei Estadual n° 12.053, de 05 de janeiro de 1996;
- Lei Estadual n° 13.436, de 30 de dezembro de 1999;
- Lei Estadual n°14.323, de 20 de junho de 2002;
- Lei Estadual n° 16.180, de 16 de junho de 2006;
- Lei Estadual n° 17.681, de 23 de julho de 2008;
- Lei Estadual n° 18.008, de 07 de janeiro de 2009.

- Resolução PGJ n° 26, de 31 de maio de 2000;
- Resolução PGJ n° 102, de 23 de outubro de 2002 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ n° 80, de 16 de setembro de 2005 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ n° 41, de 12 de junho de 2006 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ n° 50, de 19 de julho de 2006 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ nº 29, de 08 de maio de 2008 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ n° 34, de 28 de maio de 2008 *(Revogada)*;
- Resolução PGJ n° 18, de 1º de maio de 2009;
- Resolução PGJ n° 50, de 1º de maio de 2009.

Conceitos

Plano de Carreira

É o conjunto de normas que agrupa e define as carreiras dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consistindo em mecanismo de desenvolvimento dos servidores no decorrer da vida funcional, observada a igualdade de oportunidades, o mérito funcional, a qualificação profissional e o esforço pessoal.

Carreira

É o conjunto de classes, inicial e subseqüentes, da mesma identidade funcional, integradas pelos agrupamentos de cargos de provimento efetivo, de complexidade e de retribuição crescentes, organizados em níveis, de acordo com os graus de escolaridade.

Classe

É o agrupamento de cargos de provimento efetivo, de igual denominação e com atribuições de natureza correlata. Classes com ingresso por concurso: E, D, C. Classes com ingresso por Promoção Vertical: B e A.

Padrão de Ministério Público (PM)

Padrão de vencimento ou Unidade de remuneração a partir da qual se estruturam as classes e o próprio Plano de Carreiras do MPMG, sendo a diferença entre cada padrão de MP e seu subseqüente correspondente a 3,26%.

Progressão anual

É a obtenção de 01 (um) padrão de vencimento, observado o interstício mínimo de 1 (um) ano de efetivo exercício, contados a partir da data de ingresso, para as classes iniciais, e a partir da data de vigência da PROMOÇÃO VERTICAL para as classes subseqüentes.

Promoção horizontal

É a obtenção de 2 (dois) padrões de vencimento, observados os interstícios mínimos de 2 (dois) anos na classe inicial, contados a partir da data de ingresso, e 3 (três) anos nas classes subseqüentes, contados a partir da data de vigência da PROMOÇÃO VERTICAL.

Promoção Vertical

É a passagem do servidor ao padrão inicial da classe subseqüente na carreira a que pertencer, na ocorrência de vaga e observados os requisitos legais previstos na Resolução PGJ n.º 50/09 e Edital próprio de processo de Promoção Vertical, este publicado anualmente no mês de agosto.

REQUISITOS: posicionamento na carreira, escolaridade, Avaliação de Desempenho e outros dispositivos previstos em Edital.

Progressão por Pós-Graduação

É a obtenção de 03 (três) padrões de vencimento, ao comprovar conclusão de curso de pós-graduação nas áreas relativas às atribuições funcionais do Ministério Público, até o limite de 2 (dois) títulos.

Consideram-se cursos de pós-graduação, na forma da lei, os programas de mestrado e doutorado, autorizados e regulamentados pelo Órgão competente, e os cursos de pós-graduação *lato sensu*, em nível de especialização, com carga horária mínima de 360 horas de aula, e o denominado MBA, ministrados por instituições devidamente credenciadas.

11.7 Gestão de recursos humanos no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A Resolução PGJ nº 25/2008, de 1º de maio de 2008, criou a Superintendência de Recursos Humanos, unidade administrativa subordinada técnica e administrativamente à Diretoria-Geral.

É no âmbito da SRH que são elaboradas e executadas as políticas, diretrizes e normas referentes ao desenvolvimento de recursos humanos, ao plano de carreiras, à concessão de benefícios diretos e indiretos, à sistemática de avaliação de desempenho dos servidores e ao processamento da folha de pagamento de pessoal.

No cenário das macropolíticas institucionais, é de competência dessa Superintendência promover a melhoria do ambiente organizacional e a valorização profissional, bem como promover a potencialização dos recursos humanos do Ministério Público para atendimento dos princípios de eficiência e eficácia.

A SRH é composta pela seguinte estrutura orgânica:

- **Superintendência de Recursos Humanos – SRH:** tem como finalidade planejar, coordenar, executar, avaliar e controlar a gestão de recursos humanos do Ministério Público.
- **Assessoria Psicossocial – ASPS:** tem como finalidade acompanhar e acolher os servidores, estabelecendo ações para avaliar a interação com o ambiente institucional e promovendo o seu bem-estar físico, psíquico e social.
- **Central de Atendimento e Orientação de Pessoal – CAOP:** tem como finalidade centralizar o atendimento e direcionamento das questões referentes aos servidores e sua situação funcional, constituindo um canal de relacionamento ativo e um caminho de aproximação, visando agilizar, desburocratizar e padronizar os processos de atendimento e, em última instância, a valorização dos servidores da PGJ-MG.
- **Diretoria de Desenvolvimento de Recursos Humanos – DDRH:** tem como finalidade planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas ao desenvolvimento dos recursos humanos e à gestão dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- **Diretoria de Pagamento de Pessoal – DPAG:** tem como finalidade planejar, coordenar, executar e acompanhar as atividades relacionadas à folha de pagamento de pessoal.
- **Diretoria de Pessoal Administrativo – DPAD:** tem como finalidade planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de servidores e ao registro dos cargos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de servidor da instituição.
- **Diretoria de Pessoal do Ministério Público – DPMP:** tem como finalidade planejar, coordenar, organizar, executar e controlar as atividades relacionadas ao cadastro funcional de Promotores e Procuradores de Justiça e ao registro dos cargos do Quadro de Pessoal do Ministério Público e dos beneficiários das pensões por morte de membros da instituição.

12. Estagiários do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Autor/Organizador: *Ricardo Naves Silva e Melo* [1)]

- 12.1. Estágio antes da Lei nº 11.788/2008
- 12.2. Estágio após a Lei nº 11.788/2008: Resolução PGJ nº 73/2008 explicada

---

[1)] Os autores desta área na segunda edição foram o Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida e Andréia Ferreira Matozinhos.

12.1. Estágio antes da Lei nº 11.788/2008

Lei nº 11.788/2008

- Duas categorias de estagiários: bolsistas e voluntários;
- seguro contra acidentes pessoais pago em favor de todos os estagiários;
- estágio de até 3 (três) anos no máximo;
- recesso de 30 dias concedido a todos os estagiários;
- estagiários bolsistas selecionados por meio de concurso (foram 400 as vagas disponibilizadas na última seleção pública);
- estágio concedido a alunos que não tivessem mais de uma dependência de aprovação em qualquer matéria;
- estabelecia direitos e deveres dos estagiários;
- previa os casos de desligamento;
- previa a prorrogação do estágio;
- direito à suspensão do estágio;
- direito a faltas, desde que justificadas;
- jornada de 4 horas diárias;
- carteira funcional;
- certidão ou certificado quando do término do estágio.

12.2. Estágio após a Lei nº 11.788/2008: Resolução PGJ nº 73/2008 explicada

Temos as seguintes modalidades de estagiários (art. 4º da Resolução): estagiário contratado diretamente pelo MP/PGJ, o estagiário servidor e o estagiário oriundo de convênio com órgãos e entidades públicos e privados.

O estagiário contratado diretamente pela PGJ/MP recebe mensalmente bolsa e auxílio-transporte (valores fixados no art. 7º da Resolução). A seleção se dará através de seleção pública (arts. 21 a 23 da Resolução).

Existe uma exceção no caso de estagiário contratado pela PGJ, que é a seleção ser feita quando não houver estagiários excedentes em face da urgente necessidade da Promotoria e se dará da seguinte forma: o membro do MP faz um ofício ao Diretor do CEAF, que, após consulta quanto à disponibilidade orçamentária, deferirá ou não o pleito. Se deferido, o membro do MP dará ampla publicidade ao exame de seleção, através de convocação por edital público, composto de pelo menos 1 (uma) prova escrita (§1º do art. 18 da Resolução nº 42 do CNMP); caberá ao Membro solicitante a elaboração, a aplicação e a correção de prova escrita de conhecimentos jurídicos, na qual não poderá constar a identificação do candidato, ficando autorizada apenas a identificação numérica, sendo indicado para ocupar a vaga de bolsista disponibilizada o candidato que obtiver a maior nota (§1º, art. 18 da Resolução nº 42/2009 do CNMP).

Ao estagiário servidor é vedada a percepção de bolsa ou de quaisquer outros benefícios; tem jornada especial (arts. 5º e 6º da Resolução) e a seleção será feita nos mesmos moldes dos antigos voluntários.

O estagiário oriundo de convênio terá todos os ônus de seu estágio por conta dos órgãos e entidades conveniadas e a seleção será feita da mesma forma que eram selecionados os antigos voluntários (arts. 24 a 26 da Resolução).

O estágio

- O estágio tem duração máxima de 2 anos, exceto para os portadores de deficiência, que poderão estagiar até a conclusão do curso. (art. 7º da Resolução).
- A jornada é de 4 horas diárias.
- Não existe mais a figura do estagiário voluntário.
- A nomeação ocorrerá por publicação de portaria assinada pelo Diretor do CEAF (art. 27 da Resolução).
- Não há mais retroatividade. A posse e o exercício do estágio terão início sempre no dia 21 (vinte um) de cada mês ou no primeiro dia útil subsequente (art. 28 da Resolução).
- As funções do estagiário estão relacionadas no art. 14 de Resolução.
- Dentre os deveres do estagiário relacionados no art. 15 da Resolução, destaca-se o envio semestral de relatório ao CEAF e à Instituição de Ensino a qual o aluno estiver vinculado, assinado pelo membro do Ministério Público responsável pela supervisão do estágio. A não comprovação do envio do relatório implicará suspensão do pagamento da bolsa até a regularização da situação funcional do estagiário.
- As vedações impostas ao estagiário e as penalidades pelo seu descumprimento estão relacionadas nos arts. 16 a 18 da Resolução.
- O desligamento do estágio está previsto nos arts. 29 a 32 da Resolução, e o parágrafo único do art. 33 permite a prorrogação do estágio pelo prazo máximo de 6 meses quando for indispensável para obtenção do Certificado, mantidas as vedações previstas na Resolução.
- O estágio, para recebimento do certificado, deverá ter duração mínima de 1 (um) ano (art. 34 da Resolução).

- O estagiário servidor fará jus ao Certificado a partir do cumprimento da carga horária mínima de 1.464 horas (§ 1º do art. 34 da Resolução).
- O estagiário que não obtiver aproveitamento satisfatório ou cujo desligamento ocorrer nos casos previstos no art. 29 da Resolução, exceto o inciso II, não receberá o Certificado.
- Será exigida do estagiário a apresentação de exame médico que comprove aptidão para a realização do estágio, sendo necessário que ele se submeta à perícia médica oficial.

O estagiário

É garantido a todo estagiário:

- seguro contra acidentes pessoais e morte, dentro dos preços executados no mercado (art. 10 da Resolução);
- pagamento da bolsa e do auxílio-transporte previstos nos arts. 7º a 9º da Resolução;
- transferência de uma Promotoria para outra, ainda que de outra Comarca, mediante autorização de ambos os Promotores (aquele com quem o estagiário está e aquele para quem o estagiário vai – art. 11 da Resolução);
- recesso de 30 dias, que pode ser dividido em dois períodos iguais, preferencialmente quando das férias escolares; o recesso será concedido de maneira proporcional quando o estágio tiver duração inferior a 1 (um) ano, podendo ainda haver pagamento proporcional referente ao recesso não usufruído quando houver desligamento do estagiário antes do prazo previsto (art.12 da Resolução);
- falta justificável em caso de falecimento de pais, irmãos, cônjuges ou filhos (8 dias consecutivos); nascimento ou adoção de filhos (120 consecutivos, se mulher e 5 dias consecutivos, se homem); casamento (8 dias consecutivos); licença para tratamento de saúde, sendo necessária a compensação se superior a 15 dias; realização de provas, até o máximo de 20 dias por ano devidamente comprovado (art. 13 da Resolução);
- suspensão do estágio, prevista no art. 33 da Resolução, quando da realização de cursos ou intercâmbio dentro ou fora do País, desde que devidamente comprovado; por motivo de doença grave do estagiário, do pais, do cônjuge ou dos filhos mediante comprovação por laudo médico, por motivos particulares, desde que haja a concordância do membro do MP supervisor do estágio. Os pedidos deverão ser encaminhados pelo membro do Ministério Público supervisor do estágio. Durante o período que durar a suspensão do estágio, não será selecionado outro estagiário para a vaga;
- fornecimento de Carteira de Identidade Funcional, a qual deverá ser devolvida quando do desligamento (art. 35 da Resolução).

As obrigações do supervisor

As obrigações do supervisor do estágio (inovação trazida pela Lei nº 11.788/2008) estão descritas no art. 19 da Resolução, são elas:

- orientar e supervisionar o estagiário;
- entregar o termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas pelo estagiário por ocasião do desligamento do estágio;
- manter sob sua responsabilidade documentos que comprovem a relação de estágio;

- garantir a compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no plano de estágio – que será elaborado em conjunto pelo Membro do MP e o estagiário sendo que este plano de estágio integra o Termo de Compromisso;
- assegurar instalações que ofereçam condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural;
- dar visto e assinar o relatório de atividades do estágio a ser enviado semestralmente à instituição de ensino e ao CEAF.

As obrigações da Diretoria de Estágios e Convênios

As obrigações da Diretoria de Estágios e Convênios estão descritas no art. 20 da Resolução, são elas:

- solicitar, em favor do estagiário, seguro contra acidentes pessoais e documento da faculdade que comprove a matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior atestado pela Instituição de Ensino;
- elaborar termo de compromisso a ser assinado entre a PGJ e o estagiário com a anuência da Instituição de Ensino;
- manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio;
- manter atualizado o número total de estagiários.

Disposições finais

Das disposições gerais constam:

- é vedada aos órgãos e às entidades a concessão de auxílio alimentação e assistência à saúde, bem como de outros benefícios diretos e indiretos aos estagiários (art.39);
- aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho, sendo que a implementação desta é de responsabilidade do supervisor do estágio, que deverá acionar as unidades médica e de engenharia do Ministério Público (art. 37 da Resolução);
- aos estagiários nomeados até 25/09/08 aplicam-se os dispositivos previstos na Lei nº 6.494/77. Todos deverão desligar-se quando do vencimento do Termo de Compromisso ou na falta deste quando do vencimento da carteira funcional.

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Autores/Organizadores:
Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade
Promotor de Justiça Luciano França da Silveira Júnior

A Corregedoria-Geral do Ministério Público[1)] constituiu-se em órgão integrante da Administração Superior do Ministério Público, incumbindo-lhe a orientação e a fiscalização das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público[2)].

Nada obstante a Corregedoria ser identificada, com maior evidência, por seu contorno disciplinar, a estrutura legislativa orgânica lega ao órgão, concomitantemente ao atuar fiscalizatório, militância de cunho orientador, tornando essa instância administrativa sítio destinatário de relevantes demandas institucionais.

Na esteira do desempenho dessas atribuições, cumpre ao órgão – personificado na figura do Corregedor-Geral – a sensibilidade de perscrutar as eventuais deficiências emanadas dos órgãos de execução, fornecendo-lhes os ensinamentos hábeis para otimização do labor desenvolvido, tanto na seara finalística como em sede de atividade-meio.

Sem prejuízo, valendo-se do instrumental normativo de natureza correcional, a atuação da Corregedoria-Geral objetiva, outrossim, atingir escopo de aferição – objetiva e subjetiva – quanto ao desempenho das atividades funcionais, cotejando-as com as condutas pública e privada protagonizadas pelos membros ministeriais.

Nesse arcabouço, a dialética híbrida da Corregedoria sugere a inexistência de aspecto prevalente quanto aos tópicos de atuação enumerados, fomentando-se nas dinâmicas orientadoras e fiscalizatórias o substrato para a complexa moldura que emerge no âmbito correcional, tornando a Casa referência inarredável para o equilíbrio nas relações intestinas, assim como naqueles dissensos hauridos de questionamentos externos.

- 1. Corregedor-Geral
- 2. Estrutura de Assessoramento
- 3. Estrutura normativa interna
- 4. Consolidação dos atos normativos e orientadores
- 5. Regime disciplinar
- 6. Processo disciplinar administrativo
- 7. Controle Externo
- 8. Sugestões de Leitura para aprofundamento do assunto

[1)] A Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais foi criada, de fato, por ato administrativo do então Procurador-Geral de Justiça Wagner Luna Carneiro, no ano de 1972, passando a existir, de direito, pela Lei nº 6.226, de 26 de dezembro de 1973, consoante informa o Procurador de Justiça aposentado e ex-Corregedor-Geral Joaquim Cabral Netto na apresentação do compêndio *Consolidação dos Atos Normativos – Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ato CGMP nº 1, de 04 de junho de 2003. Belo Horizonte, 2003, p. 5.

[2)] Conforme prelecionado nos arts. 5º, inciso IV, e 17 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, normas reproduzidas

nos arts 4º, inciso I, alínea “d”, e 38 da Lei Complementar nº 34/94. Insta registrar que, nada obstante a terminologia Corregedoria-Geral, a atuação disciplinar desempenhada não atinge aos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ficando a cargo do Procurador-Geral de Justiça o exercício de tal *munus*.

1. Corregedor-Geral

Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é eleito para mandato de dois anos, permitido apenas uma recondução, sendo certo que somente Procuradores de Justiça podem postular o cargo. Registre-se que a eleição se opera na esfera do Colégio de Procuradores, sempre na segunda quinzena de dezembro dos anos ímpares, apresentando o certame disciplina própria, consubstanciada em resolução expedida pelo Procurador-Geral de Justiça.

Nomeado o eleito pelo Procurador-Geral de Justiça, mediante ato a ser publicado no órgão oficial, a posse ocorre – com exercício imediato – perante o Colégio de Procuradores de Justiça[1)].

O Corregedor-Geral tem assento, como membro nato, na Câmara de Procuradores[2)] e junto ao Conselho Superior do Ministério Público.

As atribuições do Corregedor-Geral, emanadas de competência de natureza administrativa, encontram-se enumeradas no art. 39, incisos I a XXVIII, da Lei Complementar nº 34/94. No elenco atributivo, cujo rol não se encerra exaustivo, prevê a legislação orgânica iniciativas de cunho correcional, como a realização de inspeções ordinárias nas Procuradorias de Justiça, assim como inspeções e correições nas Promotorias de Justiça.

Lado outro, viabilizadas deliberações de escopo orientador, realçando-se nesse campo a feitura de recomendações – sem caráter vinculativo – aos órgãos de execução, bem como o acompanhamento do estágio probatório dos membros ministeriais [3)].

Incumbe ao Corregedor-Geral, privativamente, a instauração, de ofício ou mediante provocação do órgão da Administração Superior ou do Procurador-Geral de Justiça, de processo disciplinar administrativo contra membro da Instituição.

Cominado ao Corregedor-Geral a compilação de dados estatísticos advindos das atuações funcionais e ainda a formalização e manutenção atualizada dos assentos funcionais dos membros do Ministério Público, cabendo-lhe informar ao Conselho Superior acerca da conduta pessoal e atuação laborativa dos órgãos de execução inscritos para promoção ou remoção, por critérios de merecimento ou antiguidade.

Enfim, as tarefas irrogadas ao Corregedor-Geral, algumas das quais neste escorço evidenciadas diante do relevo e da recorrência na *praxis* da atuação percebida na rotina da Casa, buscam a concreção das diretrizes principiológicas genéricas estabelecidas nos normativos legislativos institucionais, desaguando em organicidade administrativa formalizada como esteio à estruturação formatada para o enfrentamento das incumbências.

[1)] Vide art. 37 e parágrafos da Lei Complementar nº 34/94.

[2)] Órgão Especial do Colégio de Procuradores (art. 20 da Lei Complementar nº 34/94).

[3)] A Resolução CSMP nº 90, de 15 de dezembro de 2003, dispõe sobre o estágio probatório dos membros ministeriais, sendo ato elaborado pelo Corregedor-Geral e aprovado no âmbito do Conselho Superior.

2. Estrutura de assessoramento

Junto à Corregedoria-Geral militam, no mínimo, seis Subcorregedores-Gerais, Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça, extraídos de listas tríplices elaboradas pelo Corregedor-Geral.

A função de Subcorregedor-Geral, de natureza obrigatória, prevê eventuais substituições do Corregedor-Geral em suas faltas, afastamentos temporários, impedimentos ou suspeição, observado o critério de antiguidade.

São destinados aos Subcorregedores-Gerais, mediante designação, a realização de inspeções e de correições, assim como o exercício da presidência e militância como membros de comissão disciplinar decorrente de procedimento persecutório instaurado em desfavor de Procurador de Justiça.

O Subcorregedor-Geral, cujo exercício da função não importa em dispensa de suas normais atribuições[1)], pode ainda receber tarefas outras do Corregedor-Geral, mediante delegação específica.

O Corregedor-Geral será assessorado ainda por cinco Promotores de Justiça da mais elevada entrância, por eles indicados e designados pelo Chefe da Instituição.

Os Promotores de Justiça Assessores, diversamente dos Subcorregedores-Gerais, têm dedicação exclusiva, afastando-se de suas atribuições finalísticas afetadas aos cargos de origem.

A Corregedoria-Geral do Ministério Público conta com serviço estruturado de Secretaria, constituída mediante *staff* de servidores especificamente lotados, presente à figura de um coordenador administrativo.

[1)] Ressalvadas as hipóteses de exercício temporário do cargo de Corregedor-Geral ou durante a realização de inspeções e correições.

3. Estrutura normativa interna

Paralelamente aos contornos formatados pelas legislações orgânicas nacionais e estaduais, a Corregedoria-Geral do Ministério Público possui arcabouço normativo destinado à estruturação *interna corporis*.

Com efeito, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 13 de março de 1987, instituiu o Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais. Lamentavelmente, devido à extemporaneidade da Resolução, aludido regimento não mais se harmoniza com a moderna atividade correcional, visto que editado em momento pretérito ao novel perfil institucional, delineado pela Constituição Federal de 1998.

Ademais, a organicidade ministerial atrelava-se, na oportunidade da instituição do ato, à vetusta Lei nº 8.222/82, tornando imperiosa a necessidade de atualização do Regimento Interno, nada obstante a sapiência dos inspiradores da Resolução ainda vigente, as lapidares figuras dos Dr. Helvécio Miranda Magalhães e Dr. Joaquim Cabral Netto.

Registre-se que esboçados, em reiteradas investiduras de Corregedores-Gerais, projetos de regimento interno, não se logrando, contudo, aprovação junto à Câmara de Procuradores de Justiça, Colegiado incumbido da apreciação (art. 39, inciso XVI, da Lei Complementar nº 34/94).

Diante da ausência de aprovação de um Regimento Interno atualizado, a Corregedoria-Geral passou a baixar atos administrativos procurando adequar sua estrutura, sendo o repositório de suas deliberações destinado ao escopo normativo dos órgãos de administração e também às iniciativas de natureza orientadora, indo ao encontro dos ditames pertinentes aos cambiamentos institucionais experimentados pelas mudanças prelecionadas na Constituição Federal e nas legislações orgânicas.

Hodiernamente, os atos normativos e orientadores emanados da Corregedoria-Geral quedam-se consolidados no âmbito do Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, revisto e atualizado anualmente[1)], compilação que enfeixa tanto as deliberações administrativas de observância cogente como os ensinamentos de escopo professoral não vinculativos, iniciativa que buscou, de forma exitosa, centralizar em diploma solteiro a vastidão de pronunciamentos esparsos, dando ao atuar da Casa caráter sistêmico.

[1)] A Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral do Ministério Público restou aprovada, originariamente, pelo Ato nº 1, de 04 de junho de 2003, baixado pelo então Corregedor-Geral Manoel Divino de Siqueira, sendo publicada no **Minas Gerais** em 5 de junho do mesmo ano.

4. Consolidação dos atos normativos e orientadores

A Consolidação reportada, como sugere o vocábulo, tenciona agregar – com atualizações anuais, encetadas de regra no mês de fevereiro – todos os atos baixados pela Corregedoria-Geral, seja no campo destinado à observância obrigatória pelos membros ministeriais, haja vista versarem sobre liames de estruturação e acervo dos órgãos de administração –, seja na seara dos ensinamentos orientadores, estabelecidos estes na via não vinculativa.

A Consolidação vigente, aprovada e publicada no mês de fevereiro do ano corrente (Ato nº 1, de 12/02/2008), divide-se em cinco títulos e respectivos anexos, mantendo o perfil da deliberação originária.

O Título I estabelece as disposições preliminares, delineando as índoles dos provimentos emanados da Casa, cingindo-os aos atos normativos de caráter cogente e de observância obrigatória e aos pronunciamentos orientadores, cotizados, por sua vez, em recomendações e orientações[1)], revendo ainda as balizas legais para a formalização do compêndio e declinando, por fim, a periodicidade e a dinâmica de revisão e atualização do Ato.

O Título II debruça-se sobre os atos normativos comumente hauridos da Corregedoria-Geral, vinculados através de avisos, portarias, instruções normativas e comunicações, especificando o art. 8o e seus parágrafos a destinação e especificidade de cada espécie.

Aludido Título contempla dois Capítulos, o primeiro versando sobre a estruturação dos órgãos de administração, prevendo a implementação das pastas obrigatórias, consoante Seção I, arts. 9.o e seguintes, assim como os livros obrigatórios (arts. 14 a 23, Subseção I) e facultativos (arts. 24 e 25, Subseção II). O segundo elenca os disciplinamentos das posturas funcionais de observância cogente pelos órgãos de execução nos aspectos administrativos em geral, delineados nos arts. 25 *usque* 54. Nesse rol, a Corregedoria-Geral procura levar aos órgãos de execução as cautelas e as providências necessárias ao escopo de cunho organizacional[2)]. As normas inseridas no Título II possuem caráter de observância imperativa, uma vez que versadas na seara administrativa, consoante lastro afeto ao art. 110, inciso XV, da Lei Complementar nº 34/94.

O Título III, denominado Dos Dados Estatísticos, destina-se à previsão dos relatórios incumbidos às variadas esferas de atuação funcional (Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Assessoria do Procurador-Geral, ocupantes de Coordenadorias de Centros de Apoio).

O Capítulo do referido título dedica-se, nos arts. 57 a 61, ao Relatório Mensal, de preenchimento cogente pelos Promotores de Justiça, repositório pertinente a minudenciar todo o labor desempenhado por estes órgãos de execução, nas mais variadas formas de militância, instando consignar que atualmente a Corregedoria-Geral recebe tais informações por via eletrônica, disponibilizada em *link* institucional próprio, inserto na *home page* da Procuradoria-Geral de Justiça.

A dinâmica moderna de compilação de dados, por sua periodicidade mensal[3)] e detalhamento de campos a dissecar toda a produtividade, assim como a estrutura administrativa existente, tem permitido à Corregedoria-Geral aferir, com maior efetividade, a realidade de cada órgão de administração, viabilizando emissões abalizadas de juízos valorativos, em sede correcional, possibilitando ainda intervenções de apoio aos órgãos de execução, otimizando a atuação ansiada em face do Órgão.

O Capítulo II disciplina a compilação dos dados afetos ao recesso forense, centralizando-os em relatório uno, estipulando prazo de remessa idêntica ao relatório mensal tradicional.

O Título IV enfeixa acerca das recomendações e das orientações destinadas ao exercício da atividade-fim, assentando o parágrafo único do art. 63 que tais pronunciamentos – formalizados através de articulados – não têm caráter vinculativo, *ex vi* do art. 39, inciso VII, da Lei Complementar nº 34/94.

O Capítulo I pontifica as disposições gerais, discernindo, como mencionado alhures, as recomendações das orientações, acertando que ambas englobam não só aspectos jurídico-processuais, mas também questões praxistas, coexistindo com as diretrizes emanadas de outras instâncias da Administração Superior, entre as quais as hauridas do Plano Geral de Atuação e das Coordenadorias.

O Capítulo II, em tema de recomendações, declina disposições comuns (Seção I), afetas à tomada de

compromisso em sede de atermação testemunhal e observância do BACEN-JUD (constrição eletrônica em rito de execução).

A Seção II compila as recomendações em sede de matéria penal (arts. 67-B a 86), encerrando a Seção III aspectos alusivos à atuação na matéria cível e no temário de interesses difusos e coletivos (arts. 87 a 101).

Na matéria penal, as recomendações, de forma precípua, destinam-se a incutir nos órgãos de execução a premência da observância do devido processo legal (art. 67-B), disciplinamentos no exercício da persecução penal (arts. 67, 68, 71, 74, 74-A, 75, 79, 80, 82) e cautelas no manuseio das prerrogativas processuais (arts. 67-C, 68-A, 70, 72, 77, 81).

No campo de atuação cível, reportada a deliberação colegiada quanto ao estudo de otimização da intervenção ministerial no processo civil[4] (art. 87), assim como na desnecessidade de o Promotor de Justiça exarar parecer recursal na militância de *custos legis*, dando-se ênfase às diretrizes de atuação nos interesses indisponíveis, seara difusa, mormente na defesa ambiental (art. 89), infância e juventude (arts. 92, 93, 94, 95 e 96), curadoria do patrimônio público e probidade administrativa (arts. 91, 97 e 98).

Ponto finalizando, a Consolidação culmina com disposições finais e transitórias (arts.102 *usque* 109), revogando avisos, ato e recomendações esparsos, inserindo-os, como de praxe, no bojo do Diploma solteiro, procedimento a se renovar anualmente, tornando o Ato referência precípua como repositório dos pronunciamentos da Casa.

Insta averbar que a Consolidação prevê anexos, encartados à guisa de compilar as deliberações, sejam unilaterais ou bilaterais, cujas vigências escapam ao âmbito do Ato[5].

---

[1] Consideradas recomendações as deliberações que destinam aos órgãos de execução aconselhamentos genéricos, de relevância jurídica e institucional, objetivando otimização da atuação na atividade fim (art. 4º.). As orientações, por sua vez, são provimentos decursivos da análise de determinado caso concreto, ressalvada a não substituição do órgão de execução natural pelo Órgão Correcional em casos de eventuais consultas dirigidas à Corregedoria-Geral (art. 5º.).

[2] Em termos ilustrativos, entre as posturas cominadas realçam-se as providências a serem adotadas por ocasião das correições ordinárias nas Promotorias de Justiça (art. 41, incisos I a VII); possibilidade de disciplinamento de datas e horários para atendimento ao público (art. 32, § 1º e § 2º); cautelas no contato com a mídia (art. 42, § 1º a § 5º); providências iniciais quando da assunção à Promotoria de Justiça (art. 44, § 1º e § 2º); procedimento quanto às expedições de requisições e notificações às autoridades elencadas na Lei nº 8.625/93 (art. 47, § 1º e § 2º); procedimento de comunicação de suspeição (art. 51, § 1º ao § 7º) e impedimento (art. 52, § 1º a § 3º).

[3] O Relatório Mensal deve ser encaminhado pelo Promotor de Justiça à Corregedoria-Geral, via intranet, do primeiro ao décimo dia do mês subsequente ao de referência (art. 57, § 1º), podendo ser delegado a servidor do Ministério Público lotado na respectiva Promotoria de Justiça o preenchimento dos campos.

[4] O entendimento institucional quanto à intervenção no processo civil encontra-se previsto na Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007, publicada no **Minas Gerais** de 28/11/2007, decorrente das conclusões do Simpósio MP Cível em Debate, extraídas do conclave realizado na cidade de Araxá.

[5] No Ato vigente, presentes nos Anexos a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 1, de 13 de março de 1987 (Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais); Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003 (Dispõe sobre o regulamento do processo disciplinador administrativo); Resolução CSMP nº 90, de 15 de dezembro de 2003 (Dispõe sobre o estágio probatório dos membros do Ministério Público); Resolução TSE nº 21.702, de 2 de abril de 2004 (Instrução sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município); Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004 (Regulamenta o art. 67, I, da LC nº 34/94, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal, e dá outras providências); Resolução Conjunta nº 01, de 4 de março de 2005 (Dispõe sobre o procedimento e requisitos para homologação da divisão de atribuições entre Promotorias de Justiça); Resolução Conjunta CSMP CGMP nº 2, de 07 de março de 2005 (Especifica critérios para fundamentação de voto na promoção e remoção por merecimento na carreira de membro do Ministério Público); Resolução PGJ nº 57, de 23 de agosto de 2006 (Dispõe sobre estágio para estudantes de Direito no âmbito do Ministério Público do Estado e Minas Gerais); Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007 (Disciplina, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial); Resolução PGJ nº 45, de 10 de setembro de 2007 (Consolida os atos normativos que versam sobre designação de Promotores de Justiça da Capital para plantões); Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 12 de novembro de 2007 (Fixa orientações funcionais, sem caráter normativo, sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil); Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007 (Regulamenta o inquérito civil e o procedimento preparatório na área de interesses difusos ou coletivos e institui o Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios - SRU); Resolução CNMP

nº 26, de 17 de dezembro de 2007 (Disciplina a residência na comarca pelos membros do Ministério Público e determina outras providências).

5. Regime disciplinar

Incidindo o membro do Ministério Público em exercício irregular da função, mediante postura omissiva ou comissiva, responde penal, civil e administrativamente.

A atuação disciplinar cinge-se a esse último aspecto, dispondo a Lei Orgânica Estadual, no regime disciplinar, a sujeição da atividade funcional dos membros ministeriais a instrumental correcional destinado à Corregedoria-Geral, assegurando escopo fiscalizador, a saber: inspeções permanentes, ordinárias e extraordinárias; correições ordinárias e extraordinárias; processo disciplinar administrativo.

No campo das inspeções, a de caráter permanente se estabelece com as chamadas papeletas emitidas pelos Procuradores de Justiça que, ao oficiarem em feitos submetidos a 2ª Instância, lançam conceitos acerca da atuação dos Promotores de Justiça, consoante permissivo do art. 73 da Lei Complementar nº 34/94.

Os conceitos superlativos – sejam depreciativos ou meritórios – devem ser encaminhados à Corregedoria-Geral, cabendo ao Órgão proceder ao registro nos assentamentos funcionais do órgão de execução, oportunizando contraditório no caso de anotações que importem em demérito (art. 39, § 2o, LC nº 34/94).

Inspeções ordinárias destinam-se às Procuradorias de Justiça, devendo ser realizadas pelo Corregedor-Geral ou Subcorregedor-Geral designado, na forma do regimento interno[1)] (LC nº 34/94, art. 205, § 2º).

As inspeções extraordinárias estabelecem-se como procedimentos correcionais cuja realização dispensa prévia designação (art. 204, LC nº 34/94), sendo instrumento efetivado em hipóteses de averiguação disciplinar de maior urgência, permitindo encetamento de apurações sem que se efetive publicidade, principalmente quando não se recomenda a ciência da averiguação *in loco*. Servem tais inspeções, outrossim, e com frequência, para levantamentos estatísticos visando subsidiar modificação das atribuições de Promotorias de Justiça, subsidiando a Chefia da Instituição, assim como a Câmara de Procuradores, deliberação deste jaez no caso de cambiamento não consensual entre os membros ministeriais interessados.

As correições ordinárias convolam-se em visitas periódicas da Corregedoria-Geral às Promotorias de Justiça, oportunidade em que incumbidos os membros designados da Casa de verificar a regularidade do serviço, a eficiência, a pontualidade, o exercício das funções, o cumprimento dos deveres do cargo e a conduta pública e particular dos membros da Instituição (art. 205, LC nº 34/94).

A Lei Orgânica estabelece que a Corregedoria-Geral realizará, anualmente, correições ordinárias em um terço das Promotorias de Justiça do Estado, no mínimo. Ao Promotor de Justiça que titulariza ou responde pelo órgão de administração correcionado cabe a tomada de providências variadas, previstas no art. 41, incisos I a VII, da Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral (Ato CGMP nº 1/08)[2)].

As correições extraordinárias serão realizadas, de ofício ou mesmo por determinação dos Órgãos da Administração Superior (art. 206, LC nº 34/94), para verificação de situação envolvendo atuação funcional que demande aprofundamento investigatório, dedicando-se, diversamente do casuísmo ordinário, à apreciação de fatos específicos, delineados na portaria de instauração.

Registre-se que o instrumental reportado tem natureza inquisitória, podendo os elementos colacionados nas inspeções e correições subsidiar instauração de processo disciplinar administrativo, cuja persecução viabiliza culminar na imposição de eventual punição.

Quanto ao processo disciplinar administrativo, demanda instauração por portaria do Corregedor-Geral, subdividindo-se em sindicância e procedimento disciplinar administrativo.

A natureza da persecução deriva da penalidade prevista, sendo hipótese de sindicância a capitulação de advertência, açambarcando o procedimento disciplinar administrativo as penalidades disciplinares de censura, disponibilidade compulsória, remoção compulsória e exoneração.

A inobservância dos deveres do cargo, sem a cominação de expressa penalidade, ensejará a inscrição de nota desabonadora nos assentos funcionais do membro do Ministério Público, observado o contraditório, havendo previsão de imposição de advertência caso haja recorrência na aludida conduta (art. 209, § 2º e § 3º, Lei

Complementar nº 34/94).

Volvendo às penalidades, aplica-se a advertência às infrações disciplinares, previstas na legislação orgânica, não punidas com sanção específica (art. 209, § 1º, LC nº 34/94).

Ademais, também prevista a penalidade de advertência diante das capitulações insertas nos incisos I a VII do art. 211 da Lei Complementar nº 34/94[3], devendo a sanção ser aplicada pelo Corregedor-Geral ou, supletivamente, pelo Procurador-Geral de Justiça, por escrito e de forma reservada.

A censura tem cabimento no caso de reincidência[4] em infração punível com pena de advertência, assim como nas hipóteses dos incisos I a IV, art. 212, Lei Complementar nº 34/94.[5]

Aludida pena deve ser aplicada pessoalmente pelo Procurador-Geral de Justiça, em sessão pública do Conselho Superior do Ministério Público.

A remoção compulsória aperfeiçoar-se-á em caso de reincidência em infração punível com pena de censura, assim como nos casuísmos dos incisos II a IV do art. 215 da Lei Complementar nº 34/94[6], sem prejuízo da verificação de outros casos [7], atrelando-se sempre à existência de interesse público determinador da mitigação do princípio da inamovibilidade, pertinente a órgão de execução titular.

O foro para processamento e julgamento da penalidade tem natureza colegiada, afeta ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 214, LC nº 34/94), demandando determinação de votação por maioria absoluta (dois terços) dos seus integrantes, em sessão secreta.

Decretada a remoção, o membro ministerial ficará em disponibilidade, até oportuna designação do Procurador-Geral, sem prejuízo do percebimento das vantagens do cargo, incidindo, lado outro, as vedações ínsitas à função.

Prevê a legislação que a vaga decorrente de remoção compulsória será provida, obrigatoriamente, por promoção, impedindo o removido de postular promoção, por antiguidade ou merecimento, pelo prazo de um ano.

A disponibilidade compulsória encerra-se como apenamento fundado em motivo de interesse público, tendo como instância julgadora também o Conselho Superior, através de votação identicamente absoluta, em reunião deliberativa secreta.

As tipificações para a imposição da pena quedam-se declinadas nos incisos I a V, art. 219, Lei Complementar nº 34/94[8] estipulando a legislação que o órgão ministerial punido perceberá vencimentos e vantagens proporcionais, observado o mínimo de 1/3 da remuneração, sendo a vaga decorrente do afastamento preenchida, obrigatoriamente, por promoção.

A exoneração destina-se ao membro do Ministério Público que não goza de vitaliciedade e tenha incidido no cometimento de infrações cujas penas restem tipificadas como censura, remoção compulsória ou disponibilidade compulsória.

Prevista ainda, no regime disciplinar, providência prefacial denominada disponibilidade cautelar, que será decretada por ato fundamentado do Procurador-Geral de Justiça, quando inconveniente o exercício das funções por parte do Órgão Ministerial submetido a processo disciplinar.

O ato de disponibilidade terá a duração determinada pelo Procurador-Geral, pressupondo a instauração de sindicância ou procedimento disciplinar administrativo, não podendo exceder ao trânsito em julgado da decisão proferida, ficando assegurado ao órgão ministerial percebimento de vencimentos e vantagens integrais do cargo.

Os prazos prescricionais apegam-se às infrações capituladas, ocorrendo em um ano no caso de advertência; dois anos em face de censura; quatro anos em relação à disponibilidade ou à remoção compulsórias (art. 226, incisos I a III, LC nº 34/94).

A infração disciplinar punida em lei como crime terá o prazo de prescrição deste, registrando-se que a instauração do processo disciplinar administrativo – formalizada através de portaria baixada pelo Corregedor-Geral – interrompe o fluxo temporal, prescrição que não terá curso durante o período do estágio probatório.

Acentue-se que, no caso de reincidência, o prazo prescricional será contado em dobro (art. 225, LC nº 34/94).

---

[1] Sendo o Regimento Interno anterior à Lei Orgânica, as Inspeções Ordinárias em Procuradorias de Justiça não têm regulamentação, arrefecendo a atuação correcional em sede de órgãos ministeriais oficiantes junto à 2ª Instância.

[2] O Promotor de Justiça deve afixar o edital de correição no âmbito forense; providenciar espaço físico adequado para os trabalhos; recepcionar a Comissão – constituída de regra de um Subcorregedor-Geral que preside o labor e um Promotor de Justiça Assessor; apresentar pastas e livros obrigatórios, disponibilizando, ainda, acervo de feitos – judiciais ou administrativos, arquivados e em andamento – de sua esfera de atuação, cadernos destinados ao manuseio dos membros da Corregedoria-Geral para fins de emissão de conceito.

[3] Quanto aos atos punidos com a pena, tipificados a negligência no exercício da função; inobservância das determinações e instruções de caráter administrativo expedidas pela Administração Superior; prática de ato reprovável; utilização indevida das prerrogativas do cargo; descumprimento de alguns dos deveres funcionais estipulados no art. 110, LC nº 34/94; constatação de irregularidade em serviço; afastamento injustificado do exercício das funções ou do local onde o membro ministerial exerça suas atribuições; desatendimento de convocações.

[4] Para fim orgânico-disciplinar, considera-se reincidente o membro do Ministério Público que praticar nova infração antes de obtida a reabilitação ou verificada a prescrição de falta funcional anterior, consoante art. 224 da Lei Complementar nº 34/94.

[5] Conduta incompatível com a dignidade do cargo, nas hipóteses declinadas pelo art. 110, II, III e XVI, do referido Diploma Orgânico; procedimento funcional incompatível com o desempenho das atribuições do cargo; acumulação indevida de funções, ressalvado o disposto no art. 111, IV, e parágrafo único, LC nº 34/94; descumprimento do disposto no art. 137, § 3º, da mesma Lei.

[6] Exposição de membro ministerial a risco de descrédito quanto às prerrogativas do cargo ou à instituição; recusa de atendimento ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Corregedor-Geral do Ministério Público quando em visita, inspeção ou correição; descumprimento do disposto no art. 111, III, V e VI.

[7] A remoção compulsória nem sempre terá caráter disciplinar, podendo se estabelecer, como realçado, por interesse público alheio à eventual prática de infração.

[8] Grave omissão nos deveres do cargo; ocorrência de fatos que, envolvendo o membro ministerial, resulte em perigo iminente ao prestígio da Instituição; capacidade de trabalho reduzida, produtividade escassa, atuação funcional comprometedora ou demonstração superveniente de insuficientes conhecimentos jurídicos; induzimento dos órgãos da administração superior a erro, por meio reprovável; inobservância da vedação prevista no art. 111, I, LC nº 34/94.

6. Processo disciplinar administrativo

Como alhures realçado, o processo disciplinar administrativo divide-se em sindicância e procedimento disciplinar administrativo. A sindicância será instaurada para aplicação da penalidade de advertência, servindo o procedimento disciplinar administrativo para a aplicação das demais sanções.

O processo disciplinar administrativo será conduzido por comissão, composta de três membros designados pelo Procurador-Geral de Justiça, devendo os comissionados ser necessariamente Subcorregedores-Gerais, na hipótese de persecução instaurada em desfavor de Procurador de Justiça (art. 228, § 1º, LC nº 34/94).

A existência de indícios de incapacidade mental do membro ministerial processado motiva a suspensão do feito, com as cautelas do art. 229, LC nº 34/94, franqueando-se ao interessado, em caso de decisão condenatória, recurso – no prazo de quinze dias, a fluir a partir de intimação pessoal – à Câmara de Procuradores de Justiça.

A legislação orgânica prevê a aplicação subsidiária, ao processo disciplinar administrativo, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais[1)].

Atendendo comando do art. 231, Lei Complementar nº 34/94, baixado o Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003, que dispõe sobre o regulamento do processo disciplinar administrativo, diploma que compila disposições gerais sobre a persecução disciplinar, esmiuçando o rito pertinente à sindicância e ao procedimento disciplinar administrativo[2)] balizando ainda as dinâmicas afetas à revisão e à reabilitação (arts. 36 e seguintes do Regulamento).

Incidem no processo disciplinar os princípios gerais atinentes ao exercício da ampla defesa e presunção do estado de inocência.

Quanto ao primeiro, a militância defendente pode ser exercida pessoalmente ou através de advogado constituído (arts. 238 e 246, § 1º, LC nº 34/94). No caso de revelia, a defesa deverá ser apresentada por Procurador de Justiça ou Promotor de Justiça da mais elevada entrância, mediante designação do presidente da Comissão Processante.

No tocante à presunção de inocência, a garantia encontra-se mitigada pelo prelecionado no art. 184, inciso II, in fine, da Lei Complementar nº 34/94, uma vez que o dispositivo impede deferimento de inscrição para promoção, por antiguidade ou merecimento, a membro ministerial que esteja submetido a processo disciplinar administrativo.

Imprescindível obtemperar que, diante do gravame descortinado com a mera instauração do processo disciplinar administrativo, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, antes de eventual iniciativa nesse sentido, procura efetivar procedimentos inquisitórios – seja através das inspeções e correições, ordinárias ou extraordinárias, seja em sede da chamada apuração sumária, prevista no § 4º do art. 2º, do Ato nº 2/2003.

A rotina do Órgão Correcional demonstra que, em variados casos, as representações formuladas em desfavor de membros ministeriais não vêm suficientemente instruídas, motivando despacho do Corregedor-Geral no sentido da instauração de apurações sumárias, formalizadas nos chamados expedientes.

Nesses casos, o Subcorregedor-Geral ou o Promotor de Justiça Assessor, na hipótese de reclamação contra Procurador de Justiça, recebendo o feito após regular distribuição interna, empreende as diligências necessárias à instrução inquisitória e reservada aos fatos narrados, preservando-se sempre a oitiva, seja por atermação ou por escrito, do membro ministerial destinatário da representação. As apurações sumárias não se apegam a formalismos procedimentais e objetivam colacionar os elementos de convicção necessários para a emissão de pronunciamento abalizado sobre as questões apreciadas.

Aludida dinâmica tenciona evitar a instauração de processo disciplinar com lastro sobremaneira precário, contexto que acarretaria gravame ao processado, mormente quanto à impossibilidade de movimentação vertical na carreira.

Lado outro, havendo justa causa para instauração, entendida como indícios suficientes da prática imputada, assim como materialidade do ilícito administrativo, quando a infração deixar vestígios, impõe-se o encetamento

do processo, visto que o art. 236 da Lei Complementar nº 34/94 permite o arquivamento das representações – ou de eventuais peças de informação – somente quando manifestamente improcedentes.

Na hipótese do arquivamento prefacial, o Corregedor-Geral, além de cientificar o membro ministerial interessado, deve fazê-lo em relação ao Procurador-Geral de Justiça, que, entendendo insubsistentes os motivos externados, poderá avocar o expediente e determinar a instauração de sindicância (parágrafo único, art. 236, LC nº 34/94).

Ocorrendo condenação disciplinar, com trânsito em julgado, o membro ministerial poderá postular, a qualquer tempo, revisão do processo disciplinar, dirigindo-se à Câmara de Procuradores de Justiça, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de provar a inocência[3)] ou de justificar a imposição de penalidade menos contundente (art. 248, LC nº 34/94).

A revisão poderá ser requerida pelo próprio interessado ou, se falecido ou interdito, por cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Caso julgada procedente a pretensão, tornar-se-á sem efeito o ato punitivo ou será, conforme a hipótese, aplicada pena disciplinar adequada, restabelecendo-se os direitos atingidos e cerceados pela punição.

A reabilitação poderá ser obtida pelo membro ministerial, junto ao Conselho Superior, quando ocorridas punições tipificadas como advertência ou censura, objetivando o cancelamento das respectivas notas nos assentamentos funcionais, desde que decorridos dois anos do passamento em julgado da decisão condenatória, salvo se reincidente.

[1)] Art. 232, Lei Complementar nº 34/94, esclarecendo-se que o Estatuto dos Funcionários Civis do Estado é identificado como Lei nº 869/52.

[2)] Basicamente, em sede de rito, difere a sindicância do procedimento disciplinar administrativo pelo prazo cominado à conclusão dos trabalhos apuratórios (trinta dias para a sindicância, sessenta para o PDA, em ambas as hipóteses sendo permitida uma prorrogação); prazo de apresentação de defesa preliminar (cinco dias na sindicância, dez dias no PDA); rol de três testemunhas, na sindicância, e cinco, na hipótese de PDA, cômputo que se vincula a cada fato discutido, consoante prelecionam os arts. 19, § 1º, e 28, inciso II, ambos do Ato CGMP nº 2, de 18 de setembro de 2003. A sindicância, de caráter sigiloso, pode servir, outrossim, para instruir o procedimento disciplinar administrativo (art. 234, LC nº 34/94).

[3)] Além das casuísticas previstas legalmente, estabelece o Ato CGMP nº 2/03, expressamente, a possibilidade de revisão quando fundada a sanção em prova falsa (art. 33, inciso II). Veda o Ato, como fundamento para a revisão, a simples alegação de injustiça, assim como a reiteração do pedido por mesmo fundamento (art. 33, § 1º e § 2º).

7. Controle Externo

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, estabelecido – em similitude com o paradigma estabelecido com a Magistratura – o controle externo do Ministério Público, consubstanciado no art. 130-A, incisos I a VI e § 1º a § 5º, da Constituição Federal.

A reforma derivou de sentimento político prevalente quanto à indigitada insuficiência das instâncias de controle interno, mormente no campo disciplinar, cujas decisões, em alguns casos, incutiram percepção quanto à existência de espírito de corpo, viabilizando que, em seara de fiscalização externa, poder-se-ia otimizar combate a práticas funcionais – omissivas e comissivas – dotadas de vicissitudes.

Com efeito, o controle externo, nos contornos estabelecidos, não tem aptidão para menoscabar a militância finalística dos membros ministeriais, que continuam gozando de independência funcional, incidindo, a rigor, sobre a atuação administrativa e financeira da Instituição, assim como destinado ao cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

O controle efetiva-se personificado no Conselho Nacional do Ministério Público, sediado no Distrito Federal, composto por quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

O Conselho é presidido pelo Procurador-Geral da República, militando quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público dos Estados, dois juízes (um indicado pelo Supremo Tribunal Federal, outro pelo Superior Tribunal de Justiça), dois advogados (indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil) e dois cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada (um indicado pela Câmara dos Deputados; outro, pelo Senado Federal).

A competência do Conselho Nacional do Ministério Público encontra-se estipulada no § 2º, incisos I a V, do art. 139-A, CF/88, incumbindo-lhe, em suma, zelar pela autonomia funcional e administrativa do *Parquet*, expedindo atos regulamentadores e recomendando providências; zelar pelos princípios norteadores da administração pública, podendo desconstituir atos, revê-los ou fixar prazo para se adotarem providências necessárias ao exato cumprimento da lei; receber e conhecer das reclamações contra membros ministeriais e respectivos agentes dos serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional *interna corporis*, impondo sanções disciplinares, assegurada ampla defesa; rever, mesmo de ofício, processos disciplinares de membros ministeriais julgados há menos de um ano; elaborar relatório anual, propondo providências que julgar necessárias sobre a situação institucional e as atividades do Conselho, devendo o pronunciamento integrar mensagem prevista no art. 84, XI[1)].

Percebe-se que, entre as competências estipuladas, estão inseridas, de forma evidente, as atribuições de natureza correcional e disciplinar, legando a reforma constitucional ao Conselho o recebimento e conhecimento das reclamações contra membros ministeriais, preservada a atuação da Corregedoria-Geral da Instituição, dotando-se o Colegiado de avocação de processos disciplinares em curso, com possibilidade de determinação de remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, sem prejuízo de aplicação de outras sanções administrativas.

A reforma prevê casuísmo, sobremaneira ineditista e gravoso, de revisão em desfavor do órgão ministerial destinatário de julgamento disciplinar, desde que a decisão tenha sido proferida em lapso não superior a prazo ânuo[2)].

Foi criada, no bojo da reforma, a função de Corregedor Nacional, escolhido, em votação secreta, entre os membros do Ministério Público que integram o Colegiado, sendo vedada recondução[3)].

Foram conferidas ao Corregedor Nacional as atribuições previstas nos incisos I a III, § 3º, art. 130-A, CF/88, a saber, receber reclamações e denúncias de qualquer interessado, direcionadas tanto a membro ministerial como a seus serviços auxiliares; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Como alhures mencionado, a atuação correcional e disciplinar, no âmbito do Conselho Nacional, coexiste com a

atuação da Corregedoria-Geral originária, firmando-se o atuar externo com o escopo de arrostar eventuais omissões ou deficiências na militância persecutória *interna corporis*, em viés supletivo, conforme disciplinado com minudência no art. 71 e seus parágrafos e incisos do Regimento Interno do Órgão Colegiado.

Com esse perfil, a sobreposição de atuações, que a princípio poderia fomentar a fragilização do instrumental interno da atuação correcional, possibilita estabelecimento de uma dialética de aprimoramento, tornando a atividade de fiscalização − nem sempre suficientemente compreendida ao ser exercitada perante agentes dotados de extensas garantias funcionais – o esteio para manter o Ministério Público como instituição dotada de referencial intrinsecamente vinculado à probidade e ao legalismo.

[1)] Mensagem da Presidência da República remetida ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa.
[2)] Vide art. 87, inciso III, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.
[3)] Vide arts. 30 e 31 do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

8. Sugestões de Leitura para aprofundamento no assunto

- Ato nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, que dispõe sobre a consolidação dos Atos Normativos e Orientadores da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- Resolução Conjunta nº 02, de 3 de abril de 2008, que disciplina a residência na Comarca pelos membros do Ministério Público.
- Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

Órgãos Colegiados da Administração Superior

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça João Batista da Silva*

Neste capítulo, trataremos dos chamados Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), que são: o Colégio de Procuradores de Justiça, seu Órgão Especial, denominado Câmara de Procuradores de Justiça, e o Conselho Superior do Ministério Público.

Considerando-se que tais Órgãos estão didaticamente organizados na Lei Federal nº 8.625/93 e explicitados na Lei Complementar Estadual nº 34/94, legislação de consulta obrigatória para os membros do *Parquet*, e, ainda, tendo-se em vista que a organização do Ministério Público não enseja maiores divagações doutrinárias, como em geral ocorre com as chamadas leis orgânicas, não há muito a discorrer sobre a autoexplicativa legislação que rege e organiza os Órgãos Colegiados do MPMG. Contudo, o tema não poderia faltar num Manual de Atuação Funcional que pretende ser um instrumento útil para um eficaz exercício das múltiplas e díspares atividades funcionais do Ministério Público mineiro, nelas incluídas, também, as denominadas atividades-meios que demandam a intervenção dos Órgãos da Administração Superior da instituição, neles incluídos os Órgãos Colegiados.

- 1. Órgãos Colegiados
- 2. Colégio de Procuradores de Justiça
- 3. Câmara de Procuradores de Justiça
- 4. Conselho Superior do Ministério Público
- 5. Impedimento e suspeição nos Órgãos Colegiados
- 6. Secretaria dos Órgãos Colegiados

1. Órgãos Colegiados

> "Órgãos colegiados ou pluripessoais são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus *membros*. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária".[1)]

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/93), que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, estabelece no seu art. 5º que os Órgãos da Administração Superior[2)] do Ministério Público são:

- I - a Procuradoria-Geral de Justiça;
- II - o Colégio de Procuradores de Justiça;
- III - o Conselho Superior do Ministério Público;
- IV - a Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Em resumo, esses são os órgãos responsáveis pela gestão do Ministério Público.

Dos quatro citados órgãos da Administração Superior do Ministério Público, dois − a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público − são singulares ou unipessoais. Os outros dois – o Colégio de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público − são órgãos colegiados ou pluripessoais.

Importante observar que, entre os órgãos da Administração Superior do Ministério Público definidos no citado art. 5º da Lei nº 8.625/93 e no art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 34/94, não está relacionada a Câmara de Procuradores. Isso se explica no art. 13 da mesma lei federal, que dispõe, *in verbis*:

> "Art. 13. Para exercer as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça com número superior a quarenta Procuradores de Justiça, poderá ser constituído Órgão Especial, cuja composição e número de integrantes a Lei Orgânica fixará."

Adverte, contudo, o parágrafo único do supracitado art. 13 da Lei Federal nº 8.625/93:

> "Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses previstas nos incisos I, IV, V e VI do artigo anterior, bem como a outras atribuições a serem deferidas à totalidade do Colégio de Procuradores de Justiça pela Lei Orgânica."

Além dos referidos órgãos de Administração Superior do Ministério Público, a Lei nº 8.625/93, em seu art. 7º, estabelece que os Órgãos de execução do Ministério Público são:

- I – o Procurador-Geral de Justiça;
- II – o Conselho Superior do Ministério Público;
- III – os Procuradores de Justiça;
- IV– os Promotores de Justiça.

Observa-se que o Conselho Superior do Ministério Público aparece tanto no rol dos órgãos de Administração Superior quanto no de órgãos de Execução. Essa ambivalência do Conselho Superior será explicada quando dele

tratarmos especificamente.

---

1) MEIRELLES, Hely Lopes. *In* PONDÉ, Lafayette. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74.

2) "Órgãos superiores são os que detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta .Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentre da sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos." (MEIRELLES apud PONDÉ, 2008, p. 74.)

2. Colégio de Procuradores de Justiça

O art. 21 da LC nº 34/94 define o Colégio de Procuradores de Justiça como órgão da Administração Superior do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral de Justiça e integrado por todos os Procuradores de Justiça. Nos treze incisos do referido art. 21 estão definidas as atribuições que são privativas do Colégio de Procuradores de Justiça.

O art. 10, II, da Lei Federal nº 8.625/94 dispõe que o Procurador-Geral de Justiça preside o Colégio de Procuradores de Justiça como membro nato e isso se fez necessário por ser possível, dependendo da Lei Orgânica de cada Estado, a indicação de Promotor de Justiça, e não apenas de Procurador de Justiça, para o cargo de Procurador-Geral. Esse não é o caso de Minas Gerais, onde, em face do disposto no § 1º do art. 5º da LC nº 34/94, temos:

> "O Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Governador do Estado, entre os Procuradores de Justiça com o mínimo de 10 (dez) anos de serviço na carreira [...]".

Entendemos conveniente transcrever na íntegra os dispositivos legais que discriminam as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça, uma vez que, pela sua importância na vida da instituição, foram deferidas à totalidade do Colégio de Procuradores pela Lei Complementar Estadual nº 34/94, da qual se extrai:

> "Art. 21 O Colégio de Procuradores de Justiça, órgão da administração superior do Ministério Público, é presidido pelo Procurador Geral de Justiça e integrado por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: [1)].
>
> I- opinar, por solicitação do Procurador-Geral de Justiça ou deliberação de 1/4 (um quarto) de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público e outras de interesse institucional; (Nota: Vide art. 12, I, da Lei nº 8.625/93.)
>
> II- representar, na forma desta lei, ao Poder Legislativo para a destituição do Procurador-Geral de Justiça; (Nota: Vide arts. 9º, § 2º, e 12, IV, da Lei nº 8.625/93.)
>
> III- conferir exercício ao Procurador-Geral de Justiça;
>
> IV- eleger, dar posse e exercício ao Corregedor-Geral do Ministério Público;
>
> V- destituir, na forma desta Lei, o Corregedor-Geral do Ministério Público; (Nota: Vide art. 12, VI, da Lei nº 8.625/93.
>
> VI- eleger, na segunda quinzena do mês de novembro dos anos pares, 10 (dez) membros do órgão especial, conferindo-lhes, concomitantemente, posse e exercício com os demais componentes, nos termos do regimento interno; (Nota: Vide art. 13 da Lei nº 8.625/93.)
>
> VII- conferir posse e exercício, na segunda quinzena do mês de dezembro, aos membros do Conselho Superior do Ministério Público; (Nota: Vide art. 14 da Lei nº 8.625/93.)
>
> VIII- autorizar, em caso de omissão da Câmara de Procuradores de Justiça e por iniciativa da maioria de seus integrantes, que o Procurador-Geral de Justiça ajuíze ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público; (Nota: Vide art. 12, X, da Lei nº 8.625/93.)
>
> IX- convocar reunião extraordinária, na forma do regimento interno;
>
> X - recomendar ao Corregedor-Geral do Ministério Público a instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público; Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.
>
> XI- decidir, em grau de recurso, acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro de órgão

> colegiado do Ministério Público e do Corregedor Geral do Ministério Público;
>
> XII- elaborar seu regimento interno, regulamentando, inclusive, a atuação da Câmara de Procuradores de Justiça;
>
> XIII- exercer outras atribuições conferidas por lei.
>
> Art. 22 As decisões do Colégio de Procuradores de Justiça serão motivadas e publicadas, salvo nas hipóteses legais de sigilo. (Nota: Vide art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.)
>
> Parágrafo único. As propostas referentes a homenagens, votos de congraçamento e atos assemelhados, ressalvados os casos de notório interesse institucional, não serão objeto de publicação."

As relevantes atribuições outorgadas ao Colégio de Procuradores de Justiça evidenciam a importância que o legislador conferiu ao órgão colegiado maior do *Parquet*, que hoje se consubstancia no suporte político-administrativo da Administração Superior da instituição. De fato, assim como os Chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Administração Pública, firmam-se nas leis e no apoio político emanados dos colegiados legislativos, além de se cercarem de Ministérios, Secretarias, Conselhos e dos mais diversos órgãos de apoio, no Ministério Público o Colégio de Procuradores de Justiça inegavelmente representa o necessário apoio político-institucional aos demais órgãos de sua Administração Superior. É o potencial da experiência institucional, angariada pelos mais antigos membros da Instituição, colocado a seu serviço.

O Regimento Interno do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que pode ser acessado no endereço eletrônico da Procuradoria-Geral de Justiça, trata da composição do órgão; das atribuições do seu Presidente; da Câmara de Procuradores de Justiça, sua composição, sua competência e suas três modalidades de sessões: solenes, ordinárias e extraordinárias; da eleição para o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público; da destituição do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público e, por fim, dos recursos, inclusive aqueles interpostos contra decisão acerca de conflito de atribuições.

As sessões do Colégio de Procuradores de Justiça, a exemplo das sessões de seu Órgão Especial, Câmara de Procuradores de Justiça, podem ser classificadas como solenes, ordinárias e extraordinárias. As sessões solenes são aquelas destinadas a conferir exercício ao Procurador-Geral de Justiça, dar posse e exercício ao Corregedor-Geral do Ministério Público e conferir posse e exercício, na segunda quinzena do mês de dezembro, aos membros do Conselho Superior do Ministério Público. Embora essas atribuições estejam previstas no citado art. 21, III, IV e VII, da LC nº 34/94 como referentes ao Colégio de Procuradores de Justiça, na sua totalidade, na prática, quase sempre, elas são exercidas pelos integrantes de seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça. Não há, neste caso, que se falar em ilegalidade, uma vez que, tratando-se de sessão solene, ainda que somente os membros da Câmara ou parte deles se façam presentes, pode-se considerar que a sessão foi do Colégio de Procuradores de Justiça, até porque, nessas cerimônias, não há convocação de todos os Procuradores de Justiça, mas tão somente convite, ficando a convocação restrita aos integrantes da Câmara de Procuradores de Justiça.

As sessões ordinárias do Colégio de Procuradores de Justiça objetivam a eleição do Corregedor-Geral do Ministério Público e, na segunda quinzena do mês de novembro dos anos pares, dos dez membros da Câmara de Procuradores de Justiça. Essas atribuições não podem ser exercidas pela Câmara de Procuradores de Justiça, mas tão somente pelo plenário do Colégio de Procuradores de Justiça.

Por fim, as sessões extraordinárias seriam para as hipóteses de o Colégio de Procuradores de Justiça opinar, por solicitação do Procurador-Geral de Justiça ou deliberação de um quarto de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público e outras de interesse institucional; representar, na forma da lei, ao Poder Legislativo sobre a destituição do Procurador-Geral de Justiça; destituir, na forma da lei, o Corregedor-Geral do Ministério Público; autorizar, em caso de omissão da Câmara de Procuradores de Justiça e por iniciativa da maioria de seus integrantes, ao Procurador-Geral de Justiça o ajuizamento de ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público; recomendar ao Corregedor-Geral do Ministério Público a instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público e decidir, em grau de recurso, acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro de órgão colegiado do Ministério

Público e do Corregedor-Geral do Ministério Público. Também essas atribuições são privativas do plenário do Colégio de Procuradores de Justiça.

As demais competências do Colégio de Procuradores de Justiça conferidas por lei ou em caso de elaborar seu regimento interno, inclusive a atuação da Câmara de Procuradores de Justiça, podem ser exercidas pela própria Câmara, exceto se a lei conferir novas atribuições à totalidade do Colégio de Procuradores.

Atualmente, na forma da Lei Complementar Estadual nº 61, de 12 de julho de 2001, o quadro de Procuradores de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais compõe-se de 182 cargos.

[1)] Vide art. 12 da Lei nº 8.625/93.

3. Câmara de Procuradores de Justiça

Na forma estabelecida no citado art. 13 da Lei Federal nº 8.625/93, a Lei Complementar Estadual nº 34/94, em seu art. 20, tendo em vista que o Colégio de Procuradores do *Parquet* mineiro possui um número superior a quarenta membros, instituiu o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, denominado Câmara de Procuradores de Justiça.

Com efeito, um colégio composto por um número elevado de Procuradores de Justiça, todos com direito a voto nas sessões deliberativas, teria grandes dificuldades para o bom desenvolvimento dos trabalhos. Por esse motivo, a Lei Federal nº 8.625, no seu citado art. 13, facultou aos Ministérios Públicos Estaduais com mais de quarenta cargos de Procuradores de Justiça a criação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores. Naturalmente, os Estados que instituíram o Órgão Especial do Colégio de Procuradores também definiram, pela legislação local, os critérios para a escolha de seus membros.

A Lei Complementar Estadual nº 34/94, após tratar do Colégio de Procuradores de Justiça, dispõe, nos seus arts. 23, 24 e 25, sobre a Câmara de Procuradores de Justiça, Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça que tem por função exercer a maioria das atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A Câmara de Procuradores de Justiça compõe-se do Procurador-Geral de Justiça, que a presidirá, do Corregedor-Geral do Ministério Público, ambos membros natos, além de vinte Procuradores de Justiça, com mandato de dois anos. Metade dos vinte Procuradores de Justiça componentes da Câmara será constituída pelos Procuradores de Justiça mais antigos na instância, e a outra metade, eleita pelos membros do Colégio de Procuradores de Justiça. São considerados eleitos para a Câmara de Procuradores de Justiça os dez Procuradores de Justiça mais votados. Serão considerados suplentes dos membros eleitos aqueles que os seguirem na ordem de votação, até o máximo de dez, substituindo-os nos afastamentos e nos impedimentos e sucedendo-os em caso de vaga.

Em descompasso com a *mens legis* do § 7º do art. 23 da LC nº 34/94, que estabelece que o membro eleito da Câmara de Procuradores de Justiça é inelegível para o mandato subsequente, salvo na condição de suplente com exercício inferior a seis meses, os dez Procuradores de Justiça mais antigos na instância são praticamente membros vitalícios da Câmara de Procuradores de Justiça.

O processo eleitoral para a Câmara de Procuradores de Justiça está previsto em treze parágrafos do art. 23 da LC nº 34/94, dispondo o último parágrafo do mesmo artigo:

> "A Câmara de Procuradores de Justiça se reunirá mensalmente em sessão ordinária, ou por convocação extraordinária do Procuradoria-Geral de Justiça, ou por proposta da maioria de seus integrantes, na forma do regimento interno."

Dispõe o art. 4º do Regimento Interno do Colégio de Procuradores de Justiça que

> "[...] a Câmara de Procuradores de Justiça é o órgão que exerce as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça, salvo nos casos de eleição e posse de seus próprios membros, de proposição ao Poder Legislativo da destituição do Procurador-Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público, ou ainda de decisão sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público."

Enquanto as atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça conferem-lhe um perfil de órgão de sustentação político-institucional à Administração Superior do Ministério Público, seu Órgão Especial, a Câmara de Procuradores de Justiça, possui caráter administrativo e recursal em face dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

São estas, na íntegra, as atribuições da Câmara de Procuradores de Justiça previstas na LC nº 34/94:

> "Art. 24 Compete à Câmara de Procuradores de Justiça:

I- propor ao Procurador-Geral de Justiça a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica e providências relacionadas com o desempenho das funções institucionais; (Nota: Vide art. 12, II, da Lei nº 8.625/93.)

II- aprovar os projetos de criação, transformação e extinção de cargos e serviços auxiliares e a proposta orçamentária anual do Ministério Público; Nota: Vide art. 12, III, da Lei nº 8.625/93.

III- aprovar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

IV- representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca da instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público e recomendar a realização de inspeções e correições; (Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.)

V- dar posse e exercício aos Procuradores de Justiça e posse coletiva e exercício aos Promotores de Justiça Substitutos aprovados em concurso;

VI- deliberar, por iniciativa de 1/4 (um quarto) de seus integrantes ou do Procurador-Geral de Justiça, que este ajuíze ação civil de decretação de perda do cargo de membro do Ministério Público;
VII- julgar, nos termos do regimento interno, recurso contra decisão: (Nota: Vide art. 12, VIII, da Lei nº 8.625/93.)

a) de vitaliciamento ou não de membro do Ministério Público, inclusive permanência na carreira durante o estágio probatório; (Nota: Vide art. 12, VIII, “a”, da Lei nº 8.625/93.)

b) condenatória em processo disciplinar administrativo; (Nota: Vide art. 12, VIII, “b”, da Lei nº 8.625/93.)

c) proferida em reclamação sobre o quadro geral de antigüidade; (Nota: Vide art. 12, VIII, “c”, da Lei nº 8.625/93.)

d) de recusa de indicação para promoção ou remoção por antigüidade; (Nota: Vide art. 12, VIII, “e”, da Lei nº 8.625/93.)

e) de indeferimento do requerimento de acesso, complementação ou retificação de dados do assento funcional;

f) prevista no art. 7º, parágrafo único;

VIII- rever atos e decisões do Procurador-Geral de Justiça sobre a situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares, na forma do regimento interno;

IX- decidir sobre pedido de revisão de processo disciplinar administrativo;

X- decidir acerca das causas de inelegibilidade para escolha de membro do Conselho Superior do Ministério Público;

XI- aprovar o regimento interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público;

XII- aprovar, por maioria absoluta, proposta de fixação das atribuições das Procuradorias e Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos; (Nota: Vide art. 23, § 2º, da Lei nº 8.625/93.)

XIII- aprovar, por maioria absoluta, a exclusão, inclusão ou outra modificação nas atribuições das Procuradorias e Promotorias de Justiça e dos respectivos cargos; (Nota: Vide art. 23, § 3º, da Lei nº 8.625/93.)

XIV- conhecer dos relatórios reservados elaborados pela Corregedoria-Geral do Ministério Público em inspeções realizadas nas Procuradorias de Justiça, recomendando as providências cabíveis; (Nota: Vide art.

> 17, II, da Lei nº 8.625/93.)
>
> XV- convocar reunião extraordinária, na forma do regimento interno;
>
> XVI- determinar a apuração da responsabilidade criminal de membro do Ministério Público quando, em processo disciplinar administrativo, verificar-se a existência de indícios da prática de infração penal;
>
> XVII- aprovar o regulamento do concurso para ingresso na carreira do Ministério Público e o do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
>
> XVIII- deliberar sobre a indicação de Subcorregedores-Gerais e de Promotores de Justiça para assessorar o Corregedor-Geral do Ministério Público, no caso de recusa injustificada do Procurador-Geral de Justiça à designação; (Nota: Vide art. 18, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.)
>
> XIX- instituir comissões, permanentes ou temporárias, para preparar os assuntos a serem levados à sua apreciação, sem prejuízo das atividades de seus membros e sem acréscimo, a qualquer título, de sua remuneração;
>
> XX- desempenhar outras atribuições conferidas por lei ou previstas no regimento interno.
>
> § 1º Os recursos referidos no inciso VII, “a” a “d”, terão efeito suspensivo.
>
> § 2º Salvo disposição em contrário, as decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão tomadas por maioria simples de votos, presente mais da metade de seus integrantes, cabendo ao seu Presidente, em caso de empate, o voto de qualidade, na forma prevista no art. 18, III.
>
> § 3º As decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão motivadas e publicadas no prazo de 5 (cinco) dias, exceto nas hipóteses legais de sigilo. (Nota:Vide art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.)
>
> § 4º As propostas referentes a homenagens, votos de congraçamento e atos assemelhados, ressalvados os casos de notório interesse institucional, não serão objeto de publicação.”

Como se constata, as atribuições recursais da Câmara de Procuradores de Justiça evidenciam a importância desse órgão colegiado, tanto para a vida funcional da Instituição quanto para a de seus membros e servidores individualmente considerados, os quais a ela poderão recorrer sempre que não se conformarem com as decisões administrativas originárias que lhes afetem de qualquer maneira, seja da Procuradoria-Geral de Justiça, da Corregedoria-Geral do Ministério Público, do Conselho Superior do Ministério Público ou mesmo da Diretoria-Geral.

O Regimento Interno da Câmara de Procuradores de Justiça, em seu art. 36, inc. VII, dispõe que, na sessão,

> “anunciado o julgamento, o relator fará a exposição do fato e, em seguida, poderão os interessados, por si ou Procurador, com procuração nos autos, fazer defesa oral não excedente a dez minutos, inscrevendo-se, para isso, quinze minutos antes de iniciada a sessão.”

A possibilidade de sustentação oral na tribuna de defesa dos interesses dos recorrentes perante a Câmara de Procuradores de Justiça constitui um importante instrumento de interação pessoal e direta entre os recorrentes e os membros do Órgão Colegiado Recursal, os quais, integrantes de uma instituição afeita ao debate jurídico, respeitam e valorizam esse indispensável instituto processual.

Salvo disposição em contrário, as decisões da Câmara de Procuradores de Justiça serão tomadas por maioria simples[1)] de votos, presentes mais da metade de seus integrantes, cabendo ao seu presidente, em caso de empate, o voto de qualidade[2)], na forma prevista no art. 18, III, da Lei Complementar nº 34/94 (RI, art. 36, § 4º).

[1)] Como cediço, *quorum* é número de membros de um órgão colegiado, exigido por lei, para que sejam tomadas determinadas decisões em conjunto. A técnica de positivação constitucional e legal adotada para estabelecer as *maiorias* nos órgãos colegiados se desdobra em: a) maioria simples, que é a metade mais um dos membros do órgão colegiado presentes no ato da votação; b) maioria qualificada, que pode ser de 1/3 (um terço), de 2/3 (dois terços) ou de 3/5 (três quintos) da totalidade dos membros do órgão colegiado e c) maioria absoluta, que é o número inteiro imediatamente superior à metade da totalidade dos membros do órgão colegiado.

[2)] O chamado voto de qualidade, também conhecido como voto *minerva*, ocorre quando, estando previsto na lei ou no regimento, o presidente do órgão colegiado, após ter votado como os demais membros do órgão, exerce, se necessário, o direito ao voto de desempate.

4. Conselho Superior do Ministério Público

Na dicção do art. 26, da Lei Complementar nº 34/94, o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) é órgão da Administração Superior do Ministério Público e incumbe-lhe velar pela observância dos princípios institucionais.

Relembrando, os princípios institucionais do Ministério Público − estatuídos no § 1º do art. 127 da Constituição Federal − são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional[1]. Contudo, a incumbência do Conselho Superior não se limita a velar por esses princípios institucionais do Ministério Público. A lei outorgou-lhe outras relevantes atribuições institucionais que serão tratadas posteriormente neste capítulo.

Na forma do art. 27, da Lei Complementar nº 34/94,

> "O Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o presidirá, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público e por nove Procuradores de Justiça eleitos por todos os integrantes da carreira, para mandato de um ano."[2]

Como se verifica no citado dispositivo legal diferentemente da eleição para a Câmara de Procuradores de Justiça, cujos eleitores são somente os Procuradores de Justiça, na eleição para o Conselho Superior do Ministério Público, a exemplo do que ocorre na eleição para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, os eleitores são todos os integrantes da carreira.

Assim como se dá para os demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, para integrar o CSMP, somente Procuradores de Justiça podem candidatar-se. Isso decorre do disposto no art. 14, II, da Lei Federal nº 8.625/93 e do contido no citado art. 27, da LC nº 34/94. O eleitor poderá votar em cada um dos elegíveis até o número de cargos postos em eleição, sabendo-se que, no Ministério Público mineiro, 9 (nove) é o número de membros do Conselho a serem eleitos. São elegíveis todos os Procuradores de Justiça que não estejam afastados da carreira, bastando ao interessado manifestar-se, por escrito, ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo de 5 (cinco) dias, contados do primeiro dia útil subsequente à convocação da eleição. O processo eleitoral para a composição do Conselho Superior está disciplinado nos arts. 28, 29 e 31, da LC nº 34/94. O art. 32 da mesma Lei dispõe que:

> "O Conselho Superior do Ministério Público reunir-se-á quinzenalmente, em sessão ordinária, por convocação extraordinária de seu Presidente ou por proposta de 1/3 (um terço) de seus membros".

As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público, elaboradas, observando-se os princípios institucionais, estão previstas no art. 33 da Lei Complementar no 34/94, a seguir transcrito:

> "Art. 33 Ao Conselho Superior do Ministério Público compete: (Nota: Vide art. 15 da Lei nº 8.625/93.)
>
> I− elaborar as listas sêxtuplas a que se referem os arts. 94, "caput", e 104, parágrafo único, II, da Constituição Federal e o art. 78, § 3º, da Constituição Estadual; (Nota: Vide art. 15, I, da Lei nº 8.625/93.)
>
> II- indicar ao Procurador-Geral de Justiça, em lista tríplice, os candidatos à promoção ou à remoção por merecimento (Nota: Vide art. 15, II, da Lei nº 8.625/93.)
>
> III- indicar o nome do mais antigo membro do Ministério Público para promoção ou remoção por antigüidade; (Nota: Vide art. 15, IV e § 3º da Lei nº 8.625/93.)
>
> IV- aprovar os pedidos de remoção por permuta entre membros do Ministério Público; (Nota: Vide arts. 15, VI, e 64 da Lei nº 8.625/93.)
>
> V- eleger os membros do Ministério Público que integrarão a comissão de concurso para ingresso na carreira; (Nota: Vide art. 15, III, da Lei nº 8.625/93.)

VI- decidir, em sessão pública e pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, sobre a permanência de membro do Ministério Público em estágio probatório e seu vitaliciamento; (Nota: Vide art. 15, VII, da Lei nº 8.625/93.)

VII- determinar, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, a remoção ou a disponibilidade compulsória de membro do Ministério Público; (Nota: Vide art. 15, VIII, da Lei nº 8.625/93.)

VIII- decidir sobre reclamações apresentadas no prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação, e aprovar o quadro geral de antigüidade; (Nota: Vide art. 15, XI, da Lei nº 8.625/93.)

IX- sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a edição de recomendação, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução para o desempenho de suas funções; (Nota: Vide art. 15, X, da Lei nº 8.625/93.)

X- autorizar, atendida a necessidade do serviço, o afastamento de membro do Ministério Público para, sem prejuízo de vencimentos e vantagens, freqüentar curso ou seminário de aperfeiçoamento ou estudos, no País ou no exterior, de duração máxima de 2 (dois) anos, evidenciado o interesse da instituição e observado, ainda, o disposto no art. 137, § 3º; (Nota: Vide art. 15, XI, da Lei nº 8.625/93.)

XI- decidir, em caso de omissão injustificada do Procurador-Geral de Justiça, pela abertura de concurso para provimento de cargos iniciais da carreira, quando o número de vagas exceder a 1/5 (um quinto) do quadro respectivo; (Nota: Vide art. 59, § 1º, da Lei nº 8.625/93.)

XII- homologar o resultado do concurso para ingresso na carreira do Ministério Público;

XIII- autorizar, em razão de ato excepcional e fundamentado, pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus integrantes, o Procurador-Geral de Justiça a exercer, pessoalmente ou por designação, as funções processuais afetas a outro membro da instituição; (Nota: Vide art. 10, IX, “g”, da Lei nº 8.625/93.)

XIV- representar ao Corregedor-Geral do Ministério Público acerca da instauração de processo disciplinar administrativo contra membro do Ministério Público; (Nota: Vide art. 17, V, da Lei nº 8.625/93.)

XV- determinar a apuração da responsabilidade criminal de membro do Ministério Público quando, em processo disciplinar administrativo, verificar-se a existência de indícios da prática de infração penal;

XVI - opinar sobre o aproveitamento de membro do Ministério Público em disponibilidade; Nota: Vide art. 68 da Lei nº 8.625/93.

XVII- solicitar ao Corregedor-Geral do Ministério Público informações sobre a conduta e a atuação funcional de membro da instituição, determinando a realização de visitas de inspeção para verificação de eventuais irregularidades no serviço, especialmente no caso de inscritos para promoção ou remoção voluntária;

XVIII- conhecer dos relatórios reservados elaborados pela Corregedoria-Geral do Ministério Público em inspeções e correições realizadas nas Promotorias de Justiça, recomendando as providências cabíveis; (Nota: Vide art. 17, II e VII, da Lei nº 8.625/93.)

XIX- determinar a suspensão do exercício funcional de membro do Ministério Público em caso de verificação de incapacidade física ou mental;

XX- aprovar o regulamento de estágio probatório elaborado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público;

XXI- elaborar seu regimento interno;

XXII- exercer outras atribuições previstas em Lei ou no regimento interno.

§ 1º Salvo disposição em contrário, as deliberações do Conselho Superior do Ministério Público serão

> tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus integrantes, cabendo ao seu Presidente o voto de qualidade.
>
> § 2º As decisões do Conselho Superior do Ministério Público serão motivadas e publicadas no prazo de 5 (cinco) dias, exceto nas hipóteses legais de sigilo. (Nota: Vide art. 15, § 1º, da Lei nº 8.625/93.)
>
> § 3º Na indicação para promoção ou remoção voluntária por antigüidade, observar-se-á o disposto no art. 186.
>
> § 4º Na indicação para promoção ou remoção voluntária por merecimento, o processo de votação será oral, atendidos os critérios estabelecidos no art. 177.
>
> § 5º Das decisões referentes aos incisos VI, VII e VIII, caberá recurso à Câmara de Procuradores de Justiça no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação do ato no órgão oficial.
>
> § 6º Não será admitida a inscrição nas listas a que se refere o inciso I dos membros do Ministério Público que, nos 12 (doze) meses anteriores à data da elaboração, tenham exercido, ainda que transitoriamente, o cargo de Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral de Justiça Adjunto ou Corregedor-Geral do Ministério Público."

Dessa gama de atribuições conferidas ao Conselho Superior do Ministério Público, todas de suma importância para a vida da instituição, destacam-se aquelas referentes à decisão sobre a permanência ou não de membro em estágio probatório no Ministério Público, sobre a movimentação na carreira e sobre processos disciplinares.

Merece destaque ainda a atribuição do Conselho Superior do Ministério Público, prevista no inciso IX do art. 33 da Lei Complementar nº 34/94, de "sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a edição de recomendação, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução para o desempenho de suas funções". Em observância a esse comando legal, o CSMP tem editado súmulas de orientação institucional relativas aos procedimentos administrativos e judiciais na área dos direitos difusos e coletivos, bem como aquelas relativas aos critérios adotados pelo Órgão Colegiado para decidir sobre a movimentação na carreira. De 29/02/1996, data da aprovação da Súmula n. 1 do CSMP, até a presente data, já foram aprovadas 43 (quarenta e três) súmulas, sendo 22 (vinte e duas) relativas a procedimentos na área dos direitos difusos e coletivos, mormente meio ambiente. As outras 21 (vinte e uma) súmulas são relativas a critérios para movimentação da carreira, sendo que destas, 6 (seis) foram revogadas.

Embora sem caráter vinculativo, em observância ao princípio da independência funcional, as súmulas do CSMP constituem importante meio de orientação funcional aos membros do Ministério Público e o seu enunciado pode ser acessado no endereço eletrônico da Procuradoria-Geral de Justiça, na seção relativa aos Órgãos Colegiados.

Transcritas as atribuições legais do Conselho Superior do Ministério Público, impõe-se explicitar o que foi referido *en passant* no parágrafo final do tópico no 2 deste capítulo − Órgãos Colegiados − o Conselho Superior do Ministério Público está previsto no art. 5º, III, e no art. 7º, II, ambos da Lei Federal nº 8.625/93, e no art. 4º, I, "c", III, "b", da LC nº 34/94, respectivamente, como órgão da Administração Superior do Ministério Público e órgão de execução do Ministério Público. Conforme já visto, dizem-se órgãos de Administração Superior do Ministério Público aqueles aos quais a Lei atribui a responsabilidade pela gestão administrativa da instituição. Por sua vez, órgãos de execução do Ministério Público são aqueles incumbidos do desempenho das funções executivas institucionais que a Constituição e as leis lhes atribuem.

As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público, relacionadas no art. 33 da LC nº 34/94, exceto aquela prevista no inciso XXII, a saber, "exercer outras atribuições previstas em lei ou no regimento interno", configuram atribuições de natureza administrativa. Não obstante, a qualidade de órgão de execução conferida ao CSMP foi consubstanciada na própria Lei Federal nº 8.625/93, que dispõe no seu art. 30: "Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever arquivamento de inquérito civil, na forma da lei".

Ora, sendo o inquérito civil uma função constitucional e legal dos órgãos de execução do Ministério Público, a revisão da promoção de seu arquivamento pelo Conselho Superior está contida em sua natureza de função de

execução institucional.

Além da revisão de arquivamento do inquérito civil tradicional, por assim dizer, previsto no art. 9º, e seus parágrafos, da Lei nº 7.347/85 (LACP), a Lei nº 7.853/89, que cuida da defesa dos interesses coletivos e difusos relacionados às pessoas portadoras de deficiência, e a Lei nº 7.913/80, que dispõe sobre a defesa dos interesses coletivos dos investidores no mercado de valores mobiliários, por referência ao rito da Lei nº 7.347/85, também atribuem ao Conselho Superior do Ministério Público a função de órgão revisor do arquivamento dos inquéritos civis instaurados com base nas referidas leis. Assim, na legislação vigente ou em futuras normas a serem editadas, cabe ao CSMP, a par de suas atribuições administrativas, exercer funções institucionais; logo, típicas de órgãos de execução.

Guardando as devidas proporções, se fizéssemos uma analogia entre os Órgãos Colegiados do Ministério Público e o Poder Legislativo Federal, diríamos que o Colégio de Procuradores de Justiça é o Congresso Nacional; a Câmara de Procuradores de Justiça, o Senado da República e o Conselho Superior do Ministério Público, a Câmara de Deputados. Em sendo os membros do Conselho Superior do Ministério Público eleitos por todos os membros da instituição, este Órgão Colegiado possui uma sensível vinculação com os eleitores, enquanto a Câmara de Procuradores de Justiça, composta em parte por membros eleitos tão somente pelo Colégio de Procuradores de Justiça e em parte pelos Procuradores de Justiça mais antigos, está mais jungida à instituição.

[1)] "*Princípio da unidade*: Os membros da instituição ministerial integram um só órgão, sendo chefiados, somente, por um procurador-geral. Enfatize-se, contudo, que inexiste unidade entre o *Parquet* Federal e os Ministérios Públicos Estaduais. De igual modo, não há que se falar em unidade entre o Ministério Público de um Estado e de outro nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União. É que o princípio da unidade só incide no âmbito de cada Ministério Público. *Princípio da Indivisibilidade*: A indivisibilidade decorre do próprio colorário da unidade, ou seja, o *Parquet* não pode ser subdividido internamente em várias outras instituições autônomas e desvinculadas entre si. Por isso, seus membros não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros, conforme dispuser a lei. *Princípio da Independência Funcional*: Em primeiro lugar, vale anotar que a importância dada pela Constituição ao princípio da independência funcional do *Parquet* foi tamanha que constitui crime de responsabilidade do Presidente da República o cometimento de atos atentatórios ao livre exercício da instituição ministerial (art. 85, II). A independência funcional do Ministério Público deve ser concebida da forma mais ampla possível. Isto quer dizer que seus integrantes só devem dar satisfações à Constituição, às leis e à sua própria consciência (RTJ, 147:142) [...]" (BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1124).

[2)] Artigo alterado pelo art. 1º da LC nº 61, de 12/07/2001. Assim dispunha o artigo alterado: "Art. 27. O Conselho Superior do Ministério Público será composto pelo Procurador Geral de Justiça, que o presidirá, pelo Corregedor Geral do Ministério Público e por 10 (dez) Procuradores de Justiça eleitos pelos integrantes da carreira, para mandato de 1 (um) ano." A redução do número de membros eleitos do Conselho Superior do Ministério Público de 10 (dez) para 9 (nove) objetivou formatar o CSMP com 11 (onze) integrantes, número ímpar que passou a impossibilitar os costumeiros empates em suas decisões, o que obrigava o Procurador-Geral de Justiça a exercer o desgastante voto de qualidade.

5. Impedimento e suspeição nos Órgãos Colegiados

Como visto, os Órgãos Colegiados do Ministério Público exercem atribuições diversas, mas todas, indiscutivelmente, de cunho deliberativo[1)] e, portanto, passíveis de incidirem sobre interesses e direitos gerais e individuais. Assim sendo, em observância ao princípio do devido processo legal, a lei previu as hipóteses de impedimento e de suspeição de membro de Órgão Colegiado. Com efeito, dispõe a Lei Complementar nº 34/94:

> "Art. 34 O integrante de órgão colegiado é considerado impedido nos seguintes casos:
>
> I- quando a deliberação envolver interesse de cônjuge, parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o quarto grau, inclusive;
>
> II- quando for interessado no resultado do julgamento;
>
> III- quando não comparecer à sessão de leitura de relatório ou de discussão de matéria em pauta.
>
> Art. 35 Considera-se fundada a suspeição de parcialidade do integrante de órgão colegiado quando:
>
> I- houver notória inimizade com o interessado no julgamento da matéria;
>
> II- for parte em processo cível, criminal ou administrativo em que tiver funcionado o interessado no julgamento da matéria;
>
> III- houver motivo de foro íntimo.
>
> Art. 36 A exceção de impedimento ou suspeição, salvo por motivo de foro íntimo, poderá ser argüida pelo interessado ou por qualquer integrante do órgão colegiado, até o início do julgamento.
>
> § 1º O integrante do órgão colegiado poderá alegar o impedimento e a suspeição por motivo de foro íntimo, no prazo do parágrafo anterior.
>
> § 2º Argüido o impedimento ou a suspeição, o órgão colegiado, após a oitiva do integrante considerado impedido ou suspeito, decidirá a questão de plano.
>
> § 3º Serão convocados os suplentes necessários se, em razão de impedimento ou suspeição de integrantes do órgão colegiado, houver prejuízo, por falta de número legal, à apreciação de matéria em pauta, suspendendo-se, se for o caso, o julgamento".

[1)] Deliberações são atos administrativos normativos ou decisórios emanados de órgãos colegiados. Quando normativos, são atos gerais, quando decisórios, são atos individuais. (MEIRELLES, Hely Lopes. *In* PONDÉ, Lafayette. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 183).

6. Secretaria dos Órgãos Colegiados

Por fim, é importante destacar que os Órgãos Colegiados do Ministério Público de Minas Gerais dispõem de um órgão de apoio administrativo e de assessoramento denominado Secretaria dos Órgãos Colegiados. Essa secretaria, que possui instalações próprias e quadro de servidores especializados, assessora o Colégio de Procuradores de Justiça, a Câmara de Procuradores de Justiça e o Conselho Superior do Ministério Público. Entre suas relevantes atribuições destaca-se o registro, o controle e o arquivamento das decisões dos Órgãos Colegiados, o que constitui importante fonte de informações sobre a jurisprudência administrativa desses importantes Órgãos da Administração Superior do Ministério Público, estando seu secretário autorizado, inclusive, a fornecer certidões sobre as questões decididas, ressalvada a hipótese de sigilo legal.

Ouvidoria-Geral do Ministério Público

Autora/Organizadora: *Procuradora de Justiça Ruth Lies Scholte Carvalho*

A figura do *ombudsman* (ouvidor) surgiu na Suécia, no início do século XIX, com o propósito de fiscalizar a aplicação das leis por parte dos servidores públicos. No Brasil, a despeito das tentativas de se instituir o *ombudsman* público desde 1823, foi a partir dos anos 80 que algumas esferas estatais, notadamente o estado do Paraná, instituíram o Ouvidor, que apresentava delineamento um pouco diverso do verdadeiro *ombudsman*. Apesar de as ouvidorias terem sido criadas durante o Império, elas só ganharam efetividade a partir das transformações sociais operadas pela redemocratização do Brasil; pela consciência dos direitos civis; pela criação dos movimentos sociais e pela busca por cidadania, justiça e transparência dos serviços públicos que levaram à autonomia popular e à administração compartilhada. Depreende-se daí que a expansão das ouvidorias está estreitamente ligada à sociabilidade política e à cultura da "voicificação" em detrimento da cultura do medo imposta pelos regimes de opressão.

Hodiernamente, o ouvidor está presente na administração pública e privada em vários países, servindo como um canal de comunicação para que a população se manifeste acerca dos serviços prestados pela administração pública ou por uma empresa. O Ouvidor revela-se como um elo imparcial entre uma instituição e a sociedade, atuando com equidade, independência e agilidade, com vistas a satisfazer as expectativas do cidadão, bem como viabilizar soluções para os conflitos decorrentes das relações público/privado.

- 1. Base legal
- 2. Natureza
- 3. Princípios
- 4. O Ouvidor
- 5. Estrutura Administrativa
- 6. Acesso
- 7. Procedimentos
- 8. Ementário de Legislação pertinente

1. Base legal

A Ouvidoria do Ministério Público de Minas Gerais foi criada pela Lei Complementar nº 94/2007, por imposição do art. 130-A, § 5º, da Constituição Federal (CF) de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. Sua instalação data de 13 de fevereiro de 2008 e sua regulamentação está prevista na Resolução PGJ nº 27, de 05 de abril de 2008.

2. Natureza

A Ouvidoria é um *órgão autônomo*, responsável pelo encaminhamento ao Conselho Nacional do Ministério Público das representações ofertadas contra seus membros, servidores e administradores, mas não tem atribuição correcional ou punitiva.

3. Princípios

As Ouvidorias Públicas buscam a efetividade dos princípios constitucionais (art. 37 da CF/88) da publicidade – por meio da necessária *transparência* dos processos e dos atos da administração – e da *eficiência* do serviço público.

Transparência

Aberta ao recebimento de manifestações de qualquer natureza – tanto do *público externo* quanto do *público interno*–, a Ouvidoria presta esclarecimentos e informações demandados acerca do trabalho dos membros do Ministério Público, de seus órgãos de administração e de seus serviços auxiliares; além disso, encaminha às autoridades competentes os pedidos de informação privilegiada de que trata a Lei de Acesso à Informação (LAI) nº 12.527/2011 e fiscaliza o cumprimento dos prazos de resposta ali previstos.

Eficiência

Analisando o teor das manifestações e classificando-as para efeito de encaminhamentos e estatística, a Ouvidoria identifica as demandas institucionais e produz relatórios para o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e para a administração superior; após esse exame, sugere medidas para maior eficiência do serviço, eleva os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades e contribui para o aprimoramento institucional.

4. O ouvidor

A escolha do Ouvidor para um mandato de dois anos, prorrogável por igual período, dá-se por ato privativo do Procurador-Geral de Justiça, nos termos da Lei Complementar (LC) nº 94/2007, recai sobre membros da instituição com mais de dez anos de carreira e preserva as prerrogativas próprias dos membros do Ministério Público. Sua destituição obedece à forma imposta à destituição do Corregedor-Geral, conforme art. 6º, parágrafo único, da LC nº 94/2007.

5. Estrutura Administrativa

A Ouvidoria conta com um Núcleo Técnico, responsável pelo atendimento ao cidadão, pelo registro e pelo encaminhamento das manifestações; com uma Assessoria, que realiza estudos estatísticos e analíticos das demandas recebidas e produz relatórios e com uma Secretaria Executiva responsável por seus procedimentos administrativos.

6. Acesso

Para denúncias, reclamações, elogios, críticas, pedidos de providência e informações usuais, o acesso à Ouvidoria pode ser feito pessoalmente, por meio de formulário disponibilizado no endereço eletrônico do Ministério Público (www.mp.mg.gov.br/ouvidoria), por correspondência física ou eletrônica (ouvidoria@mp.mg.gov.br), ou por meio dos telefones 127 (acesso gratuito), (31) 3330-8409 e (31) 3330-9504.

7. Procedimentos

Ao dar entrada na Ouvidoria, a manifestação pode ser arquivada por falta total de procedência ou pertinência em relação às atribuições do Ministério Público, pode ser passível de pedido de complementação dos dados ou pode ser devidamente registrada. Quando registrada, a manifestação recebe número de protocolo e senha disponibilizados ao autor para acompanhamento das providências adotadas. A Ouvidoria pode conhecer manifestações de autoria não identificada, resguardar o sigilo dos dados quando solicitado e, após prévia classificação, encaminhar a manifestação à autoridade ou ao setor competente para as providências cabíveis, que serão inseridas no sistema para conhecimento do autor. Em se tratando de reclamações e denúncias quanto à atuação administrativa e financeira de membros ou servidores do Ministério Público, a Ouvidoria poderá, após necessária instrução, encaminhar a matéria ao CNMP, nos termos do art. 130-A, § 5º, da Constituição Federal. É dever funcional dos membros e servidores do Ministério Público o atendimento às solicitações e requisições da Ouvidoria e a resposta ao manifestante sobre a providência adotada, qualquer que seja ela, em tempo hábil. A omissão ou a recusa imotivada às solicitações e requisições enseja representação à Corregedoria-Geral.

8. Ementário de legislação pertinente

Lei de Acesso à Informação (LAI)

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, instituiu o acesso à informação privilegiada no Ministério Público brasileiro, e a Resolução PGJ nº 65, de 8 de agosto de 2013, regulamentou esse acesso no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais. Nesse caso, o acesso se dá via Ouvidoria e o pedido pode ser feito pessoalmente ou através de formulário exclusivo para esta finalidade disponibilizado no endereço eletrônico do MPMG, mediante identificação do requerente, tendo em vista a possibilidade de responsabilização pelo uso indevido da informação. As secretarias das Promotorias da capital e do interior e as demais unidades de atendimento ao público poderão disponibilizar os formulários físicos ao cidadão e encaminhá-los à Ouvidoria via sistema, sempre que a informação privilegiada não for de sua competência. A Ouvidoria receberá os pedidos de informação privilegiada e os direcionará à autoridade competente para prestar a informação solicitada. O trâmite do pedido de informação privilegiada obedecerá à classificação de sigilo, recursos e prazos previstos na LAI e na Resolução PGJ nº 65.

Procuradorias de Justiça

- 1. Procuradoria de Justiça Criminal
- 2. Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais
- 3. Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos
- 4. Procuradoria de Justiça Cível
- 5. Procuradoria de Justiça de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais
- 6. Procuradoria de Justiça de "Habeas Corpus"

1. Procuradoria de Justiça Criminal

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza*

- 1.1. Estrutura da Procuradoria de Justiça Criminal e especializações nela existentes
- 1.2. Peças jurídicas

1.1. Estrutura da Procuradoria de Justiça Criminal e especializações nela existentes

A Procuradoria de Justiça Criminal é coordenada por um Procurador de Justiça, eleito pelos pares atuantes na área criminal, para mandato de um ano, permitida uma recondução, assim como ocorre com o subcoordenador, seu substituto legal.

São órgãos da Procuradoria de Justiça Criminal a sua Secretaria e a Assessoria Técnico-Jurídica.

São especialidades existentes na Procuradoria de Justiça Criminal:

- *a) habeas corpus;*
- b) crimes dolosos contra a vida;
- c) crimes contra os costumes;
- d) crimes de tóxicos;
- e) estatuto da Criança e do Adolescente;
- f) execução penal;
- g) crimes contra a ordem tributária;
- h) crimes diversos;
- i) matéria afeta ao Procurador-Geral de Justiça;
- j) crimes contra o patrimônio.

Existem hoje na Procuradoria de Justiça Criminal 43 titularidades e 20 Procuradores de Justiça auxiliares.

Seguem algumas relevantes atribuições do Procurador de Justiça atuante na área criminal:

- a) emitir parecer[1)] em *habeas corpus*, mandado de segurança, revisão criminal, apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, carta testemunhável, correição parcial, exceção de suspeição ou de impedimento do Juiz e do Promotor de Justiça, conflito de competência e agravo de instrumento nos procedimentos atinentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) impugnar embargos infringentes;
- c) opor embargos declaratórios;
- d) contra-arrazoar recursos extraordinário e especial;
- e) contestar medida cautelar que tenciona conferir efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário;
- f) contraminutar agravo de instrumento destinado aos Tribunais Superiores;
- g) impetrar habeas corpus e mandado de segurança;
- h) interpor recursos extraordinário, especial e agravo de instrumento;
- i) interpor recursos previstos nos regimentos internos dos Tribunais Estaduais;
- j) propor medidas cautelares;
- k) comparecer às sessões dos Tribunais Estaduais;[2)]

- l) fazer, se necessário, sustentações orais nas sessões dos Tribunais Estaduais;[3)]
- m) atuar por delegação do Procurador-Geral de Justiça, inclusive propondo ações penais de competência originária;
- n) tomar ciência das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Superiores.[4)]

O parecer recursal

A obrigatoriedade da emissão de parecer escrito e fundamentado, por parte dos Procuradores de Justiça, nos processos criminais decorre do estabelecido no art. 610 do CPP – que determina a vista à Procuradoria-Geral de Justiça dos autos de apelações e recursos em sentido estrito, em segunda instância –, no art. 31 da Lei Federal nº 8.625/93 e no art. 71 da Lei Complementar Estadual nº 34/94 – os quais estabelecem que os Procuradores de Justiça exercem suas atribuições junto aos tribunais –, no art. 72 da mesma lei estadual – que elenca as atribuições dos Procuradores de Justiça, entre as quais emitir parecer escrito e fundamentado nos processos criminais, e no art. 43, III, da Lei Federal nº 8.625/93 – que estipula como dever dos membros do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua *manifestação* final ou *recursal*.

Note-se que, não obstante o debate sobre o tipo de atuação que deve ter a Procuradoria-Geral de Justiça nos recursos pendentes de julgamento em segunda instância remontar a mais de quatro décadas,[5)] o legislador pós-constitucional optou por manter intacta a atribuição em tela.

Da mesma forma, os órgãos do Ministério Público Federal atuantes perante os Tribunais da República, inclusive junto ao Pretório Excelso, continuam a emitir parecer nos feitos criminais.

Tais pareceres, proferidos pelos membros do *Parquet* na condição de *custos legis*, podem arguir preliminares ainda não aventadas no processo, tendo, quando bem elaborados e judiciosos, grande valia no deslinde da causa, sendo, não raro transcritos (parcial ou integralmente) em julgados dos tribunais e registros de elogios em votos.

E mais, conforme sustentei em tese aprovada no 2º Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal, realizado nos dias 28 e 29 de junho de 2007, em Belo Horizonte, o pré-questionamento de questão federal ou constitucional para fins de interposição de recursos especial e extraordinário pode ser provocado por meio de parecer recursal do órgão do Ministério Público atuante junto ao Tribunal Estadual.

O pré-questionamento, pressuposto de admissibilidade específico dos recursos especial e extraordinário, consiste na necessidade da apreciação prévia da questão federal ou constitucional na decisão do Tribunal *a quo*, encontrando-se esse requisito prestigiado nas súmulas abaixo transcritas:

Súmula nº 282 do STF:

> "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Súmula nº 356 do STF:

> "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Súmula nº 98 do STJ:

> "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório."

Súmula nº 211 do STJ:

> "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Destarte, a arguição do pré-questionamento deve ser feita de forma explícita e clara, ainda em primeira instância, pela parte nas razões ou contrarrazões recursais. Questão pouco debatida, porém, é a possibilidade de o órgão do Ministério Público oficiante junto à segunda instância, em seu parecer recursal, aventar questão federal com o fito de pré-questionamento. O ilustre Promotor de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo[6] afirma adequada essa forma de arguição, citando julgado do STJ:

> "Quanto ao Ministério Público, também os pareceres recursais proferidos na qualidade de *custos legis* são adequados à 'argüição' de questões federais ou constitucionais visando a configuração do 'prequestionamento'. Nesse sentido manifestou-se a Quinta Turma do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no REsp. nº 70.705/SP, relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp:
>
> *PROCESSUAL. ACIDENTÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Tem-se como 'prequestionada' a questão objeto de recurso especial do Ministério Público, se a questão foi suscitada no parecer da apelação e discutida no acórdão recorrido (julg. 18/5/1999.)".*

Acrescento, a propósito, ementa de decisão do STJ que implicitamente admite a possibilidade de agitação do pré-questionamento por meio de parecer ministerial:

> "PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE.
> POSSIBILIDADE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI nº 8.987/95.
> AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTENTE AVISO PRÉVIO. PRECLUSÃO.
> AUSÊNCIA DE 'PREQUESTIONAMENTO'. SÚMULA 7/STJ.
> I - Negou-se seguimento ao recurso especial reconhecendo-se a possibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplência do consumidor, com respaldo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.
> II - A questão trazida pelo agravante, ou seja, se o corte foi ou não precedido de aviso, não constou nem das razões de apelo nobre interposto nem do Parecer Ministerial oferecido, constituindo-se, dessa forma, matéria nova, cuja apreciação nesta sede encontra-se obstada pela preclusão.
> III - Ademais, compulsando os autos, verifica-se que, apesar de ter havido por parte da autoridade impetrada a afirmação de que o consumidor fora avisado previamente do corte devido à inadimplência (cf fl. 25), tal informação não foi rebatida pelo impetrante, nem mesmo foi objeto de discussão pelo Colegiado de origem. Nesse panorama, exsurgem, assim, outros dois empeços a que esta Corte Superior sobre o assunto se manifeste: a uma, a ausência de 'prequestionamento' e, a duas, a notória necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo a incidência do verbete sumular nº 7 do STJ.
> IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 617649/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, **DJ** 19/12/2005 p. 217.)".

Ainda que o Tribunal *a quo*, ao debater a questão federal, alegue fazê-lo de ofício, não mencionando a arguição do pré-questionamento da mesma matéria no parecer ministerial, tal igualmente aproveitará ao *Parquet*, para fins de interposição de recurso excepcional.

> "CRIMINAL. - CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PENA EM CONCRETO.
> PRESCRIÇÃO. TERMO INTERRUPTIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.
> 'PREQUESTIONAMENTO'. ACÓRDÃO. FUNDAMENTOS PRÓPRIOS.

> - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. BALIZADO PELA PENA EM CONCRETO, NAS CONDENAÇÕES PROFERIDAS EM SEDE DE APELAÇÃO, O PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPE-SE NA DATA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO E NÃO NA DATA DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
> - 'PREQUESTIONAMENTO'. COMO REQUISITO DO RECURSO ESPECIAL, O 'PREQUESTIONAMENTO' SE BASTA COMPREENDIDO PELA MATÉRIA VERSADA NO ACÓRDÃO, DE OFICIO OU IMPLICITAMENTE QUE SEJA. PRECEDENTES DO STJ.
> - FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. COMO TAL SE PRESTA A TRANSCRIÇÃO DO PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU, EXPRESSAMENTE REPORTADO COMO RAZÃO DE DECIDIR E COM LOUVORES REPUTADO CONVINCENTE.
> (REsp 3.021/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 6/06/1990, **DJ** 6/08/1990 p. 7348.)".

Ressalto que, até mesmo para a oposição de embargos de declaração com objetivo pré-questionatório, faz-se necessário a prévio levantamento da matéria junto ao Tribunal local por meio de razões, contrarrazões ou de parecer recursal, sob pena de ser considerado verdadeiro pós-questionamento, nos termos do julgamento proferido no REsp nº 31.257-SP, relatado pelo Eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, invocado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 91.123-RS:

> "Processual. Embargos declaratórios. 'Prequestionamento'. Pós-questionamento.
>
> Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com escopo de prequestionar tema não agitado anteriormente, no processo.
> Na hipótese, não haveria '*prequestionamento*', mas *pós-questionamento*.
> O direito processual brasileiro não admite embargos declaratórios para pós-questionar temas estranhos ao debate. (**DJU** 22/08/1994; **DJU** 26/09/1996, p. 35.988.).

Em face do exposto, o pré-questionamento de questão federal ou constitucional para fins de interposição dos recursos especial e extraordinário pode ser provocado por meio de parecer recursal do órgão ministerial atuante junto ao Tribunal Estadual.

[1)] Vide art.43, III, da Lei nº 8.625/93.
[2)] Vide arts. 19, § 1º, e 43, V, da Lei nº 8.625/93.
[3)] Vide art. 25, V, da Lei nº 8.625/93.
[4)] Vide art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.
[5)] MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4. p. 220. *Apud* CRUZ, Rogério Schietti Machado. Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos, face os princípios do contraditório e da isonomia. **Revista dos Tribunais**, vol. 737, p. 491, mar. 1997.
[6)] PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 76.

1.2. Peças jurídicas

A Coordenadoria da Procuradoria de Justiça Criminal possui banco de dados, disponível para os Procuradores de Justiça, com aproximadamente 500 peças processuais (pareceres, contrarrazões recursais, contraminutas de agravos de instrumento e recursos extraordinários *lato sensu*), referentes às diversas especialidades deste órgão.

O banco de dados conta com trabalhos cedidos por Procuradores de Justiça, possibilitando a divulgação de novas ideias e a consolidação das mais antigas, bem como o intercâmbio de informações entre os membros da Instituição.

O acervo é submetido a aperfeiçoamento e atualizações periódicos, de modo a fornecer adequados subsídios ao labor ministerial em segunda instância.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Concessão de "Habeas Corpus" – Crime de porte ilegal de arma

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

> "**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
>
> O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Procurador de Justiça infrafirmado, nos autos do Recurso de Apelação Criminal, nº 1.0145.04.187428-3/001, irresignado com o v. acórdão proferido pela TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS que, em Turma, negou provimento ao recurso da defesa e, de ofício, concedeu ordem de *habeas corpus* para excluir da condenação o crime de porte ilegal de arma, vencido o relator, vem, perante Vossa Excelência, interpor o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fundamento no art. 102, III, 'a' da CF.
>
> Requer, ainda, uma vez devidamente processado o recurso, seja deferido o seu seguimento pelas razões anexas, determinando-se a remessa dos autos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> Belo Horizonte, 10 de outubro de 2005.
>
> **Procurador de Justiça**"
>
> "**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**
>
> **APELAÇÃO CRIMINAL Nº:** 1.0145.04.187428-3/001
>
> **COMARCA:** BELO HORIZONTE
>
> **RECORRENTE:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
>
> **RECORRIDO:** J.S.O

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fundamento no art. 102, III, 'a' da Constituição Federal

AUGUSTO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

COLENDA TURMA JULGADORA

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RELATÓRIO

A fim de se evitar redundância, adota-se o relatório do acórdão ora vergastado (fls. 204/205), acrescentando-se que, ao final, a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, em Turma, negou provimento ao recurso da defesa e, de ofício, concedeu ordem de *habeas corpus* para excluir da condenação o crime de porte ilegal de arma, vencido o relator, o que contraria frontalmente o disposto no art. 5º, XXXVIII, 'c', da Constituição Federal.

Contra essa respeitável decisão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe o presente Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição da República.

DO PREQUESTIONAMENTO

Em sede de prequestionamento, cumpre trazer à colação parte do voto do Revisor:

Em face do princípio do *ne bis in idem*, que impede dupla punição pelo mesmo fato, expressiva corrente da jurisprudência tem proclamado que o homicídio absorve o crime de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas guardam, entre si, uma relação de meio e fim, de modo a possibilitar a consumação e execução do homicídio, devendo por este ser absorvido.
Nessa linha, como já tive a oportunidade de manifestar em outros julgamentos, a ação de possuir ou portar arma antes do momento efetivo da consumação do homicídio ou mesmo a inexistência do registro dessa arma, apesar de configurar crimes, por serem etapas necessárias para o homicídio, serão por este absorvido, principalmente em face da inexistência de prova da materialidade, uma vez que não se pode ter certeza que se tratava de porte da mesma arma utilizada no homicídio, ainda que reconheça a possibilidade da autonomia das duas condutas, em algumas circunstâncias.
No meu modo de pensar, deveria ter sido proclamada a absorção quando da fase da pronúncia, uma vez que, no caso específico dos autos, o reconhecimento do porte ilegal de arma em concurso material com o homicídio tipifica constrangimento ilegal que deve ser reparado por via de *Habeas Corpus*. [...]
Assim, *data venia* de entendimentos contrários, não há falar se esteja subtraindo competência do Júri, haja vista que cabe ao Juiz dar à imputação contornos razoáveis, velando pela justa causa da acusação, devendo em respeito ao direito constitucional do réu (art. 5º, LXVIII), pronunciar-se em relação ao crime conexo, se atípico, inexistente ou extinta a punibilidade do fato, como aliás consta do corpo do voto proferido pelo i. Ministro.
Isto posto, dada a impossibilidade de simplesmente decotar o delito conexo, mas por outro lado considerando o efetivo constrangimento ilegal que está a sofrer o apelante, e neste ponto reside a insurgência em relação ao em. Relator, nego provimento ao recurso, mas concedo *Habeas Corpus* de ofício em favor do mesmo para declarar a absorção do porte ilegal de arma pelo homicídio, cancelando a respectiva reprimenda.

Imperioso também transcrever parte do voto do Vogal:

Por outro lado, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendo, *data venia*, que não é possível simplesmente excluir o crime conexo de porte de arma da condenação, como fez o ilustre Relator, mas, diante do manifesto constrangimento ilegal que o seu reconhecimento representou, na espécie, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, é realmente imperiosa.
Nestes termos, acompanhando os termos do voto do ilustre Revisor, também nego provimento ao recurso, concedendo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para declarar absorvido pelo crime de tentativa de

homicídio o de porte ilegal de arma, cancelando a respectiva reprimenda.
Evidentemente, a questão federal acerca da ofensa à soberania da instituição do júri restou ventilada no acórdão recorrido.

Não há, portanto, óbice algum ao seguimento do recurso.

DO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Não obstante o zelo e a erudição da decisão colegiada, *data venia*, apresenta erro de procedimento, conforme se demonstrará.

O acórdão hostilizado, ao conceder *habeas corpus* de ofício para declarar a absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de tentativa de homicídio, cancelando a respectiva reprimenda, invadiu a competência do Tribunal do Júri, eis que os juízes leigos, por seis votos, reconheceram o crime de porte ilegal de arma de fogo. Com isso, o v. acórdão promoveu, induvidosamente, ofensa à soberania dos veredictos. Vejamos um trecho do voto do Revisor que evidencia tal assertiva:

Assim, *data venia* de entendimentos contrários, não há falar se esteja subtraindo competência do Júri, haja vista que cabe ao Juiz dar à imputação contornos razoáveis, velando pela justa causa da acusação, devendo em respeito ao direito constitucional do réu (art. 5º, LXVIII), pronunciar-se em relação ao crime conexo, se atípico, inexistente ou extinta a punibilidade do fato, como aliás consta do corpo do voto proferido pelo i. Ministro.

Também do Vogal:

Por outro lado, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendo, *data venia*, que não é possível simplesmente excluir o crime conexo de porte de arma da condenação, como fez o ilustre Relator, mas, diante do manifesto constrangimento ilegal que o seu reconhecimento representou, na espécie, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, é realmente imperiosa.
Nestes termos, acompanhando os termos do voto do ilustre Revisor, também nego provimento ao recurso, concedendo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para declarar absorvido pelo crime de tentativa de homicídio o de porte ilegal de arma, cancelando a respectiva reprimenda.

Destarte, por entender que somente o Conselho de Sentença poderia reconhecer a absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de tentativa de homicídio, o Ministério Público de Minas Gerais invoca a esse e. Tribunal o pronunciamento acerca da visceral ofensa ao art. 5º, XXXVIII, 'c', da Constituição da República.

Portanto, o presente recurso extraordinário é o adequado à espécie, sendo igualmente tempestivo.

DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

Não obstante os respeitáveis argumentos expostos pelo Desembargador Revisor, entendemos que a tese não deve prosperar, haja vista que o crime de porte ilegal de arma é conexo com o crime de tentativa de homicídio qualificado, sendo certo que o Conselho de Sentença, ao responder o primeiro quesito da segunda série da quesitação, reconheceu, também, a prática do crime de porte ilegal de arma, por seis) votos (fls. 161).
Consagrado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que 'a competência penal do Júri possui extração constitucional, estendendo-se – ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da *vis attractiva* que exerce – às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida', de modo que, *in casu*, somente ao Tribunal do Júri compete o julgamento do crime de porte ilegal de arma.

Ilustrativo da matéria é o julgado que se transcreve:

HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA A VIDA E INFRAÇÕES PENAIS CONEXAS (LEI Nº 6.368/76, ARTS. 12 E 18, III, E LCP, ART. 19) - DESCLASSIFICAÇÃO, PELO TRIBUNAL DO JÚRI, DO DELITO DE HOMICÍDIO DOLOSO (FORMA TENTADA) PARA O DE LESÕES CORPORAIS - COMPETÊNCIA DO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL

DO JÚRI PARA JULGAR TANTO O DELITO RESULTANTE DA DESCLASSIFICAÇÃO QUANTO AS INFRAÇÕES PENAIS CONEXAS - PEDIDO INDEFERIDO. - *A competência penal do Júri possui extração constitucional, estendendo-se - ante o caráter absoluto de que se reveste e por efeito da* '*vis attractiva*' *que exerce - às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida*. - Desclassificado, no entanto, pelo Conselho de Sentença, o crime doloso contra a vida, para outro ilícito penal incluído na esfera de atribuições jurisdicionais do magistrado singular, cessa, em tal caso, a competência do Júri, incumbindo, a seu Presidente, o poder de julgar tanto o delito resultante da desclassificação quanto às infrações penais, que, *ratione connexitatis*, foram submetidas ao Tribunal Popular, mesmo que se cuide de crime de tráfico de entorpecentes ou de simples contravenção penal. Precedentes. (HC 74295/RJ - RIO DE JANEIRO – Relator: Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 10/12/1996 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: **DJ** 22/06/2001 – grifo nosso)

Com efeito, em respeito à soberania dos veredictos, não poderia o Tribunal de Justiça Mineiro, em grau recursal, a pretexto de corrigir uma injustiça (que no caso não houve), ter reconhecido a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo crime de tentativa de homicídio qualificado. Agindo assim, o Tribunal das Alterosas violou frontalmente o art. 5º, XXXVIII, 'c', da Constituição da República.

Destarte, pelos argumentos expendidos, verifica-se que a colenda Terceira Câmara Criminal, ao conceder, de ofício, o *habeas corpus* para declarar a absorção do porte ilegal de arma pela tentativa de homicídio, cancelando a respectiva reprimenda, não se guiou, escorreitamente, na melhor doutrina, jurisprudência dominante e legislação vigente, tornando o veredicto colegiado merecedor de cassação por essa corte guardiã da Magna Carta.

DO PEDIDO

Ex positis, restando demonstrado à saciedade que a respeitável decisão hostilizada equivocou-se ao contrariar o art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal, requer O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS a admissão do presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO e, ao final, seja ele integralmente provido na Superior Instância, para efeito da cassação do *decisum* da TERCEIRA CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com a conseqüente manutenção da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2005.

Procurador de Justiça"

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial

AGRAVO DE INSTRUMENTO

"**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 1º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio de seu órgão de execução, irresignado com a r. decisão de fls. 276/278 que negou seguimento ao Recurso Especial, autos de nº 1.0621.05.009969-9/003, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8.038/90, para o Superior Tribunal de Justiça, pelas

razões de direito que aduz a seguir.

Na oportunidade, apresenta-se o traslado de todas as peças do processo criminal, para que seja enviado ao augusto Superior Tribunal de Justiça.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 23 de março de 2006.

Procurador de Justiça"

Agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial

"**Nº:** 1.0621.05.009969-9/003

COMARCA: SÃO GOTARDO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: B.P.C

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Augusto Superior Tribunal de Justiça,

Colenda Turma,

Eminente Ministro Relator,

DOS FATOS

A fim de se evitar redundância, adota-se o relatório do acórdão ora vergastado (fls. 276/277), acrescentando-se que, ao final, o eminente Desembargador Vice-Presidente inadmitiu o inconformismo, fundamentando-se no argumento de que a análise do recurso implicará em reexame de provas.

Contra essa respeitável decisão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe o presente Recurso de Agravo de Instrumento, com fundamento no art. 28 da Lei nº 8.038/90.

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é adequado, porquanto da não admissão do Recurso Especial cabe Agravo de Instrumento para o STJ, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.038/90.

Da mesma forma, o recurso é tempestivo, pois interposto induvidosamente no prazo legal.

Destarte, sendo o presente recurso próprio, adequado à espécie e igualmente tempestivo, merece ser conhecido.

DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

A respeitável decisão que não admitiu seguimento do Recurso Especial, *data venia*, está a merecer reforma, porquanto o óbice apontado não existe. Vejamos:

Da leitura das razões do Recurso Especial, inadmitido, percebe-se que, ao contrário do que entendeu o Exmo. Desembargador 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o apelo raro tenciona a correta valoração das provas, devidamente delineadas no acórdão vergastado, o que é perfeitamente admissível no recurso especial.

Reiterada jurisprudência pronuncia-se positivamente nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROVA. VALORAÇÃO INTERPRETAÇÃO. DISTINÇÃO.
A valoração da prova é relativa ao ato jurídico perfeito. Adequação da prova à Constituição e à lei ordinária. Compreende admissibilidade e formação consoante o ordenamento jurídico. A primeira é consentimento constatável em plano meramente normativo. A segunda porque relacionada com os princípios de realização, própria também da experiência jurídica, não se confunde com interpretação da prova, ou seja, avaliação dos dados fáticos elaborada pelo magistrado. (RESP. 6580 – RJ, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, **DJ** 27/05/1991 p. 6975)

No julgamento do RE 100.931, em que figurou como relator o eminente Min. Alfredo Buzaid, publicado na RTJ 112/385, assim registrou em seu voto magistral:

'No recurso extraordinário não cabe reapreciação de prova, mormente como no caso em tela, para dizer se o réu cometeu o homicídio em legítima defesa ou não. *O presente recurso, comporta, todavia, a análise da decisão do E. Tribunal de Justiça a quo a fim de verificar se os jurados decidiram de modo manifestamente contrário à prova dos autos*'. (grifo nosso)

No mesmo sentido, se manifesta a abalizada doutrina:

'[...]
Não obstante, para procederem ao julgamento dos recursos excepcionais, adotam as Cortes Superiores a moldura fática delineada definitivamente pelo tribunal a quo, ou seja, partem das conclusões acerca do arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada, sem, entretanto, discutir seu acerto, apenas analisando se foi correta a interpretação das normas federais ou constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Mesmo porque, a atividade jurisdicional se consubstancia exatamente na aplicação do direito aos fatos que são trazidos pelas partes, ao órgão judicante. A peculiaridade em relação aos recursos especial e extraordinário é que, enquanto às instâncias ordinárias incumbe não só a aplicação do direito aos fatos alegados pelas partes, mas também a apuração desses fatos, aos Tribunais Superiores compete exclusivamente verificar a correta aplicação do direito positivo, de cuja inteireza são guardiães, a fatos já apurados'.[1)].

É de se ver das razões do recurso que, ao demonstrar a violação da ofensa aos dispositivos infraconstitucionais apontados, em momento algum o órgão ministerial *postula* reexame de provas e, nesse caso, não pode subsistir o argumento esposado na decisão agravada acerca da suposta revisão das mesmas.

Lamentavelmente, há um equívoco de ordem conceitual por parte da Vice-Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça mineiro, haja vista que, no juízo de admissibilidade do recurso especial, confunde os institutos da valoração de provas com o da revisão de provas. É cediço na ambiência jurídica que, em sede de recurso especial, não é possível análise de matéria de fato, entretanto, admite-se a análise da correta qualificação jurídica dos fatos. Nesse sentido, oportuna a transcrição de trecho do acórdão no Resp. nº 171.219 – SC, em que o relator, o eminente Ministro Franciulli Netto, magistralmente tratou do tema:

'De outra parte, deve ficar registrado que a hipótese vertente não trata apenas de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

A distinção entre *juízo de fato* e *juízo de valor* se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e, sobretudo ao Direito. O *fato* e o *direito* se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido 'o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas *idéia* transcendental) do homem real (não do *sujeito em geral* ou gnoseológico) a *puro facto* ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido' (NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de Facto**: Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga *questão de fato* da questão de saber se *o que aconteceu* (fato) se subsume a norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela *existência* de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamêgo. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [199-]. p. 295/296).
Existem hipóteses, portanto, em que a seleção da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina José Carlos Barbosa Moreira, que, quando 'se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida' (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual** – Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 235).

Assim, na lição de José Afonso da Silva, 'os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)' (SILVA, José Afonso. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1963. p. 131).

Dessa forma, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de ' *que tout problème de qualification est question de droit*' (MARTY, Gabriel. **La distinction du fait et du droif**. Paris: Recueil Sirey, 1929. p. 204/205). Como conclui José Miguel Garcia Mediria, depois de examinar no corpo de sua monografia de modo percuciente a matéria, 'excluem-se das questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em conseqüência, aplicação incorreta da lei' (MEDINA, José Miguel Garcia. **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. 2 ed. item n° 37. São Paulo: RT, [s.d.]. p. 306).

Destarte, conforme demonstrado à saciedade, não há fundamentos para a manutenção da decisão da corte local, uma vez que, se assim o for, estar-se-á impossibilitando o acesso à instância extraordinária, negando-se vigência ao dispositivo infraconstitucional apontado nas razões do recurso inadmitido.

Impende ressaltar que esse augusto Tribunal Constitucional já analisou, por dezenas de vezes, casos semelhantes, sem que isso importasse em exame de provas.

A propósito, peço *venia* para trazer à colação julgado em que essa augusta Corte teve ensejo de apreciar caso envolvendo a análise do elemento subjetivo do agente na fase de pronúncia e, diga-se de passagem,

foi confirmada a decisão, para manter a competência do Tribunal Popular.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO.
PRONÚNCIA PELO TRIBUNAL A QUO. LEGALIDADE. REEXAME EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE. ORDEM DENEGADA.
I. Hipótese em que o paciente, denunciado pela suposta prática de homicídio doloso, obteve desclassificação para a modalidade culposa, decisão que foi alvo de recurso em sentido estrito provido pelo Tribunal a quo, para pronunciá-lo nos termos da denúncia.

II. A questão referente ao elemento subjetivo do agente deve ser submetida ao Tribunal do Júri, tendo em vista que, na fase da pronúncia, prevalece a máxima *in dubio pro societatis*.

III. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a pretensão de desclassificação para crime culposo, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade.

IV. Ordem denegada.

(HC 39687/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2005, **DJ** 6/06/2005 p. 354)

In casu, o que se questiona é o fato de ter o eminente Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito, que foi acompanhado pelos seus pares, ingressado em análise valorativa do elemento anímico do agente, tarefa que lhe era vedada por expressa disposição de lei, uma vez que na fase da pronúncia há apenas um juízo de admissibilidade da acusação. E assim deve proceder para render ensanchas a que Tribunal Popular tenha pleno conhecimento e possibilidade de apreciação do mérito, notadamente porque, em sendo realmente culposa a conduta do agente, poderá o Conselho de Sentença desclassificá-la, ao passo que, se desclassificada na fase da pronúncia, o Júri terá subtraída a sua competência.

Com tais considerações, o Ministério Público de Minas Gerais requer seja o presente Agravo de Instrumento recebido e encaminhado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para conhecê-lo e dar-lhe provimento. Pugna, ainda, pela aplicação do § 3º do art. 28 da Lei nº 8.038/90, uma vez que o presente agravo está instruído com todos os documentos necessários para o julgamento do Recurso Especial.

Belo Horizonte, 23 de março de 2007.

Procurador de Justiça"

MODELO DE CONTESTAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR - Impossibilidade de admissão dos recursos especial e extraordinário

Impossibilidade de admissão dos recursos especial e extraordinário

"**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 3º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Procurador de Justiça infrafirmado, vem apresentar CONTESTAÇÃO à Medida Cautelar interposta por E.R.G e L.F.G, nos autos da Apelação Criminal nº 2.0000.00.510516-6/000, Comarca de Ouro Fino, com vistas a obter efeito suspensivo nos Recursos Especial e Extraordinário interpostos contra o v. acórdão proferido pela colenda Quarta Câmara Criminal

do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, às fls. 285/290.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2006.

Procurador de Justiça"

"**REF. MEDIDA CAUTELAR Nº:** 2.0000.00.510516/004

REQUERENTES: E.R.G ; L.F.G

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMARCA: OURO FINO

Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, proposta pelos requerentes acima mencionados, com o fito de obter efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário por eles interposto contra o v. acórdão de fls. 285/290, que manteve suas condenações nas seguintes penas: E. como incurso nas sanções do art. 180, caput, do CP, às penas definitivas de dois anos e seis meses de reclusão, regime-aberto, e L. F. como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, às penas definitivas três anos de reclusão, regime semi-aberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal, sendo que lhe foram negados quaisquer benefícios.

O eminente Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Carreira Machado, à fl. 13, negou a concessão do efeito suspensivo em sede liminar.

Esse, em síntese, o relatório.

A pretensão dos requerentes não merece prosperar, senão, vejamos.

É cediço que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo e, neste particular, a própria legislação que regula a matéria – Lei nº 8.038/90 (Lei dos recursos) no § 2º do art. 27, assim dispõe:

'Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo'.

Ocorre, porém, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem, em caráter excepcional, conferindo efeito suspensivo aos apelos extremos, desde que estejam presentes os requisitos para a obtenção da cautelaridade. Ilustrativamente, colacionamos julgados nesse sentido:

MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES.
1. Presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é possível, excepcionalmente, conferir, via medida cautelar, efeito suspensivo a Recurso Especial (MC nº 2.266, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, "DJ" 16/04/2001).

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. *FUMUS BONI IURIS*. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.
1. É possível, em hipóteses excepcionais, e desde que presentes invariavelmente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a concessão de medida cautelar para suspender a exeqüibilidade de decisão combatida através de Recurso Especial ainda não admitido no Tribunal de origem. Faculdade de se estender, em caso de juízo negativo, a medida também ao Agravo de Instrumento, se interposto (MC nº

1.995/RS, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, “DJ” 11/122000).

Destarte, conforme se depreende da legislação supramencionada e dos arestos colacionados, a execução provisória do acórdão condenatório - no caso desses autos - deflui do esgotamento das instâncias ordinárias e, portanto, não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Sobre a matéria, vem a calhar trazermos à colação excerto do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer no julgamento do HC nº 40.827, vejamos:

A lei (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90) é taxativa. Em regra, os recursos de caráter excepcional (recurso especial e recurso extraordinário) não têm efeito suspensivo. Se restar entendido que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da *Lex Fundamentalis*) afeta este dispositivo, então haveria uma antinomia radical entre este dispositivo legal, a norma constitucional e o art. 312 do CPP, uma vez que uma decisão condenatória de segundo grau ou confirmatória de uma condenação não poderia ensejar nunca a execução sem trânsito em julgado. Conclusão esta, frise-se, por órgão colegial, calcada na certeza da autoria e, pararelamente estar-se-ia admitindo, em tese, a possibilidade de uma prisão cautelar que, no entanto, acerca da autoria não exigiria tal certeza, mas, tão-somente, indícios. Aplicando-se, todavia, de forma ampla o princípio da presunção de inocência, por maior razão, ninguém poderia ser mantido preso cautelarmente.
Por outro lado, *ad argumentandum tantum*, ainda que se admitisse a prisão cautelar e o efeito suspensivo sistemático, vale dizer, não obtido incidentalmente por meio de uma medida cautelar inominada, o excesso de prazo, por óbvio, aconteceria em todos os casos, não importando a gravidade da infração (alcançando até v.g. latrocínio e extorsão mediante seqüestro com resultado morte).
Não podemos esquecer, entretanto, que na aplicação de um princípio, é recomendado observar o contexto em que ele é utilizado. De um lado, em nosso Direito, há uma amplitude inigualável na admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores, como se estes constituíssem 3ª e 4ª instâncias (o que, inclusive, não se coaduna sequer com a estrutura Federativa indicada na *Lex Máxima*). E, de outro, vigora, entre nós, um sistema prescricional, de benevolência ímpar. Tudo isto acarretando, caso não se aplique o disposto no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, que a repressão criminal se tornará, *in totum*, inexeqüível. Conseqüentemente, penso que havendo duas formas de se interpretar um texto (no caso, o princípio da presunção de inocência) a melhor solução é a de se evitar a inexequibilidade ou total ineficiência do sistema.
Com efeito, encontrando-se esgotadas as instâncias ordinárias e, ainda, considerando que os recursos de natureza excepcional, quais sejam, os apelos especial e extraordinário, não possuem o condão de sustar a execução provisória do ato condenatório, já que não possuem efeito suspensivo, mas, exclusivamente, o devolutivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), o cumprimento das penas cominadas é decorrência natural do acórdão mantenedor da sentença judicial. Legítima, portanto, a execução provisória do julgado, ainda que não transitada em julgado a respectiva ação penal. (grifos do original)

Na mesma esteira, o escólio do renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Efeito meramente devolutivo que pode acarretar em prisão: os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, razão pela qual, decidida a questão, decidida a questão no Tribunal – estadual ou regional -, impondo-se prisão ao acusado, deve ele recolher-se para continuar recorrendo. Nessa ótica: 'A Lei de Recursos, ainda vigente em matéria de processo penal, em sintonia com o art. 637, do CPP, preceitua que *os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo* (art. 27, § 2º. da Lei 8.038/90), em razão do que a eventual interposição de tais recursos não suspendem a ordem de prisão conseqüente de decisão condenatória proferida pela instâncias ordinárias' (STJ, HC 10.744-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16/12/1999, v.u., **DJ** 14/02/2000, p.80). STJ: 'Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ) *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, em regra, só tem efeito devolutivo, sendo ilegítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)' (HC 10.916-MG, 5ª. T., rel. Felix Fischer, 16/12/1999, v.u., **DJ** 21/02/2000, 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'. Excepcionalmente, como sempre ocorre, em casos teratológicos, pode-se impetrar *habeas corpus*, pleiteando se aguarde com liberdade o julgamento de qualquer deles

(recurso especial e extraordinário), o que é raro de ser concedido.[2)]

A questão encontra-se inclusive pacificada no Superior Tribunal de Justiça através do verbete da Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'.

Ademais, verifica-se que os requerentes não lograram êxito em demonstrar de forma contundente a plausibilidade do direito material consubstanciada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, condição *sine qua non* para o êxito na concessão da medida cautelar.

Lecionando sobre o tema a doutrina mais abalizada assim manifesta sobre os pressupostos da medida cautelar:

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos.[3)]

Impende considerar ainda que, da leitura detida das razões dos recursos especial e extraordinário interpostos pelos requerentes, constata-se facilmente a impossibilidade de que estes sejam admitidos, haja vista tencionarem reexame das provas dos autos e, nesse caso, há uma vedação de tal desiderato nos apelos raros na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vazada nos verbetes das Súmulas respectivas: 279 (*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*) e 7 (*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*).

Portanto, ainda que se instaurasse a jurisdição cautelar para amparar a pretensão dos requerentes, ainda assim esta não estaria legitimada no presente caso, uma vez que se revelam totalmente inviáveis os apelos raros por eles aviados, pois, como se sabe, a via excepcional não se compatibiliza com qualquer tipo de indagação probatória, conforme o teor das súmulas acima colacionadas.

Ex positis, pugna a Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento da medida cautelar.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2006.

Procurador de Justiça”

PARECER DE APELAÇÃO - Nulidade do julgamento e da sentença condenatória

Nulidade do julgamento e da sentença condenatória

“**APELAÇÃO CRIMINAL Nº:** 1.0027.00.009926-0/002

COMARCA: BETIM

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: A.S.M.O

Egrégio Tribunal de Justiça,

Colenda Câmara Criminal,

Eminente Desembargador(a) Relator(a):

A.S.M.O e U.O.S, com seus dados de qualificação constantes dos autos foram denunciados como incursos nas penas do art. 121 c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e do art. 10 da Lei nº 9.437/97, acusados pelo atentado contra a vida de F.H.S, mediante disparos de arma de fogo, fato ocorrido no dia 3 de agosto de 2001, por volta das 10h30min, na Rua Arthur Trindade, Bairro Angola, Comarca de Betim.

Consta da peça exordial que os acusados dirigiram-se ao *locus delicti*, objetivando assassinar o ofendido. Ao se encontrarem com a vítima, U., que trazia a arma consigo, entregou-a a A., que, com *animus necandi*, efetuou os disparos contra o ofendido, dos quais um o atingiu no tórax, causando-lhe as lesões relatadas no laudo pericial acostado aos autos.

Diz ainda a exordial que o crime de homicídio somente não se consumou devido ao fato de a vítima ter sido imediatamente socorrida e levada ao Hospital Regional de Betim, onde recebeu atendimento médico.

Ao cabo de regular instrução criminal, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedentes os termos da imputação e pronunciou os acusados como incursos nas iras do art. 121 c/c o art. 14, II, e 29, todos do Código Penal.

Levado a julgamento popular, o acusado U. logrou ser absolvido, a pedido do Ministério Público, à consideração de que restou provado que ele não participou do delito descrito na denúncia. Em conseqüência do veredicto absolutório ditado pelo Conselho de Sentença, o MM. Juiz de Direito proferiu decisão de absolvição, julgando improcedente a pretensão deduzida na inicial acusatória.

Respondendo aos quesitos quanto ao acusado A., o Conselho de Sentença reconheceu a forma tentada do delito de homicídio. Entretanto, julgando a tese da legítima defesa, entenderam os Senhores Jurados que o réu excedeu culposamente os limites da excludente de ilicitude, e o condenaram pela prática de tentativa culposa de homicídio. Em face dessa decisão, o MM. Juiz de Direito deu o réu como incurso nas iras do art. 121, § 3º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, aplicando-lhe a pena de oito meses de reclusão, no regime aberto, e concedendo-lhe o benefício da suspensão condicional da execução da pena.

O Ministério Público, inconformado, apresenta recurso de Apelação.

Em preliminar, clama o recorrente pela nulidade do julgamento em face da perplexidade verificada quando da votação dos quesitos, considerando a admissão da ocorrência de crime culposo na forma tentada.

Pugna também pela nulidade da r. sentença condenatória, por ter sido ela prolatada contrariamente à lei, uma vez que teria o MM. Juiz de Direito admitido à figura do homicídio culposo tentado, inexistente em nosso ordenamento jurídico.

No mérito, pelo que se extrai das razões de recurso, a pretensão do Ministério Público centra-se na argüição de que o acatamento da tese do excesso culposo na legítima defesa representa decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Finalmente quanto ao mérito, como pedido alternativo, busca a reforma da r. sentença, sustentando ser incabível o benefício do *sursis*, tendo em vista que o crime foi cometido com violência contra a pessoa.

O apelo mereceu a devida contrariedade pela ilustre defesa do acusado, que requer o seu desprovimento.

É o relatório do essencial.

O recurso preenche seus pressupostos legais de admissibilidade, devendo ser conhecido.

As duas questões colocadas em sede preliminar referem-se a uma mesma situação jurídica envolvendo a

votação de quesitos e a admissão, na sentença, de tese jurídica esposada pelo Conselho de Sentença, qual seja, de ocorrência de homicídio culposo tentado. Assim sendo, peço venia para proceder à análise conjunta das preliminares agitadas.

Não vejo como prosperarem as argüições preliminares.

O Conselho de Sentença não reconheceu a hipótese do crime de homicídio culposo tentado, mas sim o excesso culposo no exercício de uma conduta em legítima defesa, institutos jurídicos inconfundíveis.

É teratológico o reconhecimento da figura do crime tentado e culposo, porquanto a tentativa pressupõe o exercício de ação finalística, regida pela vontade, e direcionada à finalidade previamente desenhada na mente do autor da infração penal. No crime culposo, o agente não atua com vontade de produzir o resultado, não há representação da finalidade, punindo-se o infrator por sua inobservância do dever objetivo de cuidado, traduzido no exercício de uma conduta imprudente, negligente ou imperita causadora do evento danoso.

O Direito Penal, adotando o finalismo, pune a ação finalística que se direciona à produção de um resultado querido pelo agente da infração penal. Não se pune o evento produzido, mas o evento desejado e perseguido.

Preleciona Hans Welzel:

'Acción human es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer *final*, no solamente *causal*. La *finalidad* o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actvidad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines [...] Actividad final es um obrar orientado conscientemente desde el fin, mientas que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes em cada caso'. (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 53)

Com fulcro no finalismo, orientador de nosso sistema de repressão penal, pune-se o agente, enfim, pelo que ele quis ou assumiu o risco de produzir ao exercitar sua conduta orientada. De forma inversa, a culpa ou a conduta culposa orienta-se pela inobservância do cuidado objetivo, cujo resultado, não querido nem desejado pelo agente, advém de uma atitude que se traduz nas formas de imprudência, negligência ou imperícia.

Ainda segundo as lições de Welzel:

En el sentido de los delitos culposos, una acción es típica, cuando no guarda el cuidado ('objetivo') requerido em el âmbito de relación [...] Para la mantención del cuidado objetivo, cabe considerar TODOS LOS CURSOS CAUSALES POSIBLES QUE RESULTAN DE UNA ACCIÓN, PREVISÍVEIS DE ACUERDO A UN JUÍCIO INTELIGENTE ('OBJETIVO'). (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11 ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 53)

Na aferição da previsibilidade objetiva cabe levar em conta 'Los factores reales existentes al tiempo de la comisión de la acción que podian ser conocidos por un hombre inteligente, agregando aquellos que le eran conocidos al hechor mismo (base ontológica del juicio)'. É a previsibilidade objetiva a possibilidade de antevisão do resultado pelo homem prudente e de discernimento colocado nas circunstâncias em que se encontrava o agente do caso concreto.

Portanto, se o agente conduziu-se com vontade e direcionou sua conduta para alcançar o fim visado – atentou contra a vida do semelhante – não se pode admitir a tentativa culposa, principalmente porque na tentativa, pela própria definição legal, circunstâncias diversas impedem a consumação do ato idealizado pelo autor. De outro lado, no crime culposo o agente não atua com vontade de produzir o evento, inexistindo a possibilidade de interrupção do *iter criminis*. Enfim, no crime culposo, não há o percurso do *iter criminis* de forma incompleta: ou o agente produz o resultado por imprudência, negligência ou

imperícia ou não o produz, resultando, nesse último caso, a atipicidade da conduta por inexistência do elemento normativo do tipo.

Não se pode impedir o reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa quanto ao crime tentado. Não se trata, nesse aspecto, da admissão da figura de crime tentado culposo, mas do excesso típico no exercício da legítima defesa, aplicável tanto aos crimes consumados quanto aos tentados.

O caso dos autos não se refere à hipótese de tentativa culposa de homicídio, mas sim ao reconhecimento de que houve excesso no uso dos meios empregados pelo agente quando se viu em situação de legítima defesa. O acusado, pelo que disse o Conselho de Sentença, agiu finalisticamente com o escopo de defender-se licitamente, mas se excedeu nos limites da causa de exclusão da ilicitude. A culpa reconhecida não é elementar do tipo delituoso, mas conseqüência do descumprimento do dever de cuidado quando do excesso na legítima defesa. Desse modo, pune-se o acusado com a pena do crime culposo, decorrente do excesso.

O Júri, ao responder afirmativamente aos dois primeiros quesitos, ateve-se à aferição do aspecto da tipicidade do fato, enquadrando o autor nas iras do art. 121 do Código Penal, reconhecendo a forma tentada da infração. Em outro momento, o Conselho de Sentença foi indagado quanto à ilicitude ou antijuridicidade da conduta, respondendo afirmativamente aos quesitos que propunham ter o réu se conduzido em repulsa a uma agressão injusta e atual, mas reconheceu que ele se excedeu nos limites do exercício dessa atividade lícita. Portanto, os Senhores Jurados reconheceram que a atitude do réu, embora típica, foi lícita, e a morte decorreu do excesso no exercício de uma atividade em conformidade ao direito.

Nesse sentido, em lapidar voto, pontificou o emérito Desembargador Roney Oliveira:

Não se pode confundir crime culposo com excesso culposo na legítima defesa.
O primeiro se caracteriza quando o agente não deseja o fato, que acaba ocorrendo por negligência, imprudência ou imperícia sua. Tal hipótese é, de fato, incompatível com a tentativa que, por definição, contém a vontade do agente dirigida à realização do fato, que não se concretiza por circunstância que lhe é alheia.
Já o excesso na legítima defesa é a reação contra uma agressão atual e injusta feita, todavia, sem os meios necessários (por construção jurisprudencial) ou com seu uso imoderado. Ocorre quando o agente extrapola os limites da ação defensiva e passa de ofendido a agressor. Tal extrapolação pode ocorrer conscientemente – caracterizando o excesso doloso – ou inconscientemente. Esta última possibilidade é o excesso culposo. Nele, ao contrário do crime culposo (involuntário), há o elemento vontade. O agente quer, deseja fazer cessar a agressão que lhe era impingida pela vítima, mas extrapola, contudo, na escolha dos meios ou do seu uso.
Assim, percebe-se que a aparente contradição existente na 'tentativa de homicídio culposo', decorrente do reconhecimento do excesso, inexiste, pois, na verdade, o que é culposo em tal caso é o excesso e não o crime em si. Este, na verdade, continua doloso/tentado, mas, por ter sido executado por excesso culposo, tem o tratamento do crime culposo.
É de se observar que é impossível haver legítima defesa em crime culposo. São conceitos incompatíveis. Por outro lado, a legítima defesa e o excesso são institutos inseparáveis, sendo inegável que este último pode ocorrer consciente ou inconscientemente. Dessa forma, ou se nega, em absoluto, a possibilidade de legítima defesa nos crimes tentados – o que seria um absurdo – ou se admite a excludente de ilicitude em todas as suas possibilidades naturais de ocorrência, inclusive com excesso doloso e culposo.
Se a alguém, acusado de homicídio tentado, é dado invocar a legítima defesa, é indiscutível a possibilidade de que tenha agido eventualmente com excesso, que pode ser voluntário ou involuntário, doloso ou culposo. E é importante realçar que o que é culposo é o excesso e não o crime. Por isso, quando o Tribunal do Júri reconhece a ocorrência de excesso culposo na legítima defesa, não desclassifica o delito para a modalidade culposa.
O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em hipótese semelhante à presente, assim decidiu:
'O excesso culposo nada mais é do que o estado de legítima defesa em que se encontra o agente, o qual, todavia, ultrapassa os limites de sua necessidade. É um plus de legítima defesa. Na lição de Marques Porto (Júri, 5. ed. p. 236), o *excessus defensionis* nada mais é do que uma regra de relação da pena com o fato, que não contém em si, o conceito de culpa *stricto sensu*, por ausência de seus elementos

tipificadores. Por isso, o Tribunal do Júri, ao reconhecer o excesso culposo, não está desclassificando o crime e nem modificando a sua competência, mas está condenando o réu ao cumprimento de uma pena mais branda, correspondente à cominada para o homicídio culposo. Para dosar a pena, o Juiz-Presidente deverá submeter aos jurados os quesitos referentes às agravantes e atenuantes.
Por outro lado, a descriminante da legítima defesa tanto pode ocorrer no homicídio consumado como na sua forma tentada. São situações perfeitamente compatíveis. Se alguém pode invocar a excludente de ilicitude na tentativa de homicídio, pelas mesmas razões pode exceder-se dolosa ou culposamente nos limites dessa defesa, sem que esse reconhecimento importe em aberração jurídica'. (Apelação Criminal n° 24.344/Campos Novos, Rel. Des. Ernani Ribeiro, DJESC n° 7.895, de 5/04/90, p. 09).
No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:
'Admissível o excesso culposo na legítima defesa, no caso de tentativa de homicídio [...]. Não se trata, aqui, de infração culposa na forma tentada, mas sim de fato a que se aplicam as normas sobre o crime culposo'. (RT 657/267)
O julgamento realizado apresenta-se, pois, coerente e em nada fere a lógica ou o direito, não padecendo de qualquer nulidade. (TJMP, Apelação Criminal nº 1.0000.00.203367-8/000, publicado em 6/05/2001)

Com essas considerações, manifesto-me pela rejeição das preliminares.

No mérito, entendo que assiste razão ao douto Promotor de Justiça que subscreve as razões recursais.

O que restou apurado é que a vítima encontrava-se em fuga do local e foi perseguida pelo executor, o qual, valendo-se da arma de fogo, endereçou-lhe cinco disparos, dos quais um a atingiu em região letal.

Não há que se falar em legítima defesa se a agressão injusta é finda. A legítima defesa é uma reação a agressão atual ou iminente a direito do agredido ou de terceiro.

Nesse sentido, colhe-se dos julgados desse Sodalício Mineiro:

LESÕES CORPORAIS GRAVES – LEGÍTIMA DEFESA – AGRESSÃO FINDA – INOCORRÊNCIA – O reconhecimento da legítima defesa não prescinde de uma agressão atual ou iminente, não sendo reconhecida quando a reação se concretiza depois de superada a ofensa. (TJMG – ACr 000.180.757-7/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – J. 11/05/2000)
PRONÚNCIA – HOMICÍDIO TENTADO – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA: IMPOSSIBILIDADE DO SEU ACOLHIMENTO NO CASO DE REAÇÃO À AGRESSÃO FINDA – Não age em legítima defesa o réu que, após ter sido atingido pela vítima com uma cadeirada na cabeça, persegue-a pelas ruas da cidade, atingindo-a com um tiro depois de ter efetuado vários disparos. Não provimento do recurso. (TJMG – RSE 000.171.594-5/00 0 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Paulo Tinôco – J. 30/03/2000)
JÚRI – LEGÍTIMA DEFESA – ATUALIDADE DA AGRESSÃO – descaracterização – Não procede em legítima defesa quem reage a agressão finda. (TJMG – ACr 118.714/5 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Alves de Andrade – J. 18/06/1998)

Ademais, a ação desenvolvida pelo acusado em repulsa a uma agressão finda não se apresentou comedida. Nesse sentido, vê-se que, estando a vítima em fuga e tendo desaparecido a situação de perigo inicialmente existente, o emprego da arma de fogo, além de constituir meio desnecessário, ocorreu sem a exigível moderação, levando-se em consideração que foram cinco os disparos endereçados ao ofendido.

Seguindo as lições de Marcelo Jardins Linhares:

'A ação deve ser *necessária* para a defesa, e a *necessidade* se determina de acordo com a força real da agressão (Welzel: 'a defesa pode ir tão longe quanto seja necessário para a defesa real da agressão, mas não mais além do absolutamente necessário'; 'o agredido deve aplicar o meio mínimo, que, entretanto, pode ir até a morte, quando este seja o último meio para a defesa'). (LINHARES, Marcelo Jardins. **Legítima defesa**, p. 343.) (grifo nosso)

Bradam nossos Pretórios:

A legítima defesa somente justifica as ações defensivas necessárias para afastar uma agressão antijurídica da forma menos lesiva possível para o agressor. A necessariedade deve ser considerada de acordo com as circunstâncias fáticas em que a ação e a reação se desenvolveram. O animus defendendi é elemento estrutural do conceito de legítima defesa. Por isso, não o apresenta quem, irrogando uma falsa representação, mata outrem a tiros de revólver, pelas costas. (TJBA. Rel. Des. Gerson Pereira. RT 594/158)
Encerrada a querela entre a vítima e o agente, ação agressiva posterior desta tem resquício de vindita, não amparável pelo direito, não sendo, assim, argüível a excludente da legítima defesa. (TACRIMSP. JUTCRIM 27/484)
Se a agressão já está finda e a reação foi excessiva e imoderada, a excludente da legítima defesa fica desfigurada. (TJMG. Rel. Des. José Arthur. RT 539/348)

O que se verifica, portanto, é que o réu repeliu agressão finda e efetuou cinco disparos contra uma pessoa que estava em fuga do local, resultando evidente, portanto, a falta de comedimento na repulsa da agressão que alega ter sofrido e a flagrante desproporção entre a agressão e a reação exercitada.

Resulta evidente, ademais, que se excesso houve ele foi de natureza dolosa, pois emerge evidente da análise do *iter criminis* percorrido que o réu perseguiu o fim de matar o ofendido, agindo com consciência e vontade, dirigindo sua ação delituosa à produção do evento letal. Ora, nessas condições, como se admitir que o excesso tenha decorrido de mera ação culposa, por inobservância do dever objetivo de cuidado? Tal intelecção importa em rematado disparate.

Julgando caso análogo ao dos autos, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul enfatizou:

Existindo nos autos elementos que demonstrem que não houve agressão por parte da vítima e que o réu, agindo de surpresa, desferiu três golpes de faca contra aquela, decidiram os jurados de forma manifestamente contrária às provas dos autos ao reconhecerem que o réu praticou homicídio para repelir injusta agressão atual, tendo excedido culposamente na sua conduta. (TJMS – ACr 2003.004823-5/0000-00 – Itaporã – 1ª T.Crim. – Rel. Des. José Benedicto de Figueiredo – J. 09/09/2003)

Assim sendo, tenho que a decisão, como foi ditada, encontra-se totalmente divorciada da prova emergente, razão pela qual deve ser cassada por essa Superior Instância, determinando-se a submissão do acusado a novo julgamento popular.

Por fim, quanto à pena aplicada, entendo ser cabível a concessão do benefício do *sursis*.

O art. 77 do Código Penal não veda a concessão do sursis nas hipóteses de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Somente seria vedada a concessão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na forma do que preconiza o art. 44 do Código Penal.

Sendo incabível a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, remanesce o sursis como alternativa para a pena de curta duração, ex vi do que dispõe o art. 77, III, do Código Penal.

Diante do exposto, manifesto-me pelo conhecimento do recurso, pela rejeição das preliminares de nulidade e, no mérito, pelo seu provimento, determinado-se a submissão do acusado a novo julgamento popular.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2006.

Procurador de Justiça”

Correta aplicação do direito positivo

"**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Procurador de Justiça infra-assinado, vem perante V. Exa. interpor recurso especial, relativamente aos acusados R.S.D. e V.S.F, com espeque no art. 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988 e no art. 157, § 3°, última parte do CP, em face do acórdão de fls. 520 usque 551, dos autos da apelação criminal nº 10188.05.030945-2/001, processo oriundo da Comarca de Nova Lima. Razões seguem anexas.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2006.

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Processo n°: 10188.05.030945-2/001

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorridos: R.S.D ; V.S.F

AUGUSTO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA TURMA

RELATÓRIO

RSD, JMN e VSF foram denunciados perante o Juízo de Direito da Vara Criminal de Nova Lima como incursos nas penas do art. 157, § 3° e do art. 288, parágrafo único, combinados com o art. 69, *caput*, todos do CP.

Julgada parcialmente procedente a denúncia, foram os réus absolvidos relativamente ao delito do art. 288 do CP e condenados nos termos do art. 157, § 3° e do art. 157, § 2°, I e II, na forma do art. 69, todos do mesmo *Codex*, tendo cada um recebido a pena de 25 anos, sete meses e seis dias de reclusão, a ser cumprida, a do latrocínio, em regime integralmente fechado, e 24 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformados, apelaram R e J, pleiteando a absolvição ou a consideração de sua participação como de menor importância.

Recorreu também V, buscando a absolvição, a isenção ou redução de pena, mediante a alegação de estar drogado (com cocaína) por ocasião dos ilícitos, a desclassificação para tentativa de roubo e homicídio culposo e o regime inicial aberto.

Apresentadas contra-razões, pugnaram os ilustres membros do *Parquet* de primeira instância pela manutenção da r. sentença guerreada.

Emiti parecer às fls. 500 a 512, em que opinei pelo conhecimento dos recursos e provimento parcial dos mesmos, apenas para ser aplicado o concurso formal aos ilícitos.

A 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em preliminar de ofício, anulou o processo quanto a J.M.N a partir de fls. 142, inclusive. No mérito, deu parcial provimento aos recursos de R. e V., vencido o

Desembargador Vogal, condenando-os pelos crimes de roubo qualificado pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição de liberdade às vítimas, duas vezes, em concurso formal, e por homicídio culposo (art. 302 da Lei nº 9503/97), sendo este último delito em concurso formal com os crimes patrimoniais.

CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

a) O recurso é interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea 'a' da Constituição Federal, na espécie 'contrariar lei federal e negar-lhe vigência'.

Ao comentar esta espécie, do inciso III, letra 'a', do art. 105, da Constituição Federal, escreveu o Prof. José Carlos Barbosa Moreira:

Valem aqui, *mutatis mutandis*, várias das observações feitas no comentário nº 319, supra, a propósito do recurso extraordinário. A redação da letra ‘a’ do dispositivo constitucional, por exemplo, revela peculiaridade semelhante à norma correspondente do art. 102, nº III. A rigor, só com o julgamento do recurso especial é que se verifica se a decisão recorrida contrariou ou não tratado ou lei federal: isso respeita ao mérito do recurso, não à sua admissibilidade. Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme seja ela procedente ou não, o resultado será o provimento ou o desprovimento. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6 ed. V. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 549.)

E nos comentários referidos no trecho acima transcrito afirma o mestre:

Note-se que não é homogênea a técnica empregada pelo legislador constituinte nas várias letras do art. 102, nº III. Nas letras ‘b’ e ‘c’, ele se ateve a uma descrição axiologicamente neutra: a realização do *tipo* constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Uma decisão pode perfeitamente ser correta e merecer *confirmação* apesar de haver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição. Quer isso dizer que nas letras ‘b’ e ‘c’ se usou técnica bem adequada à fixação de pressupostos de cabimento do recurso extraordinário, isto é, de circunstâncias cuja presença importa para que dele se conheça, mas cuja relevância não ultrapassa esse nível, deixando intacta a questão de saber se ele deve ou não ser provido. Já na letra ‘a’, muito ao contrário, a descrição do texto contém juízo de valor: a decisão que contrarie dispositivo constitucional é decisão, à evidência incorreta, e como tal merecedora de reforma. Aí, portanto, se ficar demonstrada a realização do tipo, o recorrente não fará jus ao mero conhecimento, senão que ao provimento do recurso.

E mais abaixo, a conclusão que importa para o caso:

Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é, alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra ‘a’, que o recorrente prove desde logo a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele a argua.

Nesta hipótese constitucional de cabimento do especial verifica-se, pois, maior facilidade de acesso ao Eg. Superior Tribunal de Justiça.

No caso dos autos, antecipa-se, está-se a alegar que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 157, § 3°, do CP, que se transcreve:

'Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência
[...]
§ 3°. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa'.

Assim, na esteira do ensinamento sempre preciso do culto Professor, que aqui já se expôs, é caso de admitir-se o recurso.

Da demonstração da contrariedade cuida-se mais abaixo.

b) Passa-se à definição da questão e ao exame do prequestionamento.

Transcreve-se trecho de Ronaldo Cunha Campos, no início dos seus limites Objetivos da Coisa Julgada:

Quando a parte ingressa em juízo, faz acompanhar a pretensão de sua razão. O que é razão? Esta consiste na afirmação da conformidade da pretensão ao direito, ou melhor, na afirmação de estar a pretensão tutelada pelo direito. Esta afirmação pode tornar-se duvidosa no curso do processo em virtude da contestação do outro litigante, ou ainda porque, mesmo sem provocação, o juiz a tenha por duvidosa. Esta dúvida é a questão. (Aide, 1988, 2 ed., p. 33)

E para fins de conhecimento de recurso especial, para ir a passo largo, esta questão deve ter se formado nos autos tendo em conta texto expresso de lei federal, ou seja, um ou mais artigos de lei.

É o momento, pois, de transcrever a questão que se faz objeto deste recurso, qual seja: o acórdão recorrido entendeu que a morte da vítima VFMC, em decorrência do acidente do automóvel - conduzido pelo acusado V -, durante o curso do assalto praticado pelos imputados, não configura a violência própria do latrocínio, tipificado no § 3°, do art. 157, do CP.

Ressalte-se que argumentei em meu parecer à fl. 505 ser irrelevante que o resultado morte tenha se dado com dolo eventual ou culpa dos agentes, porquanto ao latrocínio basta que o tal desfecho ocorra, ainda que não tenha sido desejado pelos meliantes, citando repositórios, e que a matéria foi analisada pelo Tribunal Estadual, o qual, inclusive, citou expressamente o dispositivo legal supramencionado em sua fundamentação, restando, destarte, prequestionado o tema.

RAZÃO DE RECORRER

Tendo em vista que a violência do roubo perdura enquanto a vítima, tomada como refém, não for libertada, a morte da mesma em virtude de acidente de automóvel dirigido por um dos agentes, quando todos trafegavam no veículo, configura latrocínio, porquanto o evento decorreu da conduta dos meliantes e verificou-se no *iter criminis* do assalto.

Este entendimento encontra respaldo no voto divergente do Eminente Desembargador Hélcio Valentim (fls. 549 a 551), do qual transcrevo os trechos abaixo:

A meu sentir, agiu com acerto o douto sentenciante ao condenar os apelantes por crime de latrocínio, porquanto a direção perigosa de VSF, que lamentavelmente resultou na morte da vítima VFMC, foi praticada ainda durante o desdobramento do crime de roubo, momento em que os agentes buscavam a consumação do crime.
In casu, muito embora não se possa aferir se, até o momento da capotagem do veículo que conduziam, os agentes efetivamente tinham a intenção de matar as vítimas mais a frente, para garantir o proveito do roubo, tal fato é irrelevante, porquanto, como se sabe, não importa se o resultado morte da vítima é causado a título de dolo ou culpa, bastando, neste último caso, que seja previsível.[…]
De uma simples análise dos autos, dúvidas não há de que, da forma como V dirigia, era plenamente previsível a perda de controle do carro, tornando visível aos agentes o resultado morte de que trata o § 3°, do art. 157, do Código Penal […].

No mesmo sentido, são os seguintes julgados:

LATROCÍNIO. VÍTIMA SEQUESTRADA. MANTIDA COMO REFÉM, E MORTA EM TIROTEIO COM A POLÍCIA. DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES SEGUE-SE A EQUIVALÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DE TODOS OS QUE PÕEM UMA CONDIÇÃO PARA QUE O FATO OCORRA. SE OS RÉUS, APÓS ASSALTAREM A VÍTIMA LEVAM-NA

COMO REFÉM, A VIOLÊNCIA DO ROUBO SUBSISTE ENQUANTO ELA NÃO FOR LIBERTADA, RESPONDENDO ELES POR LATROCÍNIO SE RESULTAR MORTE, POIS TERÃO, COM ESSA AÇÃO, CONSTRIBUIDO PARA O RESULTADO, AINDA QUE O DESENLACE OCORRA EM CONFRONTO COM A POLÍCIA, E O DISPARO FATAL POSSA TER PARTIDO DELA. APELO MINISTERIAL PROVIDO POR MAIORIA. (Apelação criminal n° 697165173, Terceira Câmara Criminal, Rel. Antônio Carlos Madalena Carvalho, TJRS, data de julgamento: 30/10/1997, Jurisprudência TJRS, C-CRIM, 1997, V-2, T-9, pp. 288-296)

LATROCÍNIO – Caracterização – Agente que se utiliza de refém como escudo para perpetrar assalto a agência bancária causando-lhe a morte – Consumação do delito ainda que o disparo fatal tenha sido levado a efeito por um dos vigilantes do estabelecimento – Crime cujo dolo é abrangente, compreendendo os riscos inerentes à conduta. (TJSP, RvCr 240.535-3/3-00 – 2° Grupo de Câmaras – j. 20/10/1998, Rel. Walter Guilherme – RT 759/ 596) (íntegra do acórdão anexa)

Não se cogita de causa superveniente relativamente independente (art. 13, § 1°, do CP), visto que o sinistro com morte está na linha de desdobramento físico-causal do assalto, debitando-se o óbito à conduta dos acusados, que assumiram o risco ou poderiam perfeitamente prever a produção do resultado mais grave.

A título de argumentação, em tese, a única exceção admitida pela jurisprudência a possibilitar a desclassificação em análise seria o caso fortuito, definido no art. 393, parágrafo único, do Código Civil, como o 'fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir'.

Por fim, esse Augusto Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o resultado morte no latrocínio, pode ser imputado na forma de dolo ou culpa.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. INAPLICABILIDADE.
I - O roubo com morte é delito qualificado pelo resultado, sendo que este plus, na melhor dicção da doutrina, pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa.
II - No roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco, pelo evento respondem.
Recurso provido. (STJ, RESP 418.183-DF, Rel. Min. Felix Fischer) (íntegra do acórdão anexa).
CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO E LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. INAPLICABILICADE. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO. PENA ABAIXO DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.
I. Tendo o acórdão transitado em julgado, a via estreita do habeas corpus não é própria para a sua desconstituição, salvo nos casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, hipótese não verificada no caso.
II. O latrocínio é delito qualificado pelo resultado, sendo que o evento de maior gravidade (morte) pode ser imputado na forma de dolo ou de culpa. Precedente.
III. Em se tratando de crime de roubo, praticado com arma de fogo, todos que contribuíram para a execução do tipo fundamental respondem pelo resultado morte, mesmo não agindo diretamente na execução desta, pois assumiram o risco pelo evento mais grave. Precedentes.
IV. A incidência de circunstância atenuante genérica não reduz a pena abaixo do mínimo legal. Incidência da Súmula 231/STJ.
V. Acórdão que obedeceu o critério trifásico de aplicação da pena, pautando-se pelos ditames do art. 68 do Código Penal, não se podendo falar, nesse aspecto, em constrangimento ilegal.
VI. Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução. Precedentes desta Corte e do STF.
VII. No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, buscar-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material. Precedentes.
VIII. Ordem denegada. (STJ, HABEAS CORPUS Nº 37.583 - SP (2004/0113175-4) RELATOR: MINISTRO

GILSON DIPP) (íntegra do acórdão anexa)

Frise-se, finalmente, que não estamos aqui tencionando com o presente recurso revolver a prova dos autos, o que, como é cediço, encontra óbice na jurisprudência sumulada desta Egrégia Corte (Súmula nº 7), haja vista que os fatos narrados nas presentes razões encontram-se delineados no acórdão vergastado, não carecendo nenhuma análise de prova. O que se pretende, é a correta aplicação do direito ao caso concreto, o que é perfeitamente viável em sede de recurso especial.

Nesse sentido, o escólio de Giovanni Mansur Solha Pantuzzo[4)], *in verbis*:

Não obstante, para procederem ao julgamento dos recursos excepcionais, adotam as Cortes Superiores a *moldura fática* delineada definitivamente pelo tribunal *a quo*, ou seja, partem das conclusões acerca do arcabouço fático apurado no processo, determinado de forma soberana na decisão guerreada, sem, entretanto, discutir seu acerto, apenas analisando se foi correta a interpretação das normas federais ou constitucionais aplicáveis ao caso concreto. Mesmo porque, a atividade jurisdicional se consubstancia exatamente na aplicação do direito aos fatos que são trazidos pelas partes, ao órgão judicante. A peculiaridade em relação aos recursos especial e extraordinário é que, enquanto às instâncias ordinárias incumbe não só a aplicação do direito aos fatos alegados pelas partes, mas também a apuração desses fatos, aos Tribunais Superiores compete exclusivamente verificar a correta aplicação do direito positivo, de cuja a inteireza são guardiães, a fatos já apurados.

CONCLUSÃO

Ex positis, espera o Ministério Público do Estado de Minas Gerais que seja admitido e provido o presente recurso, para que seja restabelecida a vigência do art. 157, § 3º, do CP.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2006.

PROCURADOR DE JUSTIÇA"

---

1) PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos Recurso Especial e Extraordinário**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69.
2) NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 964
3) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 317.
4) PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos Recurso Especial e Extraordinário**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69

2. Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais

[1)]

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro*

- 2.1. Foro privilegiado e o princípio da igualdade
- 2.2. Competência dos tribunais para julgamento dos crimes envolvendo prefeitos
- 2.3. Hipóteses de coautoria e participação
- 2.4. Demais crimes de competência da Justiça Estadual
- 2.5. Atribuição do Ministério Público para atuar nos casos de crimes envolvendo prefeitos
- 2.6. Algumas nuanças do procedimento previsto na Lei nº 8.038/90
- 2.7. O Decreto-Lei nº 201/67 em face da Constituição Federal

---

[1)] Os autores desta área na 1ª edição da presente obra foram: Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro – Procuradora de Justiça Elba Rondino – Promotor de Justiça Gustavo Mansur Balsamão – Promotor de Justiça Mário Konichi Higuchi Júnior – Promotor de Justiça Ricardo Tadeu Linardi.

2.1. Foro privilegiado e o princípio da igualdade

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", diz o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. O princípio, por certo, busca minorar, ao menos no plano da ideação, as grandes diferenças e desigualdades sociais existentes no País.

Não obstante, o texto constitucional prevê que certas autoridades públicas, como por exemplo, Presidente da República, Vice-Presidente, integrantes do Congresso Nacional, Ministros de Estado, Magistrados, membros do Ministério Público, Governadores, Prefeitos Municipais e outros, em razão da importância do múnus público que desempenham, são julgadas pelos tribunais superiores.

Comungamos com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que não existe razão jurídica que justifique o privilégio:

> "[…] A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal […]".[1)]

Não se trata, na ótica da Carta Magna, de quebra do princípio da igualdade. O objetivo do legislador constituinte seria o de proteger o cargo, não o seu ocupante. Coerente com tal premissa, findo o exercício do cargo ou mandato, não mais subsistindo os motivos que ensejaram o foro especial, o ex-agente político retorna à condição de cidadão comum e, como tal, responderá por eventuais delitos no juízo criminal de primeira instância.

A questão não é tranquila no nosso sistema jurídico.

Em um passado recente, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que o chamado foro privilegiado deveria ser deferido aos ex-agentes políticos. A Súmula 394 daquele Sodalício, que vigorou desde os primórdios do período ditatorial [2)], estabelecendo foro privilegiado para ex-agentes políticos, foi cancelada pela Corte Suprema em 25 de agosto de 1999. Evidentemente, o cancelamento da referida súmula desagradou a muitos setores diretamente atingidos pela mudança de posição do Pretório Excelso.

Em 24 de dezembro de 2002, foi editada, de afogadilho, a Lei nº 10.628/2002, alterando os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal, atribuindo o foro privilegiado para ex-agentes políticos.

Em virtude de tal anomalia, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal[3)], pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002.

No dia 15 de setembro de 2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescera os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal. Atualmente, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, que objetiva estender o foro por prerrogativa de função para os ex-agentes políticos. O texto proposto – "A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função" – a toda evidência entra em choque com o princípio da igualdade, uma vez que atribui privilégio pessoal a alguns cidadãos, apenas pelo fato de haverem exercido um *munus* público.

Em contrapartida, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou, recentemente, projeto de emenda

à Constituição que acaba com o foro privilegiado para as autoridades do País nos casos de crimes comuns. Pelo projeto, somente os casos de crime de responsabilidade – que podem levar ao impeachment de um presidente da República – continuariam a ter julgamento por corte especial[4)].

Como se vê, a questão polêmica ainda não está solucionada.

[1)] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev., atual. e com. São Paulo: Forense, 2014. pág. 246.

[2)] Editada em 03/04/64.

[3)] ADI nº 2797.

[4)] Vide: estadao.com.br/nacional/not_nac142425,0.htm – última consulta 18/04/08.

2.2. Competência dos tribunais para julgamento dos crimes envolvendo prefeitos

A competência dos Tribunais Estaduais é definida nas Constituições de cada Unidade Federativa[1]. Nos termos do disposto no art. 106, I, "a", da Constituição de Minas Gerais, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio de suas cinco Câmaras Criminais, tem competência para processar e julgar os prefeitos municipais nos crimes comuns, inclusive aqueles afetos aos juizados especiais, e nos chamados crimes de responsabilidade, previstos no Decreto-Lei nº 201/67. Não é competente, no entanto, para processar e julgar os referidos agentes políticos, nas hipóteses de crimes eleitorais, militares e aqueles afetos à Justiça Federal comum.[2]

Nesse particular, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 109, IV, enuncia a competência *ratione materiae* da Justiça Federal comum para julgar crimes de natureza política e em detrimento de bens, serviços e interesses da União, no que dispõe:

> "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> [...] IV - Os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

Todavia, entendimentos sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça flexibilizaram e, por conseguinte, restringiram o alcance da regra contida no art. 109, IV, da Constituição da República. Assim, em razão da matéria, a competência para julgar os crimes cometidos por prefeitos tem tido como parâmetro a identificação do órgão fiscalizador e a incorporação ou não dos recursos ao patrimônio do ente municipal.

Segundo o enunciado contido na súmula 208, compete, em tese, aos Tribunais Regionais Federais, julgar prefeito por desvio de verba federal de natureza voluntária[3], destinada à aquisição de bens, a prestação de serviços públicos ou de interesse da sociedade, *sujeita à fiscalização de órgão federal*.

Súmula 208:

> "Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal".

Portanto, o membro do Ministério Público deverá estar atento para às seguintes questões:

- 1) O prefeito, estando à frente da Administração Pública Municipal, independentemente da natureza do crime e da ocasião em que foi cometido, será julgado pelo Tribunal de Justiça, com as exceções acima referidas (crimes eleitorais, militares e aqueles afetos à Justiça Federal comum).
- 2) Deixando o cargo, o processo será remetido ao juízo criminal de primeira instância, no estado em que se encontrar, onde passará a tramitar até julgamento final. Reassumindo o exercício do mandato, a tramitação retornará a uma das câmaras criminais e assim por diante.

Nessa linha de raciocínio, no transcorrer do mandato, a tramitação do processo obedecerá ao rito previsto na Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, findo o exercício do cargo, a ação penal ajuizada prosseguirá no juízo criminal de primeira instância, no rito previsto no Código de Processo Penal.

Considerando que uma ação penal intentada contra um chefe do Poder Executivo pode tramitar por período superior ao de um mandato ou dois subsequentes, dúvidas podem surgir sobre o procedimento a ser adotado pelo Órgão do Ministério Público e pelo próprio Magistrado ao receberem os autos da Instância Superior.

Citemos um exemplo: a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais (PJCCAP), oferece denúncia contra um prefeito municipal no penúltimo ano do mandato, por crime praticado durante sua gestão. Conforme previsto nos artigos 4º a 6º da Lei nº 8.038/90, é realizado o contraditório preliminar, com a notificação do denunciado para apresentação de resposta e, após manifestação do Ministério Público sobre os documentos que acompanharam a peça de defesa, a denúncia é recebida pela Câmara Criminal e o réu é interrogado. Nessa fase processual termina o mandato do incriminado e o Tribunal determina a remessa dos autos ao juízo criminal de primeira instância. Pergunta-se: há necessidade de repetição ou mesmo ratificação dos atos praticados? A resposta correta é não, uma vez que a tramitação da ação penal no Tribunal obedeceu ao rito processual próprio da Lei nº 8.038/90, na ocasião em que o inculpado detinha direito ao foro por prerrogativa de função.

O mesmo ocorrerá no sentido inverso: se o Promotor de Justiça oferece denúncia contra um cidadão comum, pela prática de delito previsto no Código Penal, ou mesmo por ilícito praticado em sua gestão anterior como prefeito, tipificado no Decreto-Lei nº 201/67 e, após o recebimento da denúncia, o denunciado assume novamente o exercício do cargo, o Tribunal de Justiça, por meio de uma de suas Câmaras, não repetirá ou ratificará os atos praticados por juízo então competente. O Desembargador Relator ordenará a realização dos demais atos previstos na Lei nº 8.038/90. Se, por hipótese, a instrução estiver encerrada, o Tribunal realizará apenas o julgamento, ordenando inicialmente a intimação das partes para oferecimento de alegações finais se a providência ainda não fora adotada na primeira instância.

No Processo-crime de Competência Originária nº 1.0000.05.425456-0/000, relativo a homicídio envolvendo Prefeito Municipal, em tramitação junto ao Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça Mineiro, o Desembargador Relator, Herculano Rodrigues, em decisão monocrática, assim se manifestou:

> "[…] consoante o disposto no artigo 21 do Regimento Interno deste Tribunal, compete ao Grupo de Câmaras Criminais julgar, como Câmara Especializada, os processos criminais contra prefeitos municipais por crimes dolosos contra a vida, pelo que acertada, também, a redistribuição do processo – inicialmente enviado pela Câmara isolada – neste Grupo de Câmaras.
> Destarte, regularmente distribuída a ação penal, de se dar prosseguimento ao feito, sob o rito previsto na Lei nº 8.038/90 e no Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.
> Desnecessária, data venia, a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados, sugerida pela douta Procuradoria de Justiça à fl. 213.
> De se considerar, aqui, em se tratando de superveniência de competência hierárquica, por prerrogativa de função – de aplicação imediata aos processos pendentes -, que os atos anteriores, mesmo os decisórios, foram praticados pelo juiz natural, constitucionalmente competente à época, segundo o rito então aplicável. Esta a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 76.892-0, j. 18.08.1998, **DJ** 16.04.1999) […]".

A decisão do STF mencionada pelo Eminente Desembargador Herculano Rodrigues possui a seguinte ementa:

> "EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES IMPUTADOS A EX-PREFEITO MUNICIPAL – ARTIGOS 319, 314 E 312 DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA, RECEBIDA POR JUIZ DE 1º GRAU, ANTES DO ADVENTO DA C.F. DE 1998. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA SUPERVENIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, x, DA C.F.) VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS, INCLUSIVE A PRÓPRIA DENÚNCIA".

Vê-se, portanto, que a decisão de Sua Excelência, respaldada inclusive em precedente do STF, é clara no sentido de que não há que se falar em repetição ou mesmo ratificação dos atos processuais realizados na ocasião em que o réu, Chefe do Poder Executivo, era detentor do direito ao foro por prerrogativa de função. O mesmo ocorrerá no sentido inverso, isto é, se o agente político perder o cargo durante a tramitação da ação penal. Nada impede, no entanto, que o magistrado, a seu talante, realize novo interrogatório.[4)]

[1)] § 1º, do art. 125, CF.

[2)] Nesses casos, os prefeitos serão julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, Tribunal de Justiça Militar e Tribunal Regional Federal, respectivamente.

[3)] LRF “Art. 25 - Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

[4)] Art. 196 do CPP.

2.3. Hipóteses de coautoria e participação

Questão relevante e que tem suscitado dúvidas em membros do Ministério Público e Magistrados, diz respeito ao modo de proceder quando o operador do Direito se depara com condutas delituosas praticadas em concurso de pessoas, sendo que dentre elas existe um Chefe do Executivo Municipal.

A análise do problema há de ser balizada nas seguintes hipóteses:

- 1) em crimes dolosos contra a vida, sendo um dos processados detentor de foro por prerrogativa de função;
- 2) nos demais crimes da competência da Justiça Estadual, tendo um dos corréus direito ao foro privilegiado.

Quanto aos crimes dolosos contra a vida

Nessas hipóteses, considerando que a Constituição Federal estabeleceu a competência do Tribunal Popular para os julgamentos de crimes dolosos contra a vida[1)] e, ainda, que o texto constitucional previu o julgamento dos prefeitos perante os Tribunais de Justiça[2)], não há dúvida, em princípio, de que o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça, por meio do Grupo de Câmaras Criminais[3)], e que o Tribunal do Júri julgará os demais corréus pelo mesmo delito.

Se, por um lado, o julgamento do mesmo fato delituoso por órgãos jurisdicionais distintos pode ensejar decisões contraditórias, *v.g.*, o Tribunal de Justiça reconhece a existência do homicídio e condena o denunciado prefeito, enquanto o júri nega a ocorrência do episódio criminoso quanto aos corréus, por outro, não se pode perder de vista que o preceito constitucional que estabelece a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e aquele que prevê o foro por prerrogativa de função para os Chefes do Executivo possuem a mesma hierarquia e, como tal, devem ser respeitados.

O correto, portanto, é desmembrar os autos quanto ao prefeito e julgá-lo pelo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça, e julgar os demais réus pelo Tribunal do Júri. Até recentemente essa era a posição pacífica dos tribunais superiores.

A matéria foi assaz debatida no julgamento do Processo-Crime de Competência Originária, autos nº 1.0000.05.423941-3/000(1), realizado no dia 09 de julho de 2007 pelo 1º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que o Desembargador Antônio Carlos Cruvinel suscitou, de ofício, como preliminar, "[...] a avocação dos processos que se encontram em Primeiro Grau pela *vis atractiva* da competência originária deste Tribunal". Em outras palavras, Sua Excelência pretendeu que o julgamento dos corréus, que não possuíam direito ao foro privilegiado, fossem também julgados pelo Tribunal de Justiça, para evitar eventuais decisões conflitantes entre a decisão do Grupo de Câmaras e do Tribunal do Júri. A preliminar foi rebatida pelos demais Julgadores, sob argumentos vários.

Sobre o tema, assim se manifestou o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro:

> "[...] Embora pareça razoável a tese sustentada pelo Des. Antônio Carlos Cruvinel, a respeito dela o Superior Tribunal de Justiça decidiu um caso em Minas Gerais, parece-me que da Comarca de Abre Campo, em que determinou que o julgamento do prefeito fosse feito pelo Tribunal de Justiça, e o do mandante e do que contratou o pistoleiro fosse feito na comarca. O julgamento não chegou a se realizar, porque, às vésperas, o prefeito renunciou, e o processo passou para a competência do juízo da comarca.
> Além desse, o Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, já desmembrou processos envolvendo vários réus, em que entre um dos denunciados, estava alguém sob jurisdição do Supremo. O Supremo entendeu que esse desdobramento era válido, podendo ser feito com fundamento no art. 80 do Código de Processo Penal [...]".

O posicionamento do Desembargador Joaquim Herculano Rodrigues foi do seguinte teor:

> "[…] Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do júri popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o prefeito (art. 29, X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, CF). Precedentes do STJ e STF […]"

Eis um trecho do voto da Desembargadora Jane Silva:

> "Na realidade, tanto a competência do Tribunal do Júri, como a do Tribunal de Justiça para julgamento do prefeito são competências de natureza constitucional, portanto, se equivalem. Os dois comandos devem ser obedecidos, e não podemos admitir, com toda vênia ao eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel, que normas de conexão determinadas por normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal, possam prevalecer sobre normas de competência fixadas pela Constituição.
> Assim, pedindo vênia ao eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel, acompanho o posicionamento do Des. Herculano Rodrigues, por entender que, em virtude de disposição constitucional, as pessoas comuns que também foram envolvidas no fato criminoso devem ser julgadas pelo Tribunal do Júri, porque a Constituição Federal assim determina , enquanto o prefeito, também por determinação constitucional, deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça, não prevalecendo as normas infraconstitucionais constantes do Código de Processo Penal".

Em oportunidades distintas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que, em hipóteses tais, não existe a atração de julgamento de corréus em crimes dolosos contra a vida, sendo um deles detentor de foro por prerrogativa de função.

> "COMPETÊNCIA – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – INEXISTÊNCIA DE ATRAÇÃO – PREVALÊNCIA DO JUIZ NATURAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS.
> […]
> O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea 'd' do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.
> Envolvidos em crime doloso contra a vida Prefeito e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri […][4]
> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO E CONSUMADO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONTRA A MULHER DO PREFEITO, A MANDO DESTE. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. ARGÜIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO E FALTA DE PROVAS DA AUTORIA. IMPROCEDÊNCIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O PREFEITO, NÃO O CO-RÉU QUE NÃO POSSUI PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. CISÃO DO PROCESSO. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO
> […]
> 5. Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do Júri Popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o Prefeito (art. 29, inciso X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, CF). Precedentes do STJ e do STF".[5]

Em decisões recentes, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça, com supedâneo em manifestações do Supremo Tribunal Federal, admitiu o julgamento de corréus em crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal de Justiça.

No *Habeas Corpus* nº 42.576, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, foi decidido:

> "HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ART. 312 DO CPP. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52-STJ. PREFEITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONTINÊNCIA. UNIDADE DE PROCESSO E JULGAMENTO. GRADUÇÃO DE JURISDIÇÃO. COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA.
> […]
> O foro por prerrogativa de função relativo aos Prefeitos Municipais tem assento na Constituição Federal. Embora a competência do Tribunal do Júri também decorra de norma constitucional, o foro do Tribunal de Justiça prevalece sobre o Colegiado Popular, em razão da maior graduação daquele sobre este, conforme dispõe o art. 78, inciso III, do Código de Processo Penal.
> Ordem parcialmente concedida para que seja determinada a remessa dos autos da Ação Penal nº 000.304.011.362-7, em trânsito perante o Juízo de Direito da Comarca de Abre Campo/MG, ao Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo em vista a sua atração por continência ao foro por prerrogativa de função do co-réu e Prefeito […]".

Em seu voto, o Ministro Relator fez alusão à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 83.583/PE, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, cuja ementa é do seguinte teor:

> "COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRAÇÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.
> 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, 'a'), todo os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes".[6)]

Em seu voto, a Ministra Relatora transcreve a Súmula nº 704 daquele Sodalício, *in verbis*:

> "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

Pelo que se observa, estamos vivenciando uma mudança de postura do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria que, como salientado, até recentemente era pacífica, no sentido de que, nas hipóteses de concurso de pessoas, sendo um deles detentor de foro privilegiado, deveria ser procedido ao desmembramento do feito, sendo julgado pelo Tribunal de Justiça somente aquele, e os demais, pelo Tribunal do Júri.

---

1) Art. 5º, XXXVIII, "d", CF.
2) Art. 29, X, CF.
3) Art. 21, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.
4) STF - HC nº 70581-2- Alagoas – Rel. Ministro Marco Aurélio, j 21.09.1993 – **DJ** 29.10.1993
5) STJ – HC nº 36.844 – MA (2004/0100656-7) – Rel. Ministra Laurita Vaz.
6) HC 83.853-0 – Pernambuco, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2004 – **DJU** 07.05.2004

2.4. Demais crimes de competência da Justiça Estadual

Muito embora a questão pareça simples, temos observado que, em alguns casos, juízes e promotores de justiça têm encontrado alguma dificuldade para estabelecer a competência para julgamento de crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante, quando há concurso de pessoas, sendo uma dessas detentora de foro privilegiado. Oportunidades houve em que o Ministério Público ofereceu denúncia contra os corréus que não detinham o privilégio, narrou na citada peça a participação do alcaide, não o incluiu na imputação e postulou a remessa de cópia dos autos à PJCCAP para ajuizamento de outra ação penal contra o Prefeito.

Em casos tais, é de se observar o preceito constitucional que estabelece o foro por prerrogativa de função para o julgamento de ações penais movidas contra os prefeitos municipais.[1)]

No que concerne aos corréus, a competência é determinada pela continência[2)], sendo obrigatória a união dos processos para viabilizar o julgamento conjunto, ocorrendo o fenômeno denominado *vis atractiva*, em que há predominância da jurisdição de maior graduação sobre a de menor grau.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONCURSO DE PESSOAS. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A CO-RÉU COM PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA DETERMINADA POR CONTINÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DE UNIÃO DOS PROCESSOS NA JURISDIÇÃO PREDOMINANTE, DE MAIOR GRADUAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 77, I, 78, III, E 79, CAPUT, DO CPP. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
> 1. O reconhecimento da prerrogativa de função de um dos co-réus em processo da competência do Juiz singular impõe, à luz dos arts. 77, I, 78, III, e 79, *caput*, do CPP, a modificação da competência pela continência e a unidade dos processos na jurisdição predominante, qual seja, a de maior graduação.
> 2. A eventual e justificada necessidade de separação dos processos de co-réus prevista no art. 80 do CPP somente pode se dar no âmbito do mesmo órgão jurisdicional. Precedentes desta Corte e do STF.
> 3. Recurso a que se dá provimento para determinar a competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para processar e julgar o co-réu, ora paciente, no Processo nº 2003.70.00.084229-4,anulando-se todos os atos praticados pelo Juízo de primeiro grau a partir do recebimento da denúncia, inclusive".[3)]

Este é também o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

> "COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NA DICÇÃO DA ILUSTRADA MAIORIA (SEIS VOTOS A FAVOR E CINCO CONTRA), EM RELAÇÃO A QUAL GUARDO RESERVAS, COMPETE AO Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha esse ou não, qualificação de superior.
> […]
> CRIME – PREFEITO – DECRETO-LEI Nº 201/67 – CO-RÉUS. O princípio da continência atrai a propriedade do ajuizamento da ação penal, a partir do Decreto-Lei nº 201/67, pouco importando que um dos co-réus não tenha ligação funcional com a Prefeitura […]".[4)]

[1)] Art. 29, X, CF.

[2)] Arts. 78, III, e 79, CPP.

[3)] RHC 17377/PR 2005/0033369-8, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima 5ª Turma, J. 13.09.2005, **DJ** 10.10.2005 p. 395.

[4)] HC nº 73173-2 RS, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, j. 09.02.1996, **DJ** 09.02.1996.

2.5. Atribuição do Ministério Público para atuar nos casos de crimes envolvendo prefeitos

A Constituição da República estabelece que "Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público"[1]. A Lei Complementar nº 34, de 12.09.1994[2], por sua vez, prevê a atribuição do Procurador-Geral de Justiça para ajuizar ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça, nela oficiando.[3]

No Estado de Minas Gerais, por meio da Resolução-PGJ nº 37, de 26 de julho de 2000, foi criado o Grupo Especial de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais, que concentra as atribuições do Ministério Público nas hipóteses de crimes que envolvem Prefeitos Municipais, detentores de foro por prerrogativa de função.

Os integrantes da Procuradoria de Justiça Especializada exercem as atividades por delegação do Procurador-Geral de Justiça, como autoriza o art. 69, XIII da Lei Complementar nº 34, de 12.09.94[4], nos casos de crimes em que o Chefe do Executivo Municipal figura como autor ou partícipe, previstos no Código Penal ou nas leis especiais.

Forma de atuação dos membros do Ministério Público integrantes da PJCCAP

Considerando que os Procuradores de Justiça que integram o Grupo Especial atuam por delegação do Procurador-Geral de Justiça, o princípio da independência funcional é mitigado em prol de uma harmonização do Órgão de Execução, que é único e exerce o múnus público com a mesma finalidade, em nome do Chefe da Instituição.

Em que pese haver uma polêmica em torno da possibilidade ou não de o Ministério Público desenvolver investigações no âmbito criminal[5], o Grupo Especial, por seus integrantes, ao receber as notícias de crimes envolvendo prefeitos municipais, oriundas do Poder Legislativo Municipal, Ministério Público local, Poder Judiciário e outros órgãos e até mesmo de cidadãos comuns, dá início às apurações, com base na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004, que regulamenta o art. 67, I, da Lei Complementar n° 34, de 12 de setembro de 1994, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal.

Encerrada a fase inquisitória, não havendo elementos que autorizem a instauração de ação penal, o Órgão Ministerial requer o arquivamento do feito, em manifestação dirigida ao Tribunal de Justiça, sendo que a decisão é monocrática, a ser proferida pelo Desembargador relator, a quem competir por distribuição.[6]

Lado outro, presentes os requisitos legais, a denúncia é oferecida, tramitando o feito nos moldes estabelecidos pela referida Lei, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e que igualmente é aplicável nas hipóteses de crimes envolvendo Prefeitos Municipais, que são julgados pelos Tribunais de Justiça.

É importante ressaltar que, consoante pacífica jurisprudência dos nossos tribunais, nas hipóteses em que o Procurador-Geral de Justiça requer o arquivamento de inquérito policial, peças de informação ou de Procedimento investigatório Criminal, o Tribunal de Justiça não pode rejeitar o pedido, não sendo aplicável, no caso, o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

Acerca do tema, o Eminente Desembargador Gudesteu Biber assim já se pronunciou:

> "O pedido de arquivamento de inquérito, quando feito pelo chefe do Ministério Público, vincula o Tribunal. Assim tem entendido os Tribunais superiores, especialmente o Pretório Excelso (RTJ 57/155). Inquérito - Ação penal - Titularidade do Procurador Geral da República, que requer o arquivamento da representação. Não cabe ao Tribunal examinar-lhe o mérito, senão aceitar-lhe a decisão, como titular que é da ação penal. Jurisprudência da Corte. Agravo regimental improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RTJ 116/7)".

No mesmo sentido:

> "RTJ 128/485, RTJ 73/1, Ag. nº 136.097-6-ES, **DJU** de 15/12/91, pág. 897, e mais recentemente no Inquérito nº 719-6-AC, de que foi Relator o Min. SYDNEY SANCHES (**DJU** de 24/09/93, pág.19.574, RTJ 148/125; ; Questão de Ordem em Ação Penal nº 371-3/MG, Rel: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **DJU** de 04/06/04, pág. 29; Ag. Reg. Na Petição nº 2.509-1-MG, Rel: Min. CELSO DE MELLO, **DJU** de 25/06/04, pág; 3/4; Emb.Decl. no RE 202.097-4-SP, Rel: Min. CELSO DE MELLO, **DJU** de 27/08/04; Inq. 2.090-7/PR, Rel: Min. ELLEN GRACIE, **DJU** de16/08/05, pág. 7/8; Inq. 2.000-1/AC, Rel: Min. EROS GRAU, **DJU** de 10/03/06, pág. 60; RTJ 57/155; RTJ 69/6; RTJ 116/7; RTJ 190/894).).

[1)] Art. 28, § 5º, CF.
[2)] Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
[3)] Art. 69, VI, LOMP/MG.
[4)] O referido dispositivo prevê a possibilidade do Procurador-Geral de Justiça delegar a outro membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.
[5)] Matéria que, por sua extrema complexidade e importância, será discutida em separado.
[6)] Art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90.

2.6. Algumas nuanças do procedimento previsto na Lei nº 8.038/90

Há uma peculiaridade na tramitação da ação penal originária, pois a Lei nº 8.038/90 estabelece um contraditório preliminar, com a apresentação de resposta escrita por parte do denunciado e, em havendo juntada de documentos, sobre eles o Ministério Público se manifestará[1]. A decisão acerca do recebimento ou não da denúncia se dá em sessão da Câmara, precedida de sustentação oral das partes, sendo que a turma julgadora é composta dos seus cinco integrantes.[2]

A instrução criminal é dirigida pelo Desembargador Relator, como juiz monocrático[3], que poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem[4].

Encerrada a fase instrutória, as partes apresentarão alegações finais escritas, sendo que o julgamento final também se dá em sessão com câmara cheia (cinco desembargadores), precedida de sustentações orais do Procurador de Justiça e do Advogado.

Das decisões que recebem ou rejeitam a denúncia, assim como das condenatórias e absolutórias, são cabíveis embargos de declaração e recursos especial e extraordinário, independentemente da natureza do delito. Não cabem, portanto, recurso em sentido estrito ou mesmo de apelação.

O exercício da investigação criminal pelo Ministério Público

A Carta Política de 1988 não só assegurou ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, inc. I) como atribuiu-lhe *o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva* (art. 129, inc. VI), requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII) e *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade* (art. 129, inc. IX). Nesse contexto incluem-se os poderes próprios de investigação, que não lhe podem ser negados porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria criminal.

A doutrina[5] e a jurisprudência[6] convergem para esta orientação. Por sua perfeita síntese, convém transcrever o autorizado magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

> O Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a opinio delicti e promover em juízo a defesa do *jus puniendi* do Estado soberano [...], a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário[7].

O exercício da ação penal pública foi conferido ao Ministério Público de forma exclusiva. Desta forma, quando vislumbrar suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, é obrigado a oferecer a denúncia. Para conferir justa causa à ação penal, o Ministério Público utiliza sobretudo do inquérito policial. Contudo, atenta ao Código de Processo Penal (arts. 12, 27, 39, §5º e 46, §1º), a doutrina sempre se referiu ao inquérito como um instrumento **facultativo e dispensável**[8] para o exercício, pelo *dominus litis*, do seu direito de ação[9]. E nessa linha alinhou-se a jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal [10].

Na precisa lição de Pedro Henrique Demercian[11]:

> "A Constituição de 1988 não alterou esse quadro institucional: dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar segurança pública, limitou-se a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária (C.F., art. 144, § 4º). **Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. É que a norma não pode ser interpretada fora do contexto em que foi concebida, em dissonância com os demais princípios da Constituição Federal**[12].

Na verdade, o poder de investigação próprio é instrumento inerente ao dever de ajuizar a ação penal pública, pois ela fica comprometida quando a fase pré-processual não é desenvolvida com a necessária eficiência. Como bem observa José Frederico Marques[13], o Código de Processo Penal sempre conferiu a outras autoridades administrativas os poderes para investigar amplamente a respeito dos delitos que possam interferir na sua órbita de atividade. Em outras palavras, não se pode conceber um Promotor de Justiça inerte, colocado na posição de mero espectador das investigações que se sucedem, aguardando, ao talante da autoridade policial, que o inquérito seja relatado, para só então decidir se propõe a ação penal (e em que termos), se arquiva o procedimento investigatório ou se requisita outras diligências. Aliás, é intuitivo que o Ministério Público deva dispor de mecanismos técnico-jurídicos que o permitam exercer **plenamente** a sua função primordial, isto é, a *persecutio criminis* em juízo.

Corroborando tal entendimento, o eminente Ministro Joaquim Barbosa, do Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente voto (01/07/03) proferido no julgamento do HC 83.157, consignou que "A Constituição não criou o Ministério Público para ser um órgão inerte", acrescentando que "o Ministério Público deve investigar sempre que fatos delituosos cheguem ao seu conhecimento".

A investigação criminal é uma atividade de autodefesa da sociedade e, por isso, compreende-se que o Estado se organize para exercê-la, atribuindo-a à Polícia Judiciária. Porém, se esta não proceder a uma adequada apuração do fato delituoso, em prejuízo da persecução penal, a interferência do Ministério Público verificar-se-á para assegurar o sucesso dessa atividade, na qual o *dominus litis* tem evidente interesse. Ademais, o exercício eficiente e responsável da ação penal pelo Ministério Público insere-se também na garantia da segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144, caput, CF). De fato, a prevenção da criminalidade não interessa, apenas, aos órgãos de polícia.

Essa é a lição do renomado Professor José Afonso da Silva em seu consagrado manual:

> Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população[14].

Em verdade, as funções do Ministério Público na *persecutio criminis*, promovendo a ação penal e acompanhando a investigação policial, também compõem o sistema estatal de prevenção à criminalidade. Sobre este aspecto do Ministério Público, afirma Renè Ariel Dotti:[15]

> Como órgão de promoção e fiscalização da lei, como parte instrumental que promove a ação penal ou civil, que requisita os elementos de investigação e quaisquer diligências para a descoberta da verdade material, o Ministério Público é uma das instâncias formais de controle da criminalidade e da violência. A sua posição foi posta em destaque com muita clareza por Sessar, lembrando que se a vítima é a instância mais importante no que toca à iniciativa e controle do delito, o Ministério Público é, seguramente, a mais relevante no que toca ao seu desfecho.

Não é por outro motivo que a Constituição Federal, em seu artigo 127, definiu o Ministério Público como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na mesma linha, o artigo 129, inciso II, da Carta Magna também lhe atribuiu o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. A compatibilidade do exercício da atividade investigatória com as funções institucionais do Ministério Público pode ser verificada, também, pelo disposto no art. 129, inciso IX, que confiou a esta Instituição **o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.**

Sendo assim, não se pode subtrair do Ministério Público seu dever, como órgão incumbido de defender a sociedade, de agir em prol da segurança pública, cumprindo-lhe, pois, atentar para a prevenção da

criminalidade, em defesa de um direito fundamental assegurado a todos pela Constituição.

A Carta Política, em seu art. 129, inciso VI, confere ainda ao Ministério Público o poder de expedir notificações e proceder a requisições de informações e documentos nas investigações que diretamente realizar, tanto na área cível como criminal. **Este dispositivo constitucional, desta forma, assegura a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos próprios para a coleta de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti*.** Sobre o tema Hugo Nigro Mazzilli[16] ressalta que

> […] se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. »III. O inquérito civil nada mais é que uma espécie de procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas **o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.**

Na esteira do que até aqui se sustentou, não é demais rechaçar os argumentos daqueles que enxergam, nos procedimentos investigatórios criminais, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estabelecendo equivocada equivalência entre os mesmos e os processos judiciais.

Ora, é por demais evidente que, nessa etapa preparatória da *persecutio criminis*, não vige a obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais referidos no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, garantias dos ***acusados*** nos processos judiciais e administrativos, sendo apenas informativa a finalidade daqueles procedimentos.

A esse respeito, o Pretório Excelso tem se posicionado no sentido de que:

> […] a investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. **A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo**. (STF – 1ª T. – HC n.º 69.372/SP – Rel. Min. Celso de Mello, diário da Justiça, Seção I, 7 maio 1993, p. 8328).

Dessarte, as investigações criminais não devem ser consideradas processo judicial nem processo administrativo, não havendo nelas a figura de "litigantes" ou "acusados", por ausência de conflito de interesses, de relação jurídica processual e do início da ação penal. A fase é considerada como procedimento administrativo, de cunho inquisitório.

Assim, orientado pelo comando do art. 129, inciso VI, da Constituição Federal, o art. 26, inciso I, letras "a" e "b", da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) prevê a expedição de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, bem como a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos.

Semelhante dispositivo está previsto na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigos 7.º, inciso I; 38, inciso I; e art. 150, inciso I, todos da Lei Complementar n.º 75/93), o mesmo ocorrendo nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais.

É necessário reconhecer que todas estas normas e aquelas previstas no Código de Processo Penal[17], que dispensam o inquérito policial e admitem a pesquisa direta de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal pública, inserem-se no âmbito das funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal.

Em razão de tudo isso, a pretensão de se restringir a atuação investigatória do Ministério Público, na seara criminal, apenas à requisição de diligências e de instauração de inquérito policial, não deve prosperar, diante da manifesta constitucionalidade do art. 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93 e dos artigos 7º, inciso I; 38, inciso I; e art.

150, inciso I, todos da Lei Complementar 75/93.

Igualmente insubsistentes as teses que sustentam a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam da possibilidade de apresentação e produção de provas, pelo Ministério Público, em sede de inquéritos instaurados a seu requerimento, ou, de ofício, pela Autoridade Policial, *ex vi* dos artigos 7º, incisos II e III; 38, incisos II e III; e 150, incisos II e III, todos da Lei Complementar nº 75/93.

Com efeito, após deflagrado o procedimento investigatório, muito embora o art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal não faça expressa menção à possibilidade de que o Ministério Público apresente e produza provas, tem-se que os dispositivos legais supra referidos não afrontam a Magna Carta, ao contrário integram e complementam o comando constitucional, posto que se afiguram conseqüência natural do próprio poder de requisição do inquérito policial.

Afinal, se o manejo da prerrogativa requisitória dá-se, via de regra, com o recebimento da *delatio criminis* pelo Órgão Ministerial, que, considerando-a verossímil, provoca a atuação da polícia judiciária, nenhuma razão lógica haveria em obstar-se o acompanhamento do curso investigatório pelo *Parquet*, inclusive com a apresentação de novos elementos informativos de que tenha tido conhecimento posteriormente à notícia primeva.

Insta salientar que a noção de acompanhamento traz consigo a faculdade de orientar e participar ativamente das investigações, principalmente porque o objetivo do inquérito policial ou quaisquer outros procedimentos investigatórios levados a efeito pelos órgãos policiais, não possuem outra finalidade senão a de proporcionar elementos informativos para o exercício da ação penal. Observa Ela Wiecko V. de Castilho que "a atividade de orientação e participação das investigações verifica-se em função do interesse punitivo do Estado"[18]. Acompanhar e orientar sobre o que interessa ser esclarecido para a formação da *opinio delicti*.

Decorre das considerações acima esposadas, a conclusão inarredável de que o sistema constitucional brasileiro contempla o chamado "princípio da universalização da investigação criminal", segundo o qual as polícias não são os únicos órgãos autorizados a proceder a investigação criminal.

Segundo lição de Walter Foleto Santin, em acurado estudo desenvolvido na obra **O Ministério Público na Investigação Criminal**:

> O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3.º, Constituição Federal), o exercício das ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, caput, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1.º, I e § 4.º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5.º, *caput* e I, CF)[19]

De fato, não pretendeu o legislador constituinte originário conferir a único e determinado órgão estatal o monopólio da investigação criminal, tanto que as comissões parlamentares de inquérito estão autorizadas a desenvolver referida atividade, com amplos poderes, "próprios das autoridades judiciais", sendo inegáveis os resultados positivos advindos da atuação investigativa levada a efeito pelos Parlamentos Brasileiros.

Do mesmo modo, o art. 28 da Lei n.º 7.492/86 atribui à comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil o dever de informar ao Ministério Público a ocorrência de crime, o que, decerto, somente acontecerá no bojo de alguma apuração. Também os agentes fiscais tributários, que no desenvolvimento de suas típicas funções, podem até mesmo ultrapassar a garantia do sigilo financeiro (art. 6.º da Lei Complementar n.º 105/2001). O Instituto Nacional do Seguro Social somente desvenda os chamados crimes previdenciários na apuração de eventuais fraudes.

Registre-se também que a recente decisão do Pretório Excelso, na ADIN n.º 1517-UF, reconhecendo como possível a atuação do juiz em sede investigatória de coleta de provas – a qual poder-se-ia objetar que

comprometeria sua imparcialidade no ato de julgar –, nos leva à conclusão inafastável de que, com muito mais razão dever-se-á admitir a atuação do Ministério Público, órgão detentor da titularidade privativa do exercício da ação penal pública e, portanto destinatário imediato de qualquer investigação criminal, cuja intervenção pré-processual autônoma terá por objetivo garantir a apuração isenta e rigorosa, de quaisquer violações às leis penais, evitando-se a ocorrência de um prejuízo potencial ao interesse público.

Aliás, o art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, recepcionado pela Constituição da República, já previa a possibilidade de investigação também por outras autoridades administrativas, emparelhando à investigação policial outras realizadas em diversas esferas.

O raciocínio da exclusividade da investigação policial exclui não só o Ministério Público, mas também outras instituições, sendo injustificável e incompreensível o entendimento de que as polícias possam deter o monopólio das atividades de investigação.

Saliente-se, ainda, como bem asseverado por SANTIN, que

> O reconhecimento do monopólio investigatório das polícias fere o princípio da igualdade (art. 5.º, caput e I, CF), tendo em vista que a polícia é dependente do Executivo, o qual pode exercer direta influência sobre o trabalho de investigação e impedir a apuração de crimes de pessoas influentes social ou politicamente.[20)]

Em complementação ao princípio da universalização da investigação criminal por outros órgãos públicos, cabe refutar, então, o frágil fundamento de que a condução das investigações policiais seria monopólio das Polícias Civis, Estaduais e Federal. Senão vejamos.

A Constituição, em seu art. 144, na única alusão que faz ao termo “exclusividade” (inciso IV do § 1.º), tão somente pretendeu afastar a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária – também vinculadas à União, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais, respectivamente –, bem como entre a Polícia Federal (propriamente dita) e as Polícias Civis dos Estados, impedindo que haja a invasão das respectivas esferas de atuação.

Com efeito, a destinação específica das polícia federal e das polícias civis na apuração de crimes e exercício de polícia judiciária não quer dizer que as demais polícias não possam investigar, porque o objetivo estatal é o exercício da segurança pública, que pressupõe a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, CF). No trabalho ostensivo é visível a atividade de investigação para a detecção da preparação ou início da execução de crime e para a sua imediata repressão, que se encaixa no exercício de atividade de apuração de crimes. As atividades de prevenção, repressão e investigação são interligadas e a busca do interesse público exige que todas exerçam estas funções; a posição restritiva afrontaria a finalidade de prestação de segurança pública integral pelo Estado (art. 144, caput, CF) e de forma eficiente (art. 37, *caput*, CF). O interesse social deve sobrepor-se ao interesse corporativo de algumas das polícias de monopolizarem determinadas atividades.

Portanto, monopólio, ou direito exclusivo, não serve à questão da segurança, porque sugere disputa de poder, o que não pode existir. O Estado Democrático de Direito se orienta pelo implemento de sistemas de freios e contrapesos, de molde que a filosofia de controle se encontra exposta na própria opção pela tripartição dos poderes da República, refletindo-se no restante do ordenamento. Tome-se como parâmetro o Ministério Público no exercício da ação civil pública. Embora o Órgão Ministerial esteja constitucionalmente encarregado da tutela de interesses de ordem difusa e coletiva, essa responsabilidade não é privativa, visto que compartilhada por outros segmentos sociais legalmente legitimados para o mesmo fim.

Finalmente, demonstrada à saciedade a inconveniência e a irrazoabilidade de qualquer tipo de monopólio acerca da atividade persecutória criminal, cabem algumas considerações a respeito da condição de *dominus litis*, conferida, com exclusividade, ao Ministério Público (art. 129, inciso I, CF/88), que justificam a ampla possibilidade de coleta direta de elementos probatórios pelo *Parquet*, indispensáveis ao escorreito exercício da ação penal e à defesa dos direitos insculpidos no art. 5.º da Constituição Federal, dentre eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, para o efetivo desempenho da titularidade exclusiva da ação penal, de regra, indispensável se faz a realização de uma investigação preliminar que dê subsídios à propositura da exordial acusatória, posto que sem a existência de indícios de autoria e prova de materialidade não pode o *Parquet* deflagrá-la. Percebe-se então que o exercício dessa atividade atribuída ao Ministério Público apresenta, no mais das vezes, grande dependência das investigações preliminares, ou seja, o exercício da atividade-fim (propositura da ação penal) está intimamente ligado a realização da atividade-meio (investigação preliminar).

Assim sendo, com respaldo na *Teoria dos Poderes Implícitos*, conclui-se que, se o constituinte atribuiu a uma determinada instituição uma atividade-fim, também está ele, ainda que implicitamente, lhe outorgando a atividade-meio, pois, do contrário, aquela atividade restaria prejudicada, não passando a disposição constitucional que a previu de uma determinação vazia e sem efetividade prática.

De fato, é inimaginável adotar-se a tese que limita as atividades do Ministério Público na primeira fase da persecução penal, envolvendo esta Instituição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF) em uma forma de passividade e conformismo com o resultado das investigações realizadas pela Polícia Judiciária, tornando o Promotor de Justiça ou Procurador da República um mero espectador do desenvolvimento (ou não) da apuração das infrações penais.

Em verdade, aqueles que preconizam o sistema no qual apenas a Polícia Judiciária pode realizar diligências investigatórias transformam o Promotor de Justiça em mero **repassador** da prova colhida por outra Instituição. Tal procedimento, como já aclarado, está sujeito a graves distorções e deficiências, que não asseguram uma perquirição da verdade real com a necessária eficácia e agilidade, prejudicando o exercício da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Como se sabe, a autoridade policial e o membro do Ministério Público vivem realidades diferentes. Em geral, aquela está em contato direto com a realidade do crime e tem a percepção direta de suas conseqüências, enquanto o Promotor de Justiça, assumindo uma posição dicotômica, deve acompanhar a investigação criminal e promover em juízo a persecução penal. A atuação do Ministério Público nestas fases (investigatória e processual) é distinta, determinada, até mesmo, pelas regras do ordenamento jurídico que as orientam. Desta forma, é mais do que razoável que o Ministério Público pesquise diretamente a prova que lhe servirá como base para a promoção da ação penal, quando necessário. Aliás, este aspecto da persecução penal foi analisado por René Ariel Dotti[21)] com a sua notória percuciência:

> Este é um problema permanente e tortuoso não somente no campo das relações entre o Ministério Público e a Polícia como também no quadro dos interesses sociais. A instrução preparatória que seria o objetivo essencial do inquérito policial geralmente perde esse caráter quando a investigação é mal dirigida ou se extravia de rumo. Ao titular da ação penal se sobrepõe o titular do inquérito. Este deveria servir àquela porém a colisão de concepções em torno do fato delituoso, seus agentes e suas circunstâncias fazem de ambos os senhores os protagonistas principais de um litígio não declarado mas nem tanto encoberto a prenunciar o confronto entre o réu e a vítima. Em síntese: a denúncia que deveria transmitir a convicção pessoal do agente do Parquet, extraída de um contato direto com os meios de provas, se converte na síntese de uma presunção de culpa decorrente da leitura das peças de informação. E quantas vezes o registro do interrogatório, das declarações e dos depoimentos é uma ficção diante do que efetivamente foi dito pelo indiciado, pela vitima e pelas testemunhas?

Com a mesma orientação, Hélio Pereira Bicudo[22)] assevera que no sistema pelo qual o Ministério Público limita-se a iniciar a ação penal, esta Instituição perde a dimensão que deve ter, em detrimento do bom funcionamento de todo o aparelhamento judiciário. Esclarece o eminente jurista:

> Transformado em mero repetidor da prova nos pretórios, o órgão do Ministério Público não cumpre, adequadamente, as suas tarefas, dando-se à ação penal uma configuração menos fiel ao seu sentido, porque deixa ela de refletir, na sua pureza, a pretensão punitiva do Estado, para transformar-se em veículo das imperfeições policiais.

Portanto, compete ao Ministério Público a tarefa que lhe foi constitucionalmente confiada de não só fiscalizar as

atividades da Polícia Judiciária, no curso da investigação policial, como promover as medidas necessárias para a diminuição da criminalidade, aprimorando a apuração da infração penal e especialmente atuando de modo a reprimir as irregularidades ou abusos cometidos por agentes públicos.

Outrossim, o monopólio das investigações criminais a cargo das polícias, significa o controle do Poder Executivo sobre todas as atividades apuratórias dos ilícitos penais, e em última análise, sobre um dos primordiais instrumentos de política de segurança pública, o que não se coaduna com o comando do artigo 144, caput, da Constituição Federal, segundo o qual, "a segurança pública, dever do Estado, direito e **responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]".

É evidente que não pretende o *Parquet* tomar para si a tarefa exercida pelas polícias, ou, como dizem alguns, assumir a presidência de inquéritos policiais no lugar dos delegados, o que se caracterizaria como rematado absurdo. Seria reivindicar para o Ministério Público a exclusividade que não se quer admitir seja conferida a qualquer outro órgão.

Aliás, na oportunidade em que se demonstrou a absoluta pertinência das investigações criminais efetuadas pelo Ministério Público, bem como a constitucionalidade dos dispositivos legais que legitimam e fornecem os meios indispensáveis ao exercício desse *munus*, é de fundamental importância que se atente para a imperiosa necessidade de se somar esforços no sentido de assegurar à sociedade brasileira o direito constitucional à segurança pública, o que só poderá ser alcançado com a cooperação entre todas as Instituições envolvidas, de alguma forma, na repressão da criminalidade.

Finalmente, no momento em que se assiste ao desmedido incremento da delinqüência em nosso país, mormente do chamado crime organizado, que ameaça a própria integridade dos Poderes constituídos, não parece ser o melhor caminho a ser trilhado o da dispersão das iniciativas indispensáveis ao enfrentamento de tão grave problema, que está a desafiar, isto sim, a atuação coordenada e solidária de todos, na busca do objetivo comum de se alcançar a paz social.

Muito embora não seja nova a testilha em torno dos poderes de investigação do parquet, as constantes investidas questionando a constitucionalidade das normas de organização do Ministério Público que contemplam a possibilidade de coleta direta dos elementos necessários à formação da *opinio delicti*, através de procedimentos administrativos investigatórios, vêm evidenciando aspectos dessa problemática, tornando, pois, imperiosa e oportuna a discussão do tema.

Com efeito, as não raras impugnações propostas perante o Supremo Tribunal Federal, somadas aos oscilantes e casuísticos julgados que assentam na polícia judiciária a exclusividade da atividade investigatória, negando-a ao Ministério Público, estão a exigir, de nossa parte, algumas considerações sobre a interpretação da legislação infraconstitucioal e constitucinal que estão a conferir à Instituição prerrogativas para a colheita de provas em matéria penal.

O E. Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por força da Lei Complementar nº 75/93 e art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, detém atribuições investigatórias em matéria penal.

> HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. DL 201/67. ARGÜIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E OCORRÊNCIA DE NULIDADES. INOCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. »TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.
> 2. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, § único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ. [...][23)]

Trazemos a colação a transcrição de trecho do judicioso voto condutor da Ministra Laurita Vaz:

> Inicialmente, não se verifica inépcia da denúncia, consubstanciada na alegação de usurpação das funções da Polícia Judiciária pelo Ministério Público, »porquanto, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, este, indubitavelmente, possui a prerrogativa de conduzir a apuração dos fatos ligados à sua atuação ministerial.
> Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 129, prevê:
> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> I- promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei;
> [...]
> VI- **expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los**, na forma da lei complementar respectiva;
> VII- **exercer o controle externo da atividade policial**, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
> VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;" »(grifo nosso)
> Esse dispositivo encontra-se regulamentado pela Lei Complementar n.º 75/93 que, por sua vez, estabelece:
> "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, **nos procedimentos de sua competência**:
> I - **notificar testemunhas** e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
> [...]
> V - **realizar inspeções e diligências investigatórias**;
> VII - **expedir notificações e intimações** necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;"
> **Nesse contexto, verifica-se que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública. »Ademais, dispensável dizer que a Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal.**
> **Com efeito, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que a sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas** [grifos da petição]. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros.

Destacamos ainda o que foi decidido em julgamento proferido no HC nº 24493/MG, 6ª Turma, relatado pelo Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. em 23.09.2003, DJ 17.11.2003, p. 383, RSTJ vol. 179 p. 516, evidenciar o desacerto da tese restritiva, pois o paradigma aqui invocado firmou o entendimento de que o poder investigatório do Ministério Público independe de regra expressa específica:

> Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Destarte, o Ministério Público possui legitimidade para proceder a investigações penais e suas atribuições investigatórias não se limitam à produção do inquérito civil público para propositura da ação correspondente e, na seara penal, à requisição de inquérito policial e diligências complementares, se não vejamos:

> CRIMINAL. HC. CRIME DE RESPONSABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO PARQUET ESTADUAL. POSSIBILIDADE. »SUPERVENIÊNCIA DE ATO REGULAMENTANDO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DIRECIONADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

> I. Pleito de trancamento da ação penal instaurada sob os fundamentos de que as investigações que antecederam o oferecimento da denúncia teriam sido realizadas pelo Ministério Público Estadual e que a edição de regulamentação, pelo Ministério Público Federal, tratando dos procedimentos investigatórios promovido pelo Parquet, tornaria o processo nulo.
> II. Não obstante se verifique, atualmente, o debate em torno da questão pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo MP.
> III. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do MP conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.
> [...]
> VI. *Ordem denegada*.[24)]

Confiram o voto condutor:

> A atividade de investigação é consentânea com a finalidade constitucional do Ministério Público (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), vez que cabe a este exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.
> A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios do MP, independentemente da investigação policial. Segundo preceituam os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, o Parquet que tem a seu cargo a "defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", exerce "o controle externo da atividade policial, incumbindo-lhe ainda 'requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial, bem como outras punições' (sic) que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade".
> Resta subentendido, portanto, que dentro destas amplas finalidades e atribuições insere-se o poder da investigação criminal, compatível com a natureza do Ministério Público e indispensável à implementação de seus objetivos constitucionais. Este poder não precisa estar explícito, além de que o MP é o destinatário exclusivo da investigação.

Com muita propriedade o Ministro Joaquim Barbosa resumiu, por ocasião do julgamento do HC nº 83.157-5, que *...se a Constituição Federal criou esta instituição [Ministério Público] tão importante, tão cara ao regime democrático, à nossa democracia, não a criou para ser um órgão manietado, inerte... o Ministério Público pode, sim, e deve, proceder a investigações quando fatos delituosos chegarem ao seu conhecimento*.

A par da não exclusividade da investigação penal em mãos da Polícia Civil, estamos convictos, alicerçados pela interpretação sistêmica do texto constitucional e leis orgânicas da Instituição, que o Ministério Público detém prerrogativas para a colheita de provas em matéria penal dada sua vocação constitucional.

O art. 129 da Carta Política está a estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, destacando-se:

a) Privatividade da ação penal pública (art. 129, inc. I); b) Promoção das medidas necessárias à garantia dos serviços de relevância pública (art. 129, inc. II); c) Possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (art. 129, inc. VI); d) Exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII); e) Prerrogativa de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII); f) Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, inc. IX).

A análise sistemática de tais dispositivos, do caput do art. 144 da Constituição Federal e o necessário cotejo com as Leis Orgânicas Nacional e Estadual do Ministério Público está a demonstrar que a Instituição detém prerrogativas para produzir e arrebanhar provas em matéria penal.

Pois bem, o art. 144 da Lei Maior, tantas vezes invocado por aqueles que advogam a tese de que a investigação de ilícitos seria exclusiva da Polícia Civil, estabelece ser a segurança pública um dever do Estado. O inc. II do art. 129 da Lei Fundamental afirma ser função institucional do Ministério Público zelar pelos serviços de relevância pública, dentre os quais se inclui, por certo, a próprio gênero segurança pública, do qual a investigação penal é uma de suas facetas, leia-se espécie.

Demais disso, o art. 127 da Constituição Federal definiu o Ministério Público como uma instituição *essencial à função jurisdicional do Estado, impondo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

Não se diga que a atividade do Ministério Público na fase pré-processual se resumiria ao controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), à requisição de diligências e de inquérito policial (art. 129, VIII, CF), pois em tais situações seria mero expectador e repassador da prova produzida pela Polícia Civil. A Constituição não criou o Ministério Público para ser um órgão inerte [...], o Ministério Público deve investigar sempre que fatos delituosos cheguem ao seu conhecimento[25].

Sobre a investigação do Ministério Público Hugo Nigro Mazzilli assevera que:

> O Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a opinio delicti e promover em juízo a defesa do jus puniendi do Estado soberano [...], a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário.[26]

De fato, na medida em que o inc. III do art. 129 da Constituição Federal estabelece ser função institucional do Ministério Público a *promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* e logo abaixo, no inc. VI, o mesmo legislador constituinte atribuiu à Instituição a função de *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*, é de se concluir – mormente porque constitui princípio basilar de hermenêutica que a lei não contém expressões inúteis – que este último inciso está a possibilitar a instauração de procedimentos administrativos de outra natureza que não os já possibilitados pelo inciso VI, notadamente para apuração de ilícitos penais.

Mais uma vez se invoca o magistério de Mazzilli:

> [...] se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. »III. O inquérito civil nada mais é que uma espécie de procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.[27]

Essa idéia fica reforçada com a analise dos incs. I e IX do art. 129 da Constituição Federal. O primeiro (inc. I) conferindo ao Ministério Público, de forma exclusiva, a titularidade da ação penal e outro (inc. IX), possibilitando o exercício de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Dessa forma, quando vislumbrar suficientes indícios de autoria e prova da materialidade, o Promotor de Justiça é obrigado a oferecer denúncia. Para conferir justa causa à ação penal, o Ministério Público utiliza-se, sobretudo, do inquérito policial, que na voz unânime da doutrina sempre foi tido como instrumento facultativo e dispensável[28], posição que vem sendo reiteradamente adotada pela jurisprudência[29], pois meras peças de informação podem conter os elementos de materialidade e autoria a possibilitar o exercício da ação penal.

Entretanto, se tais elementos indispensáveis não lhe forem disponibilizados por qualquer motivo – que não cabe aqui serem discutidos – poderá o Órgão de Execução Ministerial sair a campo em busca do material probatório apto a alicerçar a vestibular da ação penal, isso porque a Instituição é vocacionada constitucional e historicamente para a propositura da ação penal.

Não bastasse a função institucional explicitamente conferida ao Ministério Público para arrebanhar e compilar provas em matéria penal – como decorre da exegese dos incs. I, II, VI, VII, VIII e IX do art. 129 da Constituição Federal – há toda uma doutrina construída sobre os pilares da Teoria dos Poderes Implícitos a socorrer o entendimento quanto a tal possibilidade.

> Oriunda das teses federalistas dos Estados Unidos da América, a teoria dos poderes implícitos indica ao

> administrador que o poder – e no caso DEVER – de tomar as medidas necessárias para alcance das finalidades públicas pressupõe os meios, que, se não se encontram expressos, estão implícitos.

Dessa doutrina decorrem duas premissas de fácil compreensão, quais sejam, **quem pode o mais, pode o menos e onde se pretende o fim se autorizam os meios**.

Ora, não seria mesmo de nenhuma razoabilidade que o legislador constituinte conferisse ao Ministério Público a função institucional de promover privativamente a ação penal pública (inc. I do art. 129 da CF) e não reconhecesse, se não explicitamente – como sustentamos – ao menos implicitamente, a possibilidade de amplamente desenvolver procedimentos administrativos investigatórios.

É evidente que não pretende o Ministério Público tomar para si a tarefa exercida pelas polícias, ou, como dizem alguns, assumir a presidência de inquéritos policiais no lugar dos delegados, o que se caracterizaria como rematado absurdo. Seria reivindicar para o Ministério Público a exclusividade que não se quer admitir seja conferida a qualquer outro órgão.

Definitivamente não se pode impedir a Instituição de desenvolver o mister para o qual foi concebida, tendo recebido do legislador constituinte prerrogativas para desencadear investigações próprias e recolher material probatório apto a ensejar a propositura da ação penal.

A tese encampada por aqueles que não querem ver o Ministério Público investigando é velha e está na contramão da melhor interpretação jurisprudencial.

Confiram:

> Processo Penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público. A atuação do Promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. II. Não causa nulidade o fato do Promotor, para formação da opinio delicti, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal. III. Recurso improvido.[30)]
> Criminal. HC. Prefeito municipal. Desvio de verba. Nulidade do procedimento administrativo que fundamentou a denúncia. Promoção pelo MP. Inocorrência. »Competência para o processo e julgamento do feito. Justiça estadual. Afastamento do prefeito do cargo pelo Tribunal de Justiça. Possibilidade. Ordem denegada. 1. Encontrando-se a denúncia formalmente perfeita, eis que narra os fatos e apresenta a materialidade e a autoria, tem-se como descabido o propósito de sua anulação, com base em discussão sobre atribuições do Ministério Público em relação às investigações na fase pré-processual, pois eventual vício lá ocorrido não macula a ação penal – que pode, inclusive, ser proposta sem inquérito policial. 2. Órgão do Parquet pode proceder a investigações e diligências conforme determinado nas leis orgânicas estaduais, sendo que tal atribuição fica ainda mais evidente se houve determinação de abertura de procedimento administrativo através do qual foram colhidos os elementos ensejadores da acusação [...].[31)]
> Habeas corpus. Denúncia oferecida com base em investigações procedidas pelo Ministério Público. [...] 1. O inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. 2. O parquet pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. 3. [...]. 4. Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do Ministério Público.[32)]

Pedimos vênia para transcrever retificação de voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do HC nº 83.157-5, pois resume, a nosso ver, a melhor compreensão da matéria:

> Gostaria de fazer uma pequena retificação do meu voto, porque ele pode se prestar a equívoco. Eu disse que acompanhava o voto do Ministro-Relator sem ressalvas. Na verdade, quero dizer que o acompanho, mas com a ressalva de que não considero ilegítima a investigação por parte do Ministério Público. Se a Constituição Federal criou esta instituição tão importante, tão cara ao regime democrático, à nossa democracia, não a criou para ser um órgão manietado, inerte.
> Nesse sentido, o meu voto acompanha o do Ministro Carlos Velloso e Carlos Britto. Entendo que o Ministério Público pode, sim, e deve, proceder a investigações quando fatos delituosos chegarem ao seu

> conhecimento.

Fácil perceber que o texto constitucional, analisado em interpretação sistemática, possibilita ao Ministério Público prerrogativas para a colheita de provas em matéria penal dada sua vocação constitucional.

Nem se argumente que não seria dado ao Ministério Público investigar matéria penal, pois tal função seria exercida pelas Polícias Civis, pois [...] *Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV*).[33)]

O § 4º do art. 144 da Constituição Federal deve ser analisado conjuntamente com o inc. IV do § 1º do mesmo dispositivo. Relembremos suas redações:

> Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> Parágrafo primeiro - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
> Parágrafo quarto - As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares.

Com fundamento em tais dispositivos, sustentam alguns que caberia exclusivamente à Polícia Civil a realização de investigações penais.

A única leitura possível de ser extraída daquela previsão constitucional é a de que compete à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. Com relação às Polícias Civis dos Estados o texto constitucional não confere exclusividade para apuração de infrações penais.

Em importante artigo intitulado "O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF" [34)], colhe-se valioso ensinamento que corrobora a assertiva acima:

> Entendemos que, mesmo em relação à polícia federal, o que é exclusivo é o exercício da polícia judiciária, e não a apuração de crimes, já que a própria constituição elenca exceções à regra geral, considerando ainda que as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução e julgamento de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo ministério público e cumprir mandados de prisão, na forma o art. 13 do código de processo penal.

Dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar segurança pública, limitou-se o artigo em estudo a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária. Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. A exegese da norma deve ser feita dentro do contexto em que foi criada, ou seja, sistematicamente e em harmonia com os demais princípios constitucionais.

Observe-se que o caput do art. 144 em análise estabelece ser dever do Estado, direito e responsabilidade de todos a prestação da segurança pública, o que alicerça a tese de que a *segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população.*[35)]

Conclui-se, portanto, que o sistema constitucional brasileiro contempla o chamado princípio da universalização da investigação, *em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos*

administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, Constituição Federal), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, caput, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput e I, CF).[36] Acrescente-se que a tese restritiva afasta outras tantas atividades investigatórias diuturnamente desenvolvidas pelas comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, da CF), Fazenda Pública (crimes contra a ordem tributária), Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central (art. 28 da Lei nº 7.492/86) e até pelo Judiciário (apuração de crimes praticados por magistrados), tudo a indicar que as policias federal e civil não possuem exclusividade para instaurar procedimentos investigatórios.

Ademais, *nem mesmo o* Parquet *detém o monopólio da ação penal, haja vista o próprio ordenamento ressalvar crimes de ação penal privada e, mesmo nos de ação pública, a inércia ministerial acarretar a possibilidade de ação subsidiária. Indo além, sequer o Judiciário, hoje, concentra o monopólio da jurisdição (tida como a tarefa de dizer o direito), pois, por exemplo, com a lei de arbitragem, podem as partes envolvidas no litígio pactuar sua solução por árbitro de comum acordo escolhido, que dirá o direito, a cuja decisão se comprometem submeter*.[37]

Enfim, o Ministério Público, órgão estatal vocacionado constitucionalmente para a promoção da ação penal pública, tem o dever de coadjuvar na preservação da ordem pública, não se concebendo possa lhe ser subtraído tal mister.

Conclui-se que é de fundamental importância que se atente para a imperiosa necessidade de se somar esforços no sentido de assegurar à sociedade brasileira o direito constitucional à segurança pública, o que só poderá ser alcançado com a cooperação entre todas as instituições envolvidas – inclusive o Ministério Público – de alguma forma, na repressão da criminalidade, não constituindo exclusividade da Polícia Civil a apuração de ilícitos penais.

Ainda que assim não fosse, o argumento restritivo, assentado basicamente na interpretação literal do dispositivo em estudo, igualmente não autoriza a compreensão de que caberia exclusivamente à Polícia Civil o desenvolvimento de investigações penais, porquanto o inc. IV do art. 144 da CF estabelece ser destinação exclusiva da Polícia Federal exercer as funções de *polícia judiciária da União*, enquanto que o § 4º do artigo em estudo – agora tratando das Polícias Civis –, assevera que a estas incumbem, *ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares.*

Observe-se que a conjunção aditiva "e" está a indicar que às Polícias Civis cabe, ressalvada a competência da União, as funções exclusivas de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares, restando cristalino que a "exclusividade" literalmente esta circunscrita às funções de polícia judiciária e não à apuração de infrações penais.

Vale ressaltar o recente voto da Ministra Ellen Gracie, como Relatora no julgamento do habeas corpus nº 91661, de Pernambuco, ao denegar a ordem:

> A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.
> É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.
> Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério

> Público investigar em seara criminal [...]
> O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.
> Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia"(Voto proferido em 10/03/09). Em recentíssima decisão, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se favoravelmente à realização de investigação na seara criminal pelo Ministério Público:

Assim, por todo exposto, conclui-se que cumpre ao Ministério Público a tarefa que lhe foi constitucionalmente confiada de não só fiscalizar as atividades da Polícia Judiciária, no curso da investigação policial, como promover as medidas necessárias para a diminuição da criminalidade, aprimorando a apuração da infração penal e especialmente atuando de modo a reprimir as irregularidades ou abusos cometidos por agentes policiais.

---

[1] Arts 4º e 5º da Lei nº 8.038/90.
[2] Art. 23, I, "a", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
[3] Art. 2º e parágrafo único, Lei nº 8.038/90.
[4] Art. 9º, § 1º, Lei nº 8.038/90.
[5] MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995. nota 3.1.2. pág. 77.
Código de Processo Penal Interpretado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. nota 4.4 ao art. 4º. pág. 36.
DOTTI, René Ariel. **O Ministério Público ...**, ob. cit., p. 130; LIMA, Marcelo Polastri. **Ministério Público e Persecução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997, pp. 84/92.
DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104-108
NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Bauru: EDIPRO, 2002, vol. 1, p. 179-185. vol. 1.
[6] Cf., *v.g.*, STF, 2ª Turma, HC nº 77.371-3/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM, **DJ** 23/10/98; STF, RHC nº 37.053, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, RF 197/298; STJ, 5ª Turma, RHC 3.457-2/SP, j. em 18/04/94, Rel. Min. Fláquer Scartezzini; STJ, 6ª Turma, RESP nº 223.395/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, **DJ** 12/11/2001, p. 176; STJ, 5ª Turma, HC nº 7.445/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, **DJ** 01/02/99; STJ, 5ª Turma, HC nº 10.275/PB; TJRS, Câmara de Férias, HC 690000351, j. 4.1.90, RT 651/314-321; TARS, JTAERGS 79/128.
[7] MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. **Revista dos Tribunais**, vol. 664, p. 392; também, do mesmo autor, **Regime Jurídico do Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 228.
[8] O inquérito policial e o termo circunstanciado nas infrações penais de menor potencial ofensivo são apenas obrigatórios para a autoridade policial.
[9] Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 175-176; MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**.3. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millennium, 2009. p. 143 e 146-147, vol. I, 76 e 79; TORNAGHI, Hélio – cit., p. 138; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Faculdades Integradas Estácio, 1980, vol. 1, n. 37, p. 246-248.
[10] Cf., *v.g.*, RTJ 76/741 e 64/343; também HC 41.205, Pleno, j. em 10/3/65, Rel. Min. Victor Nunes; RHC 58.644, j. em 10/3/81, Rel. Min. Moreira Alves, **DJU** de 22/5/81, pág. 4.736, RTJ 101/571; RHC 58.743, j. em 10/3/81, Rel. Min. Moreira Alves, **DJU** de 8/5/81, pág. 4.117, RTJ 101/580; RHC 62.300-RJ, j. em 13/12/84, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 13/12/84, **DJU** de 15/3/85, pág. 3.137.
[11] Cf. DEMERCECIAN, Pedro Henrique. **O Monopólio da Ação Penal Pública**, tese de doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Hermínio Alberto Marques Porto, Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica, 2001.
[12] Cf. ANTONIO SCARANCE FERNANDES – Constituição da República. Código de Processo Penal e sua reforma, in Justiça penal: críticas e sugestões. São Paulo: Centro de Extensão Universitária - Revista dos Tribunais. 1984, p. 63; JULIO FABBRINI MIRABETE - Processo Penal, cit., p. 77; VICENTE GRECO FILHO – Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82.
[13] Cf.*Elementos* ..., ob. Cit., vol. 1, p. 140.
[14] "Curso de Direito Constitucional Positivo", 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 650; sem destaque no original
[15] cf. O Ministério Público ..., ob. cit., p. 138.

[16] *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2ª ed., 1995, p. 228; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, *Comentários ...*, ob. cit., p. 181.
[17] Arts. 12, 27, 39, §5º, 46, §1º, e art. 47: Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.
[18] DE CASTILHO, Ela Wiecko V.. Investigação Criminal pelo Ministério Público. Boletim dos Procuradores da República, n. 11, ano I, março 99, p. 4.
[19] SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal. 1. ed. Edipro, São Paulo: 2001. p. 60.
[20] *Op. cit*. p. 64
[21] Cf. O Ministério Público .., ob. cit., p. 140-141.
[22] Cf. Justitia 60 anos, 1939-1999, Número especial 1999, p. 520/521.
[23] HC nº 30.832/PB, 5ª Turma, relatado pela Ministra LAURITA VAZ, j. em 18.03.2004.
[24] HC 38581/MG, 5ª Turma do E. STJ, relatado pelo Ministro GILSON DIPP, j. em 14.12.2004, DJ 21.02.2005, p. 202.
[25] STF - HC 83.157, Min. JOAQUIM BARBOSA DO COLENDOJ. 01/07/03.
[26] MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. Revista dos Tribunais. v. 664, p. 392. Também do mesmo autor: Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.
[27] MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228. NOGUEIRA, op. cit., p. 181.
[28] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 175-176. MARQUES, José Frederico. Elementos..., v. I, 76 e 79, p. 143 e 146-147. TORNAGHI, Hélio. p. 138; ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, v. 1, n. 37, p. 246-248.
[29] RTJ 76/741 e 64/343;HC 41.205, Pleno, j. em 10/03/65, Relator: Min. Victor Nunes; RHC 58.644, j. em 10/03/81, Relator: Min. Moreira Alves, DJU de 22/05/81, p. 4.736, RTJ 101/571; RHC 58.743, j. em 10/03/81, Relator: Min. Moreira Alves, DJU de 08/05/81, p. 4.117, RTJ 101/580; RHC 62.300-RJ, j. em 13/12/84, Relator: Min. Aldir Passarinho, j. em 13/12/84, DJU de 15/03/85, p. 3.137.
[30] STJ, RHC nº 3.586-2-PA, 6ª T., Rel. Min. Pedro Acioli, v.u., julg. em 09.05.94, DJU de 30.05.94.
[31] STJ, HC 10725/PB, relator Ministro Gilson Dipp.
[32] TFR/4ª Reg. , HC nº 97.04.26750-9-PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª T. , v.u., julg. em 24.06.97, DJU de 16.07.97.
[33] HC nº 24493/MG, 6ª Turma, relatado pelo Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. em 23.09.2003, DJ 17.11.2003, p. 383, RSTJ vol. 179 p. 516.
[34] RBCCrim 46-2004, p. 371/389, MARCELLUS POLASTRI LIMA.
[35] SILVA, José Afonso, in Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª Ed., Malheiros, p. 711.
[36] SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na investigação criminal. São Paulo: Edipro, 2001. p. 60.
[37] ALE SANDRO TEIXEIRA DA CRUZ, Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina, in Revista Jurídica Consulex – Ano VII, nº 159 – 31.08.2003.

2.7. O Decreto-Lei nº 201/67 em face da Constituição Federal

O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, publicado no Diário Oficial da União na mesma data e retificado em 14 de março de 1967, que prevê os crimes e as infrações político-administrativas cometidos por Prefeitos Municipais, veio ao mundo jurídico em um período de exceção, mais precisamente quando vigorava o Ato Institucional nº 4, que só permitia a competência presidencial para baixar decretos versando sobre questões de segurança nacional, financeira e administrativa.

Daí surge o questionamento acerca da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201/67 com expressa previsão de normas de natureza penal, primeiramente, diante da Carta Constitucional de 1967 e, também, da atual Constituição Federal de 1988, alicerçada em um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1967, através da qual se buscou salvaguardar os direitos até então drasticamente violados após o golpe militar de 1964, visando estruturar o Estado e regularizar os atos emanados do período ditatorial, estabeleceu-se, precisamente em seu artigo 173, que ficariam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 1964, dentre eles os Atos Institucionais emanados do Governo Federal e aqueles que deram base a atos de natureza legislativa, assim como os seus efeitos.

Tratou-se, pois, de uma verdadeira legitimação constitucional expressa de atos pretéritos à promulgação da então Carta Magna.

A Emenda Constitucional nº 01/69, de 17/10/69, editada durante recesso do Congresso Nacional, decretado nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, por sua vez, manteve o teor do referido artigo 173 da CF/67, apenas o transferindo para o artigo 181 do Título V das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição Federal de 1969.

Restou, pois, reafirmada a legitimação dos Atos Institucionais pretéritos, agora por ato emanado do Poder Executivo Federal, que, autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13/12/68, tomou a posição de verdadeiro poder constituinte originário diante da situação de recesso parlamentar.

Portanto, mostra-se absolutamente impróprio afirmar que o artigo 181 da CF/69 não se aplica às possíveis ilegalidades cometidas durante o golpe militar de 1964, tendo em vista que, por motivos óbvios, atos "já" constitucionais não necessitariam ser reconhecidos como tais, o que significa dizer que a legitimação trazida pelo citado dispositivo refere-se às "inconstitucionalidades" anteriormente cometidas.

Proclamados, assim, válidos e excluídos da apreciação judicial os atos de natureza legislativa expedidos com base em Atos Institucionais, a exemplo do Decreto-Lei nº 201/67, é certo que a atual Constituição de 1988 os recepcionou, já que não incluídos nas hipóteses de revogação previstas no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual CF.

Neste sentido já teve oportunidade de se manifestar o Supremo Tribunal Federal, em julgados cujas ementas encontram-se redigidas com os seguintes teores:

> DECRETO-LEI 201/67. VALIDADE. SÚMULA 496 DO STF. CASO DE EX-PREFEITO.
> I - O DECRETO-LEI 201 TEVE SUA SUBSISTÊNCIA GARANTIDA PELA CARTA DE 1967-69, E NÃO É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. É VÁLIDO O PROCESSO QUE, NOS SEUS TERMOS, PROSSEGUE CONTRA EX-PREFEITO, SE O DOMÍNIO VERSADO NÃO É O DE VERDADEIROS DELITOS DE RESPONSABILIDADE (ARTIGOS 4. E SEGUINTES), MAS O DE CRIMES ORDINÁRIOS, PROCESSADOS PELA JUSTIÇA E SUJEITOS A PENAS DE DIREITO COMUM (ARTIGOS 1. A 3.).
> II - O *HABEAS CORPUS* NÃO É SEDE IDÔNEA PARA A REVISÃO - E MENOS AINDA PARA A REVISÃO PRECOCE - DO PROCESSO PENAL. (STF - *Habeas Corpus* nº 69.850-6/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, pub. no **DJ** de 27/05/94).
> PENAL. PROCESSUAL PENAL. *'HABEAS CORPUS'*. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. D.L. 201/67: CONSTITUCIONALIDADE. PREFEITO. D.L. 201/67, art. 1.: CRIMES COMUNS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DAS DENÚNCIAS. PROVA: EXAME.

> I. O Supremo Tribunal Federal rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967. HC 70.671-PI, Velloso, Plenário, 13.04.94; HC 69.850-RS, Rezek, Plenário, **DJ** de 27.05.94.
> II. Inviável o trancamento da ação penal se a denúncia descreve fatos que configurem, em tese, ilícito penal.
> III. Os crimes denominados de responsabilidade, previstos no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara Municipal.
> IV. Denúncias que atendem aos requisitos do art. 41 do CPP.
> V. O exame de provas não é possível no âmbito estreito do *habeas corpus*.
> VI. HC não conhecido no tocante ao paciente Joaquim de Oliveira Castro Filho, na parte em que alega a inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967, porque é mera reiteração do HC 70.671-PI, e indeferido quanto ao mais. (STF - *Habeas Corpus* nº 71.669/PI, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, pub. no **DJ** de 02/02/96)

A questão da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201, de 27/02/67, veio, então a ser pacificada através da edição da Súmula 496 do STF, que enuncia o seguinte texto:

»São válidos, porque salvaguardados pelas disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal de 1967, os Decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro a 15 de março de 1967.

A constitucionalidade do Decreto-Lei nº 201/67 é tão patente que, no final do ano de 2000, foram introduzidos em seu artigo 1º, pela Lei nº 10.028/2000, mais oito (08) figuras típicas (incisos XVI a XXIII), o que evidentemente não ocorreria caso a norma guardasse qualquer vício de constitucionalidade.

3. Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos

Autores/Organizadores:
Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques
Procurador de Justiça Luiz Carlos Teles de Castro
Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa

- 3.1. Atuação do órgão de execução em segundo grau
- 3.2. Direitos difusos – Direitos de terceira geração – Questões ainda controvertidas nos nossos tribunais
- 3.3. Reconhecimento legal e a efetiva fruição individual de direitos metaindividuais
- 3.4. Anotações sobre o recurso especial e recurso extraordinário em ação civil pública
- 3.5. Jurisprudência

3.1. Atuação do órgão de execução em segundo grau

Criada em 2001, por deliberação em seção conjunta dos Procuradores de Justiça que atuavam no Tribunal da Alçada, existente à época, e no Tribunal de Justiça do Estado, proposta de iniciativa do então Procurador-Geral de Justiça, Nedens Ulisses Freire Vieira, originariamente denominado Grupo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos, a atual Procuradoria Especializada de Defesa dos Direito Difusos e Coletivos teve por atribuição a atuação, em grau recursal, em todas as ações civis públicas e ações populares em que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais se apresentasse como parte, com a finalidade de não só de interpor e acompanhar recursos, mas também de proferir sustentações orais, quando necessário.

> Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público objetivando a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não há intervenção de outro órgão ministerial como fiscal da lei em qualquer grau de jurisdição (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92, art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 e art. 92 do Código de Defesa do Consumidor), como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Ag.Rg no Ag. nº 95.537-0-SP, rel. Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, maioria, **DJ** 16/09/96; Emb. Dec. no REsp nº 184906-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, **DJ** 29/11/99; Emb. Dec. no REsp nº 186008-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, **DJ** 28/06/98).

Assim, convém esclarecer que a atuação do Procurador de Justiça, representante do Ministério Público em segundo grau – como parte ou fiscal da lei –, é determinada pela forma como ocorreu a intervenção do Ministério Público em primeiro grau. Sua participação, portanto, não é exclusivamente de fiscal da lei, como, inadvertidamente, sustentam alguns.

Nesse sentido a lição do Professor Antônio Cláudio da Costa Machado[1)]:

> Também sob a ótica estrita do instituto da legitimação não há como fundamentar a tese de que o Ministério Público em segunda instância seja sempre fiscal da lei. Ora, o autor de uma ação, seja ele legitimado ordinário ou extraordinariamente, exerce ação do começo ao fim do processo; da mesma forma o réu, seja ele titular do direito discutido ou substituto processual, o fato é que há exercício de exceção do começo ao fim e isto ainda que ocorra a alienação da coisa do direito litigioso (art. 42, *caput*).
> […]
> De igual modo, e em decorrência destes mesmos argumentos, parece-nos inconcebível que, em primeira instância, preste o órgão ministerial auxílio ao incapaz como seu assistente e, em segunda, negue-lhe tal auxílio, prestando-o à parte contrária através de parecer desfavorável ao hipossuficiente.

A propósito, a própria lei que disciplina a ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) dispõe, em seu art. 5º, § 1º, que "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei". Ou seja, proposta a ação civil pública pelo Ministério Público, nela não oficiará outro órgão de execução como *custos legis*.

No particular, bem sintetiza a temática Hugo Nigro Mazzilli[2)]:

> Conclusão a extrair do parágrafo – agora acertada – é a de que só haverá órgão do Ministério Público interveniente, quando não seja autor o próprio Ministério Público. A *mens legis* do § 1º do art. 5º da LACP, ou do art. 92 do Código do Consumidor, portanto, é a seguinte: o Ministério Público oficiará sempre na ação civil pública, senão como autor, ao menos como órgão interveniente; mas, sendo autor, não será interveniente.

Isso porque ser parte não significa ser fiscal da lei ou vice-versa, como, acertadamente, frisou Cândido Dinamarco[3)]:

> O Órgão do Ministério Público, uma vez no processo, é titular dessas posições jurídicas processuais inerentes à relação jurídica que estabelece no processo, seja fiscal da lei ou não. O que caracteriza a

> figura do *custos legis* é (ao contrário do que sucede na caracterização do conceito de parte) uma circunstância completamente alheia ao direito processual: ele não é vinculado a nenhum dos interesses da causa.

Logo, sendo o Ministério Público parte no feito, será representado em segunda instância pelo Procurador de Justiça, o qual deve atuar de modo eficaz e célere para que sejam atingidas as aspirações e as necessidades que se buscam através da ação proposta. Deve-se pautar pelo critério da efetividade, que, em muitos casos, vem sendo desprestigiado através da emissão de pareceres, *data venia*, desnecessários.

O tradicional *parecer* emitido pelo Procurador de Justiça antes do julgamento, que nem sequer encontra previsão legal, tem, não raramente, conteúdo idêntico ao que fora dito pelos órgãos de execução de primeiro grau em suas razões ou contrarrazões recursais.

Reconhece-se, todavia, que, havendo algo a acrescentar em favor da manifestação ministerial de primeiro grau, incumbe ao Procurador de Justiça pronunciar-se formalmente através de memorial e/ou sustentação oral, dando sua contribuição à tese ofertada.

Como bem enfatizou o Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, digníssimo Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, urge

> "revitalizar a Segunda Instância, dar-lhe função da qual derive uma contribuição prática e efetiva na realização da justiça [...]".[4)]

Reduzindo-se, quantitativamente, os pareceres repetitivos e desnecessários, os Procuradores de Justiça terão maior disponibilidade de tempo para se dedicar ao desempenho de outras funções também relevantes. Poderão, com suas experiências, contribuir para que o Ministério Público desempenhe, eficazmente, as atribuições que a Constituição lhe outorgou, *v.g.*, organizando-se em grupos especializados para auxílio e orientação aos órgãos de execução de primeiro grau, notadamente na área dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis; funcionando, por delegação, nos feitos de competência originária dos tribunais; fazendo apuração das irregularidades noticiadas pelo Tribunal de Contas, fornecendo ao Promotor de Justiça todos os subsídios para o ajuizamento de ação civil, etc.

Vale dizer, o Procurador de Justiça deve ser mais atuante, e não mero parecerista. Cumpre-lhe acompanhar efetivamente o trâmite do feito no juízo *ad quem* e manifestar-se formalmente somente quando necessário. Após o julgamento, se entender cabível, deverá recorrer em prol da tese defendida pelo Promotor de Justiça, caso seja o Ministério Público vencido, contribuindo para a formação da jurisprudência.

É dessa forma que o Procurador de Justiça deve atuar.

A par disso, é importante ressaltar que a abertura de vista ao Procurador de Justiça é indispensável para a regularidade do processo, a fim de que tome conhecimento da controvérsia e, por conseguinte, esteja preparado para oficiar no feito como representante do Ministério Público em segunda instância.

Em suma, a emissão de parecer somente será obrigatória quando o Procurador de Justiça atuar como *custos legis*, pois, se estiver atuando como *parte*, será *facultativa* a manifestação formal sobre o objeto do recurso (TJMG - AC 203872-7. 5ª Câmara Cível).

Tal atuação permite ainda que, quando necessário, sejam feitas considerações sobre o objeto do recurso a fim de se suprirem eventuais deficiências processuais que possam inviabilizar o êxito da ação e de acesso aos Tribunais Superiores na hipótese de a tese ministerial de primeiro grau não ser acolhida pelo Tribunal Estadual. Além disso, esses novos argumentos apresentados pelo Procurador de Justiça certamente servirão de orientação para futuras atuações dos Promotores de Justiça em casos semelhantes.

A experiência mineira, a par do ineditismo, vem reforçar a atuação institucional conforme se pode constatar pelas estatísticas dos resultados obtidos no decorrer desses cinco anos de atividades.

O volume de atividades nessa Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos demonstrou acentuado crescimento desde sua criação, no ano de 2001, tendo sido os trabalhos realizados em média por cinco Procuradores de Justiça, diante das licenças e afastamentos ocorridos no ano.

Em uma comparação estatística, o volume de recursos recebidos – agravos e apelações – aumentou de 324, no primeiro ano, para 917, no ano de 2007.[5] O número de manifestações, escritas ou memoriais, também aumentou em 483,26% em seis anos de atuação. Foram interpostos 3.354 recursos até 30 de abril de 2008.

Os recursos aviados nas ações civis públicas relacionadas com a defesa do patrimônio público correspondem, em média, a 53,43% do total julgado pelos tribunais estaduais. Os demais seguem a seguinte ordem: consumidor – 14,60%, meio ambiente – 10,45% e Saúde – 2,64%. As demais áreas (ECA, patrimônio histórico e cultural, habitação e urbanismo, deficiente físico e idosos) e as matérias processuais correspondem aos 18,88% remanescentes.

O percentual de decisões favoráveis às pretensões ministeriais em segundo grau corresponde a 62,86%.

Nas áreas especializadas, destaque-se o meio ambiente e o patrimônio público, nas quais 67,79% e 59,77% dos julgamentos do TJMG e do TAMG, respectivamente, favoreceram o MP. Ressalte-se que as decisões desfavoráveis foram ainda objeto de interposição de recursos, sendo certo que a maioria ainda está pendente de julgamento nos tribunais superiores, que, de 2002 a 2007, julgaram 754 recursos/ações do *Parquet mineiro*. *Desses, 484 foram decididos favoravelmente ao MP (64,19%)* e 270 contrariamente (35,80%), incluindo-se nesses dados os recursos nos quais o MP figura como recorrente e como recorrido.

Concluímos, assim, que, nas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, a atuação do órgão de execução em segundo grau é como parte.

---

[1] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 598.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**.6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.327. v. 1.

[4] DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Posição do Ministério Público de Segunda Instância no Cível. **Revista Justitia**, vol. 112, pág. 121.

[5] Embora a estatística de rendimento seja realizada semestralmente, é possível verificar que, nos primeiros quatro meses de 2008, foram produzidas 411 peças recursais.

3.2. Direitos difusos – Direitos de terceira geração – Questões ainda controvertidas em nossos tribunais

O tema *direitos difusos*, abordado no âmbito de um manual, que, por definição, tem a característica de conter noções essenciais acerca de uma matéria, pode, a princípio, revelar-se demasiado abrangente para cumprir a contento seu desiderato. Por outro lado, é de se convir, tem o mérito de desmistificar a atuação em seara tão pouco frequentada pelos operadores do Direito.

De fato, o objetivo não é outro senão estimular o Promotor de Justiça a, cada vez mais, atuar na defesa dos direitos difusos, os chamados *direitos de terceira geração*, especialmente nos dias atuais, quando a população clama por seus direitos, mas não encontra uma ressonância dos seus anseios nos Poderes constituídos nem a solidariedade dos que se autodenominam legítimos representantes do povo.

Hoje, o Promotor de Justiça é um verdadeiro advogado do cidadão, podendo, inclusive, postular em juízo interesses individuais, desde que indisponíveis, e, como tal, deve ter as mesmas preocupações que rondam o patrono das causas que versam sobre direitos disponíveis, por exemplo, um cuidadoso contraste das provas coligidas com a pretensão a ser expendida, a formulação de um pedido que seja consentâneo com a legislação pertinente, mas, principalmente, que seja compatível com o senso comum, de forma a coincidir com o espírito de fraternidade que norteia essa geração de direitos, cujo alvo primordial, no dizer de Karel Vasak, citado por Paulo Bonavides[1)], é o gênero humano.

Mesmo no que concerne à implementação dos direitos difusos, necessário que se anime e que se consolide a ideia do processo coletivo, com a aplicação dos princípios que lhe são inerentes. Assim, o Juiz, ao analisar a inicial, deve buscar facilitar o acesso à Justiça, superando vícios processuais, pois as ações coletivas têm natureza social. No mesmo diapasão, devem ser afastados obstáculos relativos à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum, como a equivocada compreensão dos tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por ele. Por fim, é preciso combater a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, o qual ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessário[2)].

A presente anotação pretende ainda, de forma singela, abordar algumas questões que os nossos tribunais pátrios insistem em manter controvertidas, não obstante a consolidação do entendimento no seio da Instituição Ministerial. Em outras passagens, foram sugeridos caminhos mais consentâneos com o princípio da eficácia do processo, como nos casos relativos às ações de execução dos títulos expedidos pelo Tribunal de Contas e de improbidade administrativa contra os policiais militares.

Por fim, foram compilados julgados que demonstram que a vocação do Ministério Público do terceiro milênio é esta, qual seja, a atuação cada vez mais incisiva na defesa dos direitos difusos, assim entendidos, repita-se, os direitos de terceira geração, que têm o condão de resgatar o cidadão da submissão ao poder econômico, restaurar o meio ambiente, moralizar o trato com a coisa pública e tantas outras providências que não podem deixar de ser tomadas.

Direitos difusos – Direitos de terceira geração

Feito esse esclarecimento preliminar, à guisa de introdução para estas anotações, passemos ao exame do tema *Direitos difusos – Direitos de terceira geração*, começando com a autorizada lição de Alexandre de Moraes[3)], que, discorrendo sobre o conceito de direito fundamental de terceira geração, assevera:

> "[…] protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigiliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso".

Na mesma toada foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração". [4)]

Aqui, citamos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a caracterizar um direito fundamental de terceira geração, em face da exemplificação mais emblemática do sentimento de solidariedade e fraternidade a que se referiu o revolucionário francês do Século XVIII.

De fato, segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides[5)], foi o gênio político francês que exprimiu, em três princípios cardeais, todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Em outro momento, esse mesmo jurista[6)] classificou os direitos fundamentais de acordo com seu reconhecimento pela Constituição Federal, da seguinte forma: *direitos fundamentais de primeira geração* (são os direitos individuais à liberdade e à vida); *direitos fundamentais de segunda geração* (direitos sociais, econômicos e culturais) *e os direitos de terceira geração* (direitos de fraternidade).

O Ministro Teori Albino Zavascki[7)], por seu turno, em discurso proferido por ocasião da formatura da turma de 1998 da Faculdade de Direito da UFRGS, resumiu a classificação dos direitos fundamentais nos exatos termos em que colocado o lema revolucionário francês, ou seja, direitos de primeira geração – *a liberdade*; direito de segunda geração – *a igualdade*; e direito de terceira geração – *a fraternidade*. E o eminente jurista complementa seu entendimento asseverando que o esgotamento do modelo, todavia, faz com que, mais uma vez, os homens e as mulheres do nosso tempo sejam chamados a dar um novo e importante passo à frente. Tem-se consciência, no moderno Constitucionalismo, de que, assim como o ideal de liberdade não pôde ser adequadamente cumprido sem a implementação efetiva e material dos direitos de igualdade – e daí o surgimento do Estado do Bem-estar Social –, também não se poderá implantar uma sociedade igualitária sem que se promova a efetivação do terceiro sonho dos revolucionários franceses: o sonho da fraternidade.

Mais adiante, citando os autores German J. Bidart Campos e Adolfo Gelsi Bidart, o douto Ministro, com o objetivo de conclamar seus alunos formandos a se dedicarem à causa dos direitos difusos, concluiu que, no limiar de um novo século, nascem os chamados direitos de *terceira geração*, inspirados nos valores da solidariedade. O que vemos, hoje, são sinais marcantes de que a humanidade está modelando Estados sem fronteira e fazendo surgir um novo cidadão, um cidadão universal, um cidadão de todas as pátrias. Ganha força e valorização a idéia de que o verdadeiro Estado de Direito – de liberdade e de igualdade entre as pessoas – somente poderá ser construído com reformas não apenas das leis ou das estruturas de poder. A reforma mais urgente, mais profunda, e certamente a mais difícil, mas que precisará ser feita, é a reforma do próprio ser humano, é a renovação dos espíritos, é a mudança que se opera pela via do coração. O Século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade. O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado Liberal, nem apenas um Estado do Social: precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens.

O nexo entre as duas instâncias ministeriais

Antes de se enfatizar a necessidade premente da efetivação de uma perfeita sintonia entre as instâncias ministeriais, é de se destacar a observação sempre oportuna de J. E. Carreira Alvim – para quem o termo correto a se utilizar seria *direitos ou interesses* difusos –, ao asseverar:

> "Nos termos do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos são *os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*. Traduzida em miúdos, a transindividualidade significa que se trata de um direito ou de um interesse que ultrapassa a individualidade, indo além de cada indivíduo singularmente considerado. A natureza indivisível significa que é um direito insétil, isto é, que não pode ser dividido. Esse direito têm titulares, que são, no entanto, indeterminados, ou seja, não podem ser individualizados, em concreto, senão na sua conformação como componente do grupo. Por fim, essas pessoas devem estar ligadas por circunstâncias de fato (situação de fato), como, *v.g.* residirem numa área que será inundada por uma

> hidrelétrica; habitar nas margens de um rio onde são lançados produtos poluentes; residir num morro onde o cartel do tráfico se instalou; se bem que essa *ligação* por situação de fato não seja algo fácil de ser absorvido pelos juristas. Posto nestes termos, ter-se-ia, no caso, um direito difuso ou um interesse difuso? Tanto o direito difuso quanto o interesse difuso têm as mesmas características do ponto de vista do *ius positum* – transindividual, natureza indivisível, titulares indeterminados e ligamento fático (não jurídico) pelo que não existe substancial diferença entre ambos[8].

Kazuo Watanabe[9], por seu turno, ao se manifestar a respeito do *nomen juris* utilizado no estudo das demandas coletivas – interesses ou direitos –, faz expressa menção ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, assim aduzindo:

> Os termos *interesse e direitos* foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os *interesses* assumem o mesmo status de *direitos*, desaparece qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Adauto de Almeida Tomaszewski[10] – Professor da UMP-IESB, UEL e PUC/PR, todas em Londrina/PR – observa, entretanto, que o mesmo autor admitiu que os interesses afetos à coletividade restaram desprotegidos por muito tempo, exatamente pela dificuldade de se identificar seu titular. Todavia, com sua consolidação no ordenamento jurídico, foi possível chegar ao entendimento acerca do interesse legítimo, fruto de discussões francesas e italianas a partir da maneira como se dava a distribuição da Justiça. Por esse motivo, invocando as considerações iniciais, mais do que simples interesses e em um ponto intermédio com relação ao direito subjetivo, entendido como aquele juridicamente protegido, apresentam-se os interesses legítimos, dado que nestes existe uma intensidade quanto à proteção estatal, pois conduzem a um benefício que não pode ser ignorado.

Como a vigente Carta Política, no art. 5º, inciso XXXV, suprimiu o termo individual quando consagrou o direito de ação, os doutrinadores que defendiam a tutela de interesses metaindividuais ganharam campo fértil para suas considerações. Portanto, não será passível de censura quem utilize direito ou interesse para o trato de ações coletivas, mera opção terminológica.

A experiência angariada ao longo dos anos, a maioria dos quais lidando com os direitos do cidadão, permite afirmar que as Associações de Bairros, as Organizações Não Governamentais ou mesmo um Grupo de Moradores, quando procuram o Promotor de Justiça para que patrocine a sua causa, utilizam-se da mesma forma empregada por um particular quando busca os serviços de um advogado, ou seja, como se o bem a ser tutelado fosse pessoal e, portanto, reclamasse a mesma postura diante do Judiciário. O Promotor de Justiça, por seu turno, embora não abrace a causa como se ela se referisse a um direito subjetivo seu, por outro lado, especialmente por dizer respeito a questões sensíveis e, no mais das vezes, humanitárias, acabam avocando para si a responsabilidade pelo êxito da ação, não se satisfazendo, no entanto, com o esgotamento da sua atuação quando da interposição de um recurso, em casos de insucesso, ou do oferecimento das contrarrazões, nas hipóteses de um resultado satisfatório na primeira instância.

Nesse contexto é que já deparamos com petições recursais anotadas em linha em processos, pelo fato de terem sido apresentadas pelo próprio Promotor de Justiça, diretamente no Tribunal, quando só poderia fazê-lo o Procurador de Justiça, por se tratar de uma decisão proferida na segunda instância, como no caso de uma concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Certamente, essas precipitações, que, diga-se, não constituem regra, são fruto do estigma que muitas vezes povoa o imaginário do Promotor de Justiça, segundo o qual, na segunda instância do Ministério Público, o processo não tem a mesma atenção recebida no primeiro grau de jurisdição.

Em verdade, o desdobramento que o processo terá na segunda instância está diretamente vinculado aos cuidados tomados no juízo de primeiro grau, vale dizer: é extremamente salutar um intercâmbio entre o Promotor de Justiça e a Procuradoria, a fim de que haja uma troca de ideias sobre as diversas possibilidades de iniciativas, contrastando-as com outras, exitosas ou não. A Procuradoria de Defesa dos Direitos Difusos foi criada com esse objetivo precípuo, de estabelecer um canal de conversação entre a primeira e a segunda instâncias do Ministério Público, de modo a que não se verifique um hiato no processamento dos impulsos

ministeriais, especialmente aqueles destinados à defesa dos direitos sociais. Além disso, podemos dizer que a Procuradoria de Direitos Difusos propicia a especialização dos Procuradores de Justiça que a integram, ainda que não haja uma especificidade na atuação do Procurador, ou seja, todos atuam nas várias vertentes das questões que envolvem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: meio ambiente, patrimônio público, criança e adolescente, consumidor, etc.

Não bastasse essa especialização que constitui um fator facilitador para integração do Procurador de Justiça com a causa discutida nos autos, registre-se ainda que também as sucessivas manifestações em processos sempre voltados para os assuntos relacionados aos direitos do cidadão resultaram na formação de um precioso banco de dados, apto a dar maior celeridade ao trabalho e, principalmente, um rumo seguro para a delimitação do caminho a ser percorrido, segundo o que predomina na jurisprudência mais atualizada dos nossos tribunais.

Questões que envolvem a defesa do patrimônio público

No início, conforme todos acompanharam, houve uma grande batalha para convencer o Judiciário de que o Ministério Público tem legitimidade para ingressar em juízo na defesa do patrimônio público e, assim, superar uma barreira que se sustentava na tese de que a Lei da Ação Civil Pública não fazia referência a esse bem na relação constante do seu art. 1º e demais incisos. Inúmeras foram as decisões que afastavam a legitimidade do *Parquet* para se imiscuir na defesa do patrimônio público.

Exemplo disso foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo a qual a Ação Civil Pública não constituía meio adequado para se perseguir o ressarcimento de danos causados ao patrimônio público, por Prefeito Municipal, decisão essa que acabou reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Resp. nº 180.712-MG. Antes disso, entretanto, o próprio STJ afastava a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo na defesa do patrimônio público, como no caso lembrado pelo eminente Adilson Abreu Dallari[11], em que, na ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando à defesa de interesses patrimoniais do Município de Marília, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:[12]

> "Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico".

Hoje, essa discussão não tem mais espaço no meio jurídico, ou seja, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público constitui matéria devidamente consolidada não só no STJ, mas também no STF. O resgate dessa antiga polêmica, no entanto, tem o mérito de incutir em todos nós a convicção de que não há dogmas jurídicos que se sobreponham à nova ordem constitucional, que, na esteira da lição de Lenio Luiz Streck[13] está alicerçada em um novo modo de compreender o direito.

Títulos executivos do Tribunal de Contas

A grande discussão que persiste é a que diz respeito à possibilidade ou não de o Ministério Público executar as certidões de débito emitidas pelo Tribunal de Contas. Como sabemos, a Corte de Contas do Estado de Minas Gerais, ao emitir a referida certidão extraída dos processos de análise das contas dos Municípios, procede à sua remessa ao Ministério Público, para as providências necessárias.[14]

O Promotor de Justiça, ao receber tal documento, que tem força de título executivo[15], promove a respectiva ação de execução. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem-se mantido intransigente em não admitir a legitimidade do Ministério Público para tal iniciativa, sob o argumento de que, assim agindo, o *Parquet* estaria substituindo indevidamente a Fazenda Pública Municipal, quando o ente beneficiado é o próprio município.

A tese defendida pela Procuradoria de Direitos Difusos para sustentar a legitimidade do Ministério Público para

executar as certidões de débito emitidas pelo Tribunal de Contas foi a mesma utilizada para a hipótese relativa ao patrimônio público propriamente dito, ou seja, o legislador ordinário, ao acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estabeleceu que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo serão regidas pelas disposições da Lei da Ação Civil Pública, conciliando, assim, a aludida norma legal com o art. 129, III, da Constituição Federal. Criou-se

> "esta norma de encerramento, a fim de que, na eventualidade de surgirem outros direitos e interesses difusos, ainda não identificados, pela doutrina ou jurisprudência, pudessem eles ser tratados processualmente com os instrumentos da LACP".[16)]

Com isso, extrai-se da tese acima transcrita o truísmo de que a ação civil pública consiste num gênero de natureza constitucional, admitindo qualquer espécie processual para atingir os fins delineados na Carta Política, a qual em nenhum momento obsta a possibilidade de o *Parquet* propor execução dos títulos previstos no art. 71, § 3º, aplicável ao Estado pelo art. 75, também da Constituição Federal. Sobre essa defesa do patrimônio público e social, a jurisprudência do STJ pacificou-se reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de qualquer tipo de ação[17)].

Especificamente sobre a possibilidade de o Ministério Público ingressar em juízo com ação de execução de certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas, chegamos a usar também a argumentação segundo a qual, consoante as disposições do inciso V do art. 23 da Lei Complementar nº 33, de 28 de junho de 1994 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais):

> "[…] compete ao representante do Ministério Público promover a execução dos julgados do Tribunal, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento".

Nesse mesmo sentido, argumentamos que convergem as disposições do inciso VIII do art. 25 da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ao estatuírem, *in verbis*, que, "além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas".

Essa argumentação, entretanto, deixou de ter a consistência exigida para continuar a servir de sustentáculo à tese desta Procuradoria, quando sobreveio a alteração do art. 23 da LC nº 33/94, introduzida pela LC nº 93, de 2 de agosto de 2006, que, adotando o modelo federal, retirou a legitimidade do Ministério Público para executar os julgados do Tribunal de Contas. É que, conforme já mencionado anteriormente, na redação anterior, o inciso V do citado art. 23 estabelecia expressamente competir ao Ministério Público *promover a execução dos julgados do Tribunal.*

Essa atribuição foi retirada do *Parquet* estadual pelo novo texto, que assim dispõe:

> "Art. 23 - Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sua missão de guarda da lei fiscal de sua execução, além de outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno:
> […]
> III - promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios as medidas previstas no inciso II do § 6º do art. 75 e no art. 93 desta Lei, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias.
> […]
> IV - acionar o Ministério Público para a adoção das medidas legais no âmbito de sua competência".

O citado inciso II do § 6º do art. 75 e o art. 93 da LC nº 33/94 também tiveram sua redação alterada para os termos seguintes:

> "Art. 75 - A decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo.

> § 1º - O Tribunal expedirá certidão do acórdão, individualizando os responsáveis e débito imputado, devidamente atualizado.
> § 2º - O responsável será notificado para, no prazo estabelecido por esta lei ou pelo Regimento Interno, efetuar e comprovar o recolhimento do valor devido.
> § 3º - Em qualquer fase do processo, o Tribunal poderá autorizar o recolhimento parcelado da importância devida, na forma estabelecida no Regimento Interno, incidindo sobre cada parcela o índice de atualização monetária dos débitos fiscais.
> § 4º - A falta de recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor.
> § 5º - Comprovado o recolhimento integral, o Tribunal expedirá quitação do débito ou da multa.
> § 6º - Expirado o prazo a que se refere o § 2º deste artigo sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:
> I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou
> II - remeter ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas a certidão de débito, o acórdão e as notas taquigráficas para fins do disposto nos incisos III e IV do art. 23 desta Lei.[18)]
>
> Art. 93 - O Tribunal poderá solicitar ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas a adoção das medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito". [19)]

O Supremo Tribunal Federal já consolidara o mesmo entendimento, quando da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 223.037/SE – SERGIPE, em 2/05/2002, por intermédio da qual se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição do Estado do Sergipe que permitia ao Tribunal de Contas Estadual executar suas próprias decisões. Naquele aresto a Suprema Corte ponderou:

> "As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente".

Essa decisão do STF que reconhecia a ilegitimidade do Ministério Público para executar os débitos apurados pelo Tribunal de Contas da União, quando usada pelos órgãos executados ou mesmo pelo Tribunal de Justiça mineiro para sustentar acórdãos que extinguiam os feitos por ilegitimidade, sempre foi contestada por nós, por fazer menção ao *Parquet* exclusivo da Corte de Contas, ou seja, aquele previsto no art. 130 da Constituição Federal.

Entretanto, não podemos fechar os olhos para a orientação constante do mesmo aresto, segundo a qual:

> "A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente".

Portanto, nesse diapasão, temos que uma providência razoável e, por que não dizer, mais célere, pois evitaria a procrastinação observada nas tramitações dos recursos especial e extraordinário, seria a remessa, ao órgão beneficiário, do documento proveniente do Tribunal de Contas, para que providenciasse a respectiva cobrança, sob pena das consequências pertinentes à manifesta renúncia de receita que se consubstanciaria[20)].

Ilegalidades cometidas por policiais militar e civil – Improbidade caracterizada – Perda do cargo – Competência

Ainda no que concerne ao patrimônio público, temos observado diversas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra policiais civis e militares, por transgressão aos princípios da administração pública, em

decorrência de abusos cometidos contra o cidadão, que consubstanciam ilícitos civis.

A ação de improbidade administrativa contra Policial Militar – Perda do cargo

Inicialmente, convém citar o § 4º do art. 125 da Constituição Federal, cuja redação foi alterada (didaticamente, transcreveremos a antiga e a nova redação):

> "Art. 125
> […]
> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças". (*Antiga redação*)
> "§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei e *as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil*, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças". (*Nova redação*)

Ao comentar a nova redação desse dispositivo, Paulo Frederico Cunha Campos[21] assevera:

> "O § 4º, este sim trouxe significativa mudança, ao incluir a possibilidade de *julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares*, dando agora à justiça militar uma competência de natureza civil, o que significa dizer que, todas as ações ordinárias e o mandado de segurança a serem impetrados por militares estaduais, que visem atacar a legalidade de um ato disciplinar (uma demissão de um militar do Estado por ato do Comandante Geral da PM, por exemplo), ao invés de serem ajuizadas perante a Vara da Fazenda Pública, deverão sê-las nas Auditorias Militares". (grifo nosso).

No julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0024.04.461983-1/001, em 6 de setembro de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já havia se manifestado nesse sentido, mesmo diante de uma sentença proferida antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. De registrar-se, por necessário, que, desde aquela oportunidade, o Ministério Público (primeira e segunda instâncias) já se posicionara ao lado da tese de que a competência para tanto seria do Tribunal Militar.

Posteriormente, nas vezes em que foi chamado a se pronunciar a respeito desse tema, especificamente sobre ações de improbidade administrativa imputada a policiais militares e civis, o Tribunal de Justiça mineiro ora extingue o processo de ofício[22], aduzindo que a limitação da Lei de Improbidade Administrativa está na prática de qualquer ato ilegítimo praticado diretamente, não por simples reflexo social, contra os Poderes estatais e entidades paralelas, ora anula todo o processado e se dá por incompetente, quando se trata de Policial Militar, sob a seguinte justificativa:

> "[…] falece competência a este Tribunal para julgamento da presente demanda, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a nova redação dada ao art. 125, § 4º e § 5º, da Constituição da República, atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar a competência para a apreciação e julgamento de matéria relativa à perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças"[23].

Quanto à questão envolvendo a perda do cargo de Policial Militar, tendo-se em vista o fato de que, realmente, diz respeito a uma imposição constitucional – vale dizer: com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e consequente modificação do art. 125, § 4º e § 5º, da Carta Magna –, entendemos que a competência para tal providência deslocou-se mesmo para o Tribunal de Justiça Militar, ainda que a condenação não decorra de crime de sua natureza.

É que, antes da referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal havia firmado o entendimento de que a competência da Justiça Militar, prevista no § 4º do art. 125 da Constituição Federal, era somente para

decidir a respeito da perda de graduação das praças, quando esta constituísse pena acessória de crime de sua respectiva competência[24]. Agora, entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/04 e diante dessa constatação, o ideal é que, nos casos de improbidade administrativa em que se vislumbre plausível a perda do cargo de Policial Militar, o processo seja desde logo encaminhado ao Tribunal de Justiça respectivo, a fim de se evitarem alongadas discussões que não contribuirão para a solução adequada da controvérsia.

Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004, nota-se que, além da competência para processar e julgar os militares estaduais nos crimes militares definidos em lei, a Justiça Militar detém competência também para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares, sendo de se frisar, por oportuno, que a demissão ou a expulsão do militar dizem respeito à sanção administrativa, distintas, portanto, da perda da graduação, que é medida judicial privativa do tribunal competente, podendo ser aplicada até mesmo ao inativo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo também nos dá conta dessa distinção entre a demissão ou a expulsão e a perda da graduação:

> "EMENTA - *O pedido de exoneração oficializado do interessado, ou mesmo sua expulsão pela Polícia Militar, não obstam o exercício da competência atribuída ao Tribunal de Justiça Militar, através do art. 125, § 4º da Constituição Federal*. Policial Militar revela perfil incompatível com postulados de hierarquia e disciplina que alicerçam a Corporação, não reunindo as condições mínimas para ostentar a graduação que lhe fora outorgada" [25].

> "EMENTA - Derrogado o art. 102 do Código Penal Militar, a pena de exclusão da Corporação não é mais aplicada de forma acessória, tendo a Constituição Federal atribuído competência exclusiva ao Tribunal de Justiça Militar para sua imposição, que prevalece, inclusive, sobre eventual decisão em Ação Ordinária Declaratória de Nulidade do Ato Administrativo Disciplinar. Graduação é o grau hierárquico da Praça. Assim, *desde a Praça ao Sub-Oficial, todos são detentores de graduação, e podem perdê-la, quer por decisão desta Corte, quer por ato disciplinar administrativo do Comando Geral*. Súmula 673 do STF. Sede inadequada para rediscussão da pena imposta no processo crime, posto que transitada em julgado a decisão" [26].

Tal constatação, no entanto, não retira do Ministério Público a atribuição de investigar fatos relacionados a condutas de policiais militares que supostamente possam caracterizar a improbidade administrativa, conforme admitiu o próprio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

> "A Justiça Militar Estadual é competente para julgar ação de improbidade administrativa, sendo que o E. Tribunal de Justiça Militar possui competência originária, tendo em vista o disposto no art. 125, § 4°, da Constituição Federal. A responsabilização judicial por ato de improbidade administrativa possui natureza cível. A Lei Estadual nº 14.310/02, que instituiu o Código de Ética e Disciplina dos Militares e contém previsão para as infrações disciplinares e as respectivas sanções, não regulamenta a previsão do § 4º do art. 37 da Constituição da República. Tal regulamentação é feita pela Lei Federal nº 8.429/92.- No caso de ato de improbidade praticada por servidor militar, o art. 14, § 3°, da Lei nº 8.429/92 determina que a apuração preliminar seja feita de acordo com o respectivo regulamento. A expressa previsão para utilizar-se o regulamento disciplinar presta-se unicamente a indicar que a autoridade administrativa militar tem o dever de proceder a apuração do ilícito. Mas, se a investigação preliminar for conduzida por meio de inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público não há qualquer nulidade. É a própria Constituição da República que atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e, para tanto, confere-lhe o poder/dever de instaurar o inquérito civil público. Desta forma, a previsão da Lei n° 8.429/92 não poderia restringir as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas apenas complementá-las".

Gylliard Matos Fantecelle, discorrendo sobre a matéria, adverte que não fora recepcionada a pena de perda do cargo público prevista na Lei nº 4.898/65,[27] bem como que seria inconstitucional a mesma previsão constante da Lei nº 9.455/97,[28] ambas, frise-se, quando aplicadas no âmbito da Justiça Comum ao agente público militar estadual. Do contrário, estaremos admitindo que leis infraconstitucionais violem competência funcional e

absoluta regulada pela Magna Carta[29)].

Sobre a distinção entre a perda do cargo em decorrência da prática de crime de tortura e a mesma sanção decorrente da condenação por improbidade administrativa, o eminente Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Fernando Galvão, assim ensina:

> "Note-se que não é adequado estabelecer comparação entre a ação civil de improbidade administrativa e a ação penal relativa ao crime de tortura. No caso da tortura, a perda da função pública é um efeito da condenação e não uma pena. A justiça comum julga a acusação de prática de tortura e aplica a pena correspondente (privativa de liberdade). O efeito da condenação (perda da função pública), no entanto, somente ocorrerá após decisão do Tribunal de Justiça Militar. No caso da condenação por crime de tortura, o julgamento para a perda do posto e da patente previsto no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, aplicável aos militares estaduais por expressa disposição dos arts. 142 e 125, também da carta Magna, pressupõe anterior condenação na Justiça Comum. Não há, neste caso, fracionamento da decisão judicial. A Justiça Comum é competente para aplicar a pena privativa de liberdade e a Justiça Militar é competente para aplicar o efeito da condenação. Na ação de improbidade administrativa, a perda da função pública é a conseqüência direta da condenação". [30)]

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais também enfrentou essa matéria, dando-lhe uma solução consonante com a lógica processual, uma vez que, de fato, se a Justiça Comum não é competente para impor a perda do cargo ao Policial Militar e sendo essa sanção uma decorrência da condenação por improbidade, pressupõe-se desarrazoado o entendimento segundo o qual uma fração do julgamento se daria na Justiça Comum e outra, a imposição da pena de perda do cargo, na Justiça Militar[31)]).

Aspecto interessante de ser abordado, a título de curiosidade, diz respeito ao fato de que, no âmbito da Justiça Militar, foi mantido o foro por prerrogativa de função, uma vez que ali a competência para processar a ação de improbidade administrativa é originária do Tribunal de Justiça, de modo que, na hipótese de o Promotor de Justiça concluir uma investigação que resulte no ajuizamento da referida ação, ele deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para as providências junto ao órgão competente.

Ação de improbidade administrativa contra Policial Civil

Quanto à negativa do Tribunal de Justiça mineiro em reconhecer a possibilidade de o agente público cometer improbidade administrativa na prática de qualquer ato ilegítimo que não tenha sido contra os Poderes estatais e entidades paralelas, insistimos em afirmar que, ainda assim, há a possibilidade da caracterização da conduta ímproba. Para tanto, temos nos socorrido dos ensinamentos de especialistas como Emerson Garcia[32)], que leciona:

> "Violado o preceito proibitivo previsto na norma, ter-se-á a lesão ao bem jurídico tutelado e, por via reflexa, ao direito de outrem. Em casos tais, o titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ilícita recebe a denominação de sujeito passivo material".

Mais adiante acrescenta:

> "Tratando-se de norma de natureza cogente, cuja aplicação não possa ser afastada pela vontade dos interessados, qualquer que seja o bem atingido, o Estado sempre estará presente como sujeito passivo formal, já que a norma violada fora por ele estatuída".

Também é do escólio sempre autorizado do administrativista Wallace Paiva Martins Júnior[33)] a assertiva de que a violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a administração pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, censura "condutas

que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material".

De fato, o art. 11,*caput*, da Lei nº 8.429/92 é peremptório, ao preconizar:

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

Portanto, perfeitamente plausível a imputação de improbidade administrativa a servidor público (Policial Civil), ainda que o ato não tenha sido praticado diretamente contra os Poderes estatais e entidades paralelas, uma vez que o manifesto abuso, a toda evidência, caracteriza a conduta ímproba na modalidade de transgressão do princípio constitucional da legalidade, que, por seu turno, traduz-se na violação do dever de honestidade e lealdade para com as instituições.

Embora possa parecer que tal constatação tenha um cunho de obviedade, o fato é que, como dito anteriormente, o Tribunal de Justiça mineiro tem rejeitado ações de improbidade administrativa manejadas com o propósito de punir agentes policiais que cometem ilegalidades contra o cidadão, em cuja inicial não se cuidou de enfatizar esse aspecto específico, sendo de todo oportuna a lembrança de que, em casos como tais, tenha-se a preocupação de instaurar o debate já na exordial, de modo que, na segunda instância, a matéria não seja arguida de ofício, como tem ocorrido.

Conclusão

Quanto à possibilidade de o Ministério Público executar as certidões de débito expedidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, não nos descuramos da hipótese da viabilidade dessa providência, especialmente considerando o argumento que autoriza as incursões ministeriais no âmbito da defesa do patrimônio público, ou seja, em última análise, toda vez que o *Parquet* executa um título oriundo da referida Corte de Contas, ele está se imiscuindo na seara do direito difuso, o que lhe é assegurado tanto pela Lei nº 7.347/85 (LACP) como pela Constituição Federal – art. 129, inciso III.

Entretanto, há que se ponderar a respeito da eficácia do processo, bem assim da resposta efetiva que a coletividade espera das iniciativas ministeriais, vale dizer: vamos insistir nas ações de execução, as quais não encontram ressonância no Judiciário, seja na primeira, segunda, ou mesmo nas instâncias excepcionais, ou vamos encaminhar os títulos aos órgãos beneficiários para as respectivas execuções, sob pena, aí sim, da legítima iniciativa do Ministério Público, no que concerne à omissão que caracteriza a improbidade por renúncia de receita?

O mesmo se diz sobre o ajuizamento de ações de improbidade administrativa que buscam a perda da função pública de policiais militares, no momento em que vige a nova redação do art. 125, § 4º e § 5º, da CF/88, imposta pela Emenda Constitucional nº 45/04, que atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar a competência para determinar a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças da Polícia Militar. Ora, se cabe ao referido Tribunal Militar a palavra final sobre a perda da função, que, diga-se, não se confunde com a demissão ou a expulsão, então que a ação seja ali instaurada desde o início, evitando-se, dessa forma, a sua anulação, ao final, repetindo-se todos os atos, apenas porque a Justiça Comum não tem competência para aplicar a pena.

Já no aspecto relativo à possibilidade da caracterização da improbidade administrativa por ato de Policial Civil, quando pratica conduta abusiva contra o cidadão, entendemos que, ao contrário do que têm decidido algumas Câmaras do Egrégio Sodalício mineiro, há sim viabilidade da respectiva ação, nos termos dos argumentos expendidos, ou seja, mesmo quando o ilícito civil não tiver sido cometido concretamente contra os Poderes estatais e entidades paralelas, ainda assim, é de se convir, resta caracterizada a ofensa aos deveres de honestidade e lealdade às instituições e, principalmente, à legalidade.

Essas anotações despretensiosas, como a sua leitura revela, não trazem no seu conteúdo um ensinamento propriamente dito, como sugere um manual, mas, antes, expõem algumas constatações extraídas do dia a dia da Procuradoria de Direitos Difusos, as quais, cotejadas com as soluções mais positivas às iniciativas do Ministério Público, autorizam as recomendações feitas, repita-se, sem nenhum caráter vinculativo, apenas no intuito de se buscar uma maneira ordenada de atuação.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.
[2] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo**. ANOTAÇÕES – AULA TEMÁTICA – PROF. GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA – 17/02/2005 - DIEX - IELF EXTENSIVO – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.
[3] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 56-57.
[4] RTJ 155/206.
[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562.
[6] BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
[7] ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de terceira geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. n. 15. 1998. p. 227-232.
[8] ALVIM, J. E. Carreira. **Ação civil pública e direito difuso à segurança pública**. ano 7, n. 65, Teresina: Jus Navigandi, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>.Parte inferior do formulário
[9] WATANABE, Kazuo. in GRINOVER, Ada Pelegrini et al.**Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p. 623.
[10] TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos**. Londrina: Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=608.>
[11] DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.).**Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.
[12] RSTJ 65/352.
[13] STRECK, Lenio Luiz. **Ao contrário do ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz**. ano 3, n. 92, 19 set. João Pessoa: Revista Juristas, 2006.
[14] Para os fins do disposto no art. 227, § 3º e § 7º, do RITCMG.
[15] Constituição Federal – Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] § 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
[16] NERY JÚNIOR, Nelson.**Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 619-620.
[17] REsp 132.107-MG.
[18] Inciso com redação dada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 93, de 2/8/2006.
[19] Artigo com redação dada pelo art. 13 da Lei Complementar nº 93, de 02/08/2006.
[20] Nos termos do art. 70 da CF/88 e da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/2000.
[21] CAMPOS, Paulo Frederico Cunha. A Justiça Militar e a Emenda Constitucional nº 45. , ano 9, nº 710, 15 jun. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6811>.
[22] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.03.090724-1/001. Relator: Des. Ernane Fidélis. Belo Horizonte, 19 de setembro de 2006. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 21 nov. 2006.
[23] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0105.03.100918-3/001. Relator: Desembargadora Maria Elza. Belo Horizonte. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 4 dez. 2007. Veja-se também a Apelação Cível nº 1.0702.05.218259-1/001.
[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 286.636-7. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 7 nov. 2000. **DJ**: 23 fev. 2001.
[25] PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA – nº 000618/03 Processo nº 027131/00 4ª AUDITORIA, grifo nosso
[26] PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA – nº 000666/03 Processo nº 026957/00 4ª AUDITORIA, grifo nosso
[27] Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.
[28] A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, definiu os crimes de tortura e deu outras providências.
[29] FANTECELLE, Gylliard Matos.**Aplicabilidade da pena de perda do cargo público na Justiça comum ao policial militar**: inconstitucionalidade. ano 9, n. 606, 6 mar. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6362>.
[30] Ag. Inst. 008. Rel. Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos. Julg. 18/04/2007.
[31] A previsão constitucional de competência para decretar a perda do posto e da patente, bem como da graduação das praças, é o critério absoluto que define a Justiça Militar Estadual como competente para julgar a ação civil de improbidade administrativa. Como se pode facilmente constatar do exame do art. 12 da lei de regência, a pena de perda da função pública é a consequência direta da condenação por ato de improbidade. Não seria possível conceber que a Justiça Comum fosse competente para decidir sobre a condenação e, em seguida, remetesse os autos à Justiça Militar para a aplicação da pena. Tal solução implicaria em fracionamento do julgamento, o que fere toda a lógica do sistema processual. Se a Justiça

Militar é competente para aplicar a pena, também o é para processar e julgar a ação que tem como pedido direto a aplicação da pena de perda da função pública.- A decisão concessiva de tutela antecipada foi proferida por juiz absolutamente incompetente, devendo o recurso ser provido para anular a decisão hostilizada. - Reconhecida a competência originária deste E. Tribunal, é necessário avocar-se os autos da ação principal para que esta tenha curso no órgão jurisdicional competente.- Recurso provido para anular a decisão hostilizada e determinar a avocação dos autos ao Tribunal. (Processo nº 1.0702.05.218259-0/002. 5ª Câmara Cível. Rel. Juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos, publicado em 1º de junho de 2007

[32)] GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 211-212.

[33)] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva.**Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

3.3. Reconhecimento legal e a efetiva fruição individual de direitos metaindividuais

O tema do acesso à Justiça[1] ganha grande impulso em todo o mundo e, no Brasil, sobretudo a partir de 1985, ano da entrada em vigor da revolucionária Lei nº 7.347/85, destinada principalmente a formalizar a defesa processual do interesse coletivo dos cidadãos[2]. Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo regras processuais específicas tendentes a integralizar o sistema processual de defesa de qualquer interesse coletivo (difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo). Diversos matizes detalham os interesses coletivos previstos em leis específicas sobre: meio ambiente, agrotóxico, consumidor, valores culturais, deficientes físicos, criança e adolescente, idoso, ordem urbana, ordem econômica, patrimônio público.

Compreendeu-se que os paradigmas processuais individualistas não são adequados ao enfrentamento dos macroproblemas metaindividuais e econômicos dos tempos industriais, complexos e massificados em que vivemos. Disso decorre a necessária busca de macrossoluções jurídicas para as crescentes e muito complexas demandas sociais. Repita-se: vivemos os tempos da complexidade[3]. A lesão ao interesse individual pode ser considerada insignificante, se vista isoladamente. Entretanto, ela assume enorme vulto se observada globalmente: a mesma lesão que atinge um indivíduo geralmente alcança milhares de pessoas[4], por exemplo, nos casos de danos provocados por um produto defeituoso (um medicamento, um brinquedo, um automóvel), por uma publicidade enganosa, por uma cláusula abusiva inserida em um contrato, ou no caso de um dano ao meio ambiente ou ao patrimônio público.

Os novos paradigmas processuais de acesso coletivo frutífero à Justiça evoluem paulatinamente. Os profissionais do Direito que operam diretamente no dia a dia forense sabem que as mudanças propostas pela nova legislação ocorrem em perspectiva histórica, isto é, alguns profissionais do Direito e tantos outros agentes econômicos não estão ainda familiarizados com as historicamente novas noções de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Com algumas notas doutrinárias, procuraremos esclarecer as diferenças entre essas noções. A marca da indisponibilidade desses interesses ajuda-nos nesse esclarecimento. Vejamos, então, as distinções entre esses interesses (B) para, a seguir, sublinharmos a sua marcante indisponibilidade (C), e, logo, propormos uma conclusão (D).

As distinções entre os interesses coletivos em sentido amplo

Analisando decisões judiciais relativas aos interesses coletivos, Nelson Nery Júnior explica que “os conceitos e diferenciações entre interesses difusos e coletivos encontram-se em pleno desenvolvimento doutrinário, nada havendo, ainda, de caráter definitivo sobre essas duas realidades[5]”. A codificação da matéria permanece intensamente discutida[6].

A primeira distinção a ser feita é entre interesses individuais e interesses coletivos. Nosso Direito, que tutelava apenas os primeiros, só recentemente passou a dedicar-se às questões transpessoais ou metaindividuais. O interesse ou direito individual é aquele que claramente se liga a um determinado sujeito. É o direito subjetivo, o interesse relacionado a pessoa certa, individualizada.

Já o interesse coletivo, conforme indica o próprio nome, relaciona-se necessariamente a uma coletividade ou grupo de pessoas. Ao estudá-lo, a doutrina criou uma série de classificações, e o legislador, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), dividiu-os em difusos e coletivos. Além disso, resolveu tratar, como coletivos, os interesses individuais decorrentes de origem comum, denominando-os *individuais homogêneos*. Kazuo Watanabe diz que os primeiros são *essencialmente coletivos* (CDC, art. 81, parágrafo único, incisos I e II) e os interesses individuais homogêneos são de *natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados*[7].

Três aspectos destacam-se na caracterização dos interesses difusos, conceituados pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC: a indeterminação dos titulares; a inexistência de relação jurídica base; a indivisibilidade do bem jurídico.

Derivado do latim *diffusus*, o adjetivo *difuso* é usado com o significado de *disperso, espalhado*. Difuso, portanto,

é aquele interesse que se relaciona a pessoas indeterminadas, dispersas, espalhadas. Outra característica é a inexistência de uma relação jurídica base. Os titulares, conforme a definição legal, são pessoas *ligadas por circunstâncias de fato*. Em matéria contratual, por exemplo, identificamos facilmente a presença de interesses difusos na fase pré-negocial, pois a oferta é dirigida a pessoas indeterminadas e ainda não se formou a relação jurídica base (vínculo contratual). Tais interesses serão sempre indivisíveis. Não há como identificar titulares de quotas ou parcelas do interesse difuso. Na conhecida definição de Barbosa Moreira, "a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui,*ipso facto*, lesão da inteira coletividade[8]".

Cuidando ainda de interesses metaindividuais, o CDC trata, no art. 81, parágrafo único, inciso II, dos chamados interesses coletivos. A leitura do *caput* do art. 81 e de seu parágrafo único, em contraposição ao texto do inciso II, mostra que a expressão *coletivos* foi, nesse último, utilizada em sentido estrito, referindo-se a uma das espécies de interesse que poderá receber proteção a título coletivo. Trata-se de mais uma espécie de interesses essencialmente coletivos, que se distinguem dos interesses difusos porque eles têm, como titulares, os grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As principais características dos interesses coletivos em sentido estrito são: a possibilidade de determinação de seus titulares; a existência de uma relação jurídica base que liga os titulares entre si ou com a parte contrária; a indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

Os interesses coletivos em sentido estrito relacionam-se a grupos, categorias ou classes de pessoas. Por isso serão sempre determinados – ou, ao menos determináveis – seus titulares. Filiadas a associações, clubes, sindicatos, as pessoas podem estar unidas, entre si, por uma relação jurídica base, sendo titulares de interesses coletivos. Em outras situações, os indivíduos estarão vinculados, por uma relação jurídica base, com a parte contrária. É o caso, por exemplo, dos alunos de uma mesma escola ou os contratantes de uma mesma companhia seguradora. Eles não mantêm, entre si, nenhum vínculo jurídico, mas ligam-se com a parte contrária, através de idêntica ou semelhante relação jurídica base.

Na sociedade da complexidade, os prejuízos individualmente sofridos são iguais ou semelhantes aos de muitos outros indivíduos. Imaginemos, então, milhares de vítimas de um acidente de consumo causado por um medicamento defeituoso ingressando em juízo individualmente, postulando reparação de danos. Teria nosso sistema judicial capacidade para absorver tantas demandas? A proposta para solução desse problema veio com a historicamente nova disciplina processual da Lei nº 8.078/90, que autoriza a tutela coletiva de interesses individuais. Adaptando ao Direito brasileiro o sistema das *class actions for damages* ou dos *mass tort cases* do sistema do *common law*, o CDC permite que interesses individuais sejam protegidos como coletivos[9] Trata-se dos *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum* (art. 81, parágrafo único, III).

O magistrado gaúcho Teori Albino Zavascki, no conhecido estudo intitulado *O Ministério Público e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos*, mostra que tal categoria de interesses já era tutelada pelo nosso Direito. A novidade, introduzida pelo CDC, foi a denominação – *interesses individuais homogêneos*:

> Além da prevista no Código do Consumidor, há outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para defender, em forma coletiva, direitos de natureza individual: a da Lei nº 7.913, de 7/12/89, para propor ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e a do art. 46 da Lei nº 6.024, de 13/03/74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência. Nas três hipóteses – danos decorrentes de relações de consumo, de investimentos em valores mobiliários e de operações com instituições financeiras – os direitos lesados são por natureza individuais, divisíveis e disponíveis[10].

Mais adiante, no mesmo texto, o Juiz gaúcho mostra que tal atribuição está em conformidade com o perfil constitucional estabelecido para o Ministério Público:

> Com efeito, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (CF/88, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive

> pelo Estado, em forma obrigatória (CF, art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes interesses individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades sociais de 'promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir os interesses da coletividade' (CF/88, art. 192). Não será difícil concluir, de todo o exposto, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de *direitos individuais homogêneos* dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis nº 6.024/74, 7.913/89 e nº 8.078/90, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127, da Carta de 1988.[11)]

Ao permitir que feixes de interesses individuais sejam tratados como coletivos, o CDC facilita o acesso à Justiça, possibilitando, através da ação civil pública, a reparação dos danos individualmente sofridos.

A Lei nº 7.347/85 restringia a ação civil pública à tutela de interesses difusos e coletivos por meio da ação cautelar e da ação de obrigação de fazer e não fazer. Hoje, no regime do CDC, são admissíveis todas as espécies de ação (art. 83) e, o que é mais importante, o tratamento coletivo de interesses individuais homogêneos.

Atento às dificuldades que a doutrina e a jurisprudência têm tido para a caracterização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, Nelson Nery Júnior apresenta-nos um método simples e eficaz para que se faça corretamente tal qualificação: identificar o interesse a partir da pretensão a ele relativa. Veja-se:

> A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o *Bateau Mouche IV*, que teve lugar no Rio de Janeiro recentemente, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.[12)]

Nas ações judiciais, para identificar os interesses discutidos, devemos verificar qual *o pedido* formulado. E será comum encontrarmos, na mesma petição inicial, pedidos relativos a mais de uma espécie de interesse coletivo.

Imaginemos um exemplo mais recente, como o do caso do automóvel Volkswagen Fox[13)]. Uma só sentença poderia obrigar o fornecedor a adequar o mecanismo de ampliação do porta-malas (trava do banco traseiro) de todas as unidades a serem fabricadas (interesse difuso dos futuros adquirentes ou usuários), obrigar a empresa a chamar todos os milhares de adquirentes diretos ou secundários para corrigir o defeito (interesse coletivo em sentido estrito) e ainda condenar genericamente o profissional a indenizar todos os indivíduos que tiveram o dedo mutilado ao manipular o dispositivo defeituoso (interesse individual homogêneo). Nesse último aspecto, a sentença condenatória genérica poderia ser executada por iniciativa de cada indivíduo, através do processo de liquidação por artigos (provando-se fatos específicos). Não importa se seriam cinco ou seis ou sete ou trezentas as vítimas do acidente, ou se estas residiriam em São Paulo ou Manaus: todas estariam protegidas por normas jurídicas materiais e processuais de ordem pública e interesse social. Todo indivíduo que se encontrasse na situação jurídica declarada na sentença poderia fruir concretamente do direito que lhe fosse devido.

A marcante indisponibilidade dos interesses coletivos

Como dito, as regras processuais do CDC contribuem para a integração do sistema processual de defesa de qualquer interesse coletivo, conforme o disposto no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. O art. 1º, CDC, anuncia que todas as suas normas são de *ordem pública e interesse social* e que elas decorrem da ordem constitucional econômica de proteção (CF/88, art. 170, V). Ou seja, suas normas são cogentes, indisponíveis.

Eros Roberto Grau aponta a ambiguidade contida nas expressões *ordem pública, ordem privada, ordem econômica e ordem social*. Todavia, traça conceito elucidativo do que podemos entender por *ordem pública* ou por *normas de ordem pública*:

> A expressão ordem pública, não obstante, ganha sentido bem definido ao referir o conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas de direito privado (SAVATIER, René,**La théorie des obligations**, p. 165-ss.). Daí, outra expressão,*lei de ordem pública*, isto é, norma jurídica que impacta sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo[14)].

É evidente o alcance social das normas processuais de proteção dos interesses coletivos em sentido lato (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover:

> Muito embora a Constituição atribua ao MP apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).
> A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da CF/88.[15)]

Miremos o exemplo de uma ação de conhecimento cujo pedido vise simplesmente ao reconhecimento dos direitos de consumidores que, cientes de uma decisão judicial de mérito, poderão decidir pela re-ratificação – ou não – de um contrato de adesão contendo cláusulas abusivas. Nessa hipótese, a lição de Ada Pellegrini Grinover é esclarecedora:

> O reconhecimento de direitos aos indivíduos deflui do sistema normativo – e, antes mesmo, do direito natural – sem que se leve em consideração a autonomia da vontade. O direito à vida, à saúde, à segurança, ao ambiente, à propriedade; os direitos dos consumidores, dos contribuintes, dos usuários dos serviços públicos, etc., são assegurados pela Constituição e pelas leis, independentemente da vontade dos beneficiários. Somente quanto à sua efetiva fruição, é que depende ela da vontade e da iniciativa do titular.
> Ora, a tutela jurisdicional dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos, no sistema brasileiro, obedeceu rigorosamente a essa distinção. A ação coletiva, ajuizada pelo órgão público ou pelos entes associativos, em nome próprio e no interesse alheio (art. 91 do CDC), leva simplesmente a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a existência do dano e estipula o dever de indenizar (art. 95 do CDC).
> Cessa, aqui, a substituição processual dos entes legitimados à ação coletiva dos arts. 91 a 100 do CDC. A seguir, a liquidação e a execução da sentença, pelas vítimas ou seus sucessores, será promovida diretamente por estes, ou pelos legitimados às ações coletivas, mas agora a título de representação[16)].

A possibilidade de uma só sentença garantir o acesso de centenas – às vezes de milhares – de indivíduos à Justiça constitui-se no mais importante instrumento jurídico de proteção dos interesses sociais.

Conclusão

Na sociedade da complexidade, os indivíduos permanecem dispersos, espalhados, distanciados dos centros de decisão econômica ou política. É o setor produtivo que determina o que vai ser consumido pelo indivíduo. Este se encontra exposto à crescente profusão de ofertas de produtos muitas vezes inseguros, inúteis ou predestinados à obsolescência rápida: a integridade física do indivíduo é ameaçada gravemente, os desequilíbrios socioambientais tornam-se insuportáveis. O contrato de adesão marca a vida do indivíduo. É o profissional fornecedor que dita a lei do contrato predisposto, que dita a sua vontade unilateral não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade de indivíduos desorganizados. O patrimônio público é ameaçado e violado de forma despudorada.

Essa problemática mostra a importância do tema do acesso coletivo à Justiça. A fragilidade do indivíduo disperso e isolado precisa de uma resposta jurídica. A legislação declara os direitos (e deveres, obviamente) de todos os indivíduos em relação ao meio ambiente, ao controle de agrotóxicos e pesticidas e à proteção do consumidor, dos valores culturais, dos deficientes físicos, da criança e adolescente, do idoso, da ordem urbana, da ordem econômica, do patrimônio público. Toda essa temática importa a todo o indivíduo, de forma expressamente reconhecida na lei. Por isso, tais assuntos são legalmente declarados de interesse social indisponível para o efeito de acesso coletivo de indivíduos titulares de direitos à Justiça. Sempre é bom dizer o óbvio: a sociedade é constituída de indivíduos, de uma diversidade de indivíduos potencialmente aptos a fruírem seus direitos.

---

[1] Veja a lição da doutrina francesa, em relação ao consumidor: *"Tout citoyen qui s'estime lésé a théoriquement la liberté de saisir un tribunal pour obtenir justice. Mais il s'agit là d'une liberté toute formelle, dont l'exercice est entravé par le poids des réalités. Parmi les consommateurs qui ont des griefs envers les professionnels, rares sont ceux qui intentent individuellement une action en justice. Des obstacles les dissuadent de le faire: raisons psychologiques, la difficulté de savoir quel est le tribunal compétent, la complexité de la procédure, l'ésotérisme du langage juridique, jusqu'à la robe des magistrats et des avocats, font naître chez le simple citoyen l'impression que la justice est un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer; la lenteur de la justice; le coût du procès".* (CALAIS- AULOY, Jean.**Droit de la Consommation**. 3. ed., Paris: Dalloz, 1992. p. 353-354).
A esse respeito: "O sistema judicial não está suficientemente aparelhado para solucionar o grande número de litígios que decorrem das relações de consumo. A garantia constitucional de acesso ao serviço público prestado pelo poder judiciário amiúde se frustra. Barreiras de toda ordem nos impedem de ter acesso ao serviço jurisdicional, impossibilitando a concretização dos direitos conferidos pela ordem jurídica, comprometendo ainda mais o combalido sentimento jurídico do povo e agravando o fenômeno da anomia social. Fatores econômicos, culturais, psicológicos, dentre outros, impedem que a maior parte da população tenha assegurado seu direito de acesso ao serviço jurisdicional" (COSTA, Geraldo de Faria Martins da.Acesso frutífero à Justiça e a realização dos direitos in **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, nº 1, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1997. p. 53).

[2] Por todos, conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra.**Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

[3] Nesse sentindo, conferir: DIEBOLT, Serge.**Le droit en mouvement – Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques**. Thése: Paris X, 2000.

[4] Nesse sentido: COSTA, Geraldo de Faria Martins da.**Consumidor e profissional**: contraposição jurídica básica. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29.

[5] NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 621.

[6] Veja, por todos, ALMEIDA, Gregório Assagra.**Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[7] WATANABE, Kazuo.**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 503.

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa.**A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro**. RF n. 276/1.

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini.A Ação Civil Pública e a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 5, jan-mar 1993. p.209.

[10] ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. São Paulo: RT, 1993. p. 30.

[11] ZAVASCKI, 1993, p. 34.

[12] NERY JÚNIOR, 1992, p. 619.

[13] No dia 20/04/2008, os grandes jornais brasileiros estampavam um comunicado da Volkswagen, que, após relutar,

chamara o consumidor para corrigir um grave defeito no sistema de travamento do banco traseiro (veja *Estado de Minas* p. 20).

[14] GRAU, Eros Roberto.**A ordem econômica de 1988** (interpretação e crítica), 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 63.

[15] GRINOVER, 1993, p. 213.

[16] GRINOVER, 1993, p. 218

3.4. Anotações sobre recurso especial e recurso extraordinário em ação civil pública

Em segunda instância, uma das funções fundamentais na proposta de trabalho que norteia a atuação dos integrantes da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos é a efetiva atuação como parte, e não como parecerista, *custos legis*. Em consequência desse compromisso com o resultado da ação proposta pelo Promotor de Justiça, a insurreição contra a sucumbência é fator de destaque.

Os mecanismos processuais colocados à disposição, visando à obtenção de reforma ou cassação do acórdão desfavorável, não abrangem espectro muito amplo, restringindo-se basicamente aos recursos extraordinário e especial, bem como aos agravos contra a inadmissão deles.

Como sabido, a admissão dos recursos para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é extremamente restritiva e plena de requisitos, muitos dos quais inatingíveis, o que faz com que o cuidado para o preenchimento de todas as exigências comece já da peça de ajuizamento da ação civil pública.

Questões como o prequestionamento, fuga da matéria unicamente fático/probatória, obtenção do correto dissídio jurisprudencial muitas das vezes refogem da atuação exclusiva em segunda instância, dada a preclusão de algumas etapas. O mecanismo repetitivo da interposição de embargos declaratórios tão-somente para obtenção de uma pega para a admissão é cada vez mais rejeitado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e conta com o apoio do STF e STJ quando do julgamento dos agravos interpostos contra a admissão dos recursos especiais e extraordinários[1]. A matéria sujeita ao Recurso Extraordinário encontra-se regida em sede constitucional, art. 102, III:

> "III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar dispositivo desta Constituição;
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45/04)
> § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45/04)"

Como se vê, a EC nº 45/2004 trouxe algumas modificações significativas, inclusive no que se refere ao espectro de matérias sujeitas ao RE. Exemplo disso são a alínea d, que trata de lei local, e a nova medida restritiva, incluída no § 3º, que agora pede seja demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto. Busca-se, com isso, evitar que questões casuísticas e restritas ao recorrente e recorrido sejam objeto de análise pela mais alta Corte do País. A sistemática dessa análise encontra-se descrita no Código de Processo Civil, art. 543-A.

Como destaque, cumpre lembrar que a ampliação trazida pela alínea d do inciso III do art. 102 da CF/88 não resolveu questão recorrente em nosso trabalho, que é o questionamento, via controle incidental de constitucionalidade e/ou confronto com norma federal, de normas locais tributárias ou previdenciárias, cuja vedação legal advém do § 1º inserido no art. 1º da Lei nº 7.347/85 e que impede, como exemplo clássico, a discussão, por meio de ACP, das inúmeras taxas de iluminação pública criadas pelas Prefeituras como meio de angariar recursos de maneira sabidamente inconstitucional.

A questão da repercussão geral vem sendo contornada ou mesmo solvida pelo entendimento de que o desempenho das atividades do Ministério Público na defesa da sociedade é por si só relevante, uma vez que nesse mister há presunção da relevância, ou seja, nas ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais, a repercussão geral se *opera iure et de iure*, pois tal defesa é inerente a toda a coletividade e os legitimados o são pelo próprio texto constitucional.

Porém, é de bom alvitre que, quando da interposição das ações, essa relevância já seja destacada, sendo também recomendável que a abrangência das ações extrapole os limites da comarca, quando possível, com a

propositura de ações pelos Centros de Apoio da Capital, como por exemplo, na área do consumidor.

As súmulas aplicáveis ao recurso extraordinário e que servem de limitador preferencial para a sua admissão são basicamente as mesmas que se aplicam aos recursos especiais, daí por que muitas vezes são citadas com numeração divergente.

Podem ser destacadas as principais, retiradas da sinopse feita por Teotônio Negrão em seu Código de Processo Civil:

> "Súmula nº 279 do STF ou 7 do STJ (Questão de fato): 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário'".
>
> "Súmula nº 281 do STF e Súmula nº 207 do STJ (Decisão recorrível): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada'".

Cumpre destacar que o recurso extraordinário interposto com desobediência à Súmula 281 deve ser reiterado, quando a decisão se tornar final, para que possa ser conhecido, providência que se mostra necessária nos casos em que, após a parte recorrer, o Ministério Público, que tem vista posterior, em vez de simplesmente ofertar contra-razões, oferecer embargos de declaração, que integrarão o acórdão, obrigando a ratificação do recurso.

> "Súmulas nº 282 e nº 356 do STF (Prequestionamento): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'".

O objetivo deste trabalho não é ensinar ou mesmo explicar o que venha a ser prequestionamento, objeto de longas dissertações doutrinárias e inúmeros posicionamentos jurisprudenciais. Porém, não custa lembrar que o mais eficiente prequestionamento é o comparativo, ou seja, aquele que aborda a norma discutida em confronto com a norma desejada – espelho. Normalmente, por serem as normas constitucionais principiológicas (moralidade, legalidade, ampla defesa, etc), esse questionamento fica subentendido, ao invés de ser explicitado e fundamentado já na petição inicial. Assim, por exemplo, a contratação irregular de servidores pode ferir o art. 37 da Constituição Federal em tese, e para que ela seja efetivada no caso concreto, como prequestionamento, deve ser explicado porque aquela contratação específica feriu o texto constitucional especificamente.

> "Súmula nº 284 do STF (Fundamentação deficiente): 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'".
>
> "Súmula nº 292 do STF (Admissão parcial): 'Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, n. III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros'".
>
> "Súmula nº 355 do STF (Acórdão parcialmente embargável): 'Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida'".

Quanto ao Recurso Especial, sua previsão também tem sede constitucional, art. 105, III:

> "III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04).
> c) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

Como se vê, também aqui, a EC nº 45/2004 inseriu a questão da lei local, como havia feito na alínea d, referente a recurso extraordinário.

Como destaque, deve ser lembrado que o Código de Processo Civil, em seu art. 541, parágrafo único, prevê que:

> "[...] quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Redação dada pela Lei nº 11.341/2006)"

Ou seja, foi assimilado o novo instrumento de pesquisa de jurisprudência, que é a internet.

Também como novidade – se assim se pode chamar – a retenção em primeira instância, prevista no art. 542, § 3º:

> "O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998)"

Esse cuidado, ou, melhor dizendo, a falta dele, é responsável por grande parte da inadmissão de recursos opostos em agravos e que poderiam ser pertinentes (cerceamento de defesa, por exemplo) os quais, entretanto, perdem sua valia por não serem conhecidos quando da inadmissão do recurso contra a decisão final.

Suspensão de segurança: sentenças e liminares

Outro foco de atuação dos integrantes da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos é a obtenção de suspensão de liminares ou de efeitos de sentenças ou acórdãos que colidam com o interesse manifestado nas ações civis públicas.

Tal providência, prevista na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, vem se mostrando extremamente necessária, como nas questões dos bingos e afins.

O § 6º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 permite a interposição do agravo de instrumento simultaneamente ao pedido de suspensão dos efeitos da liminar, sendo certo ainda que esse último instrumento constitui medida excepcional e de aplicação restrita. Caberá ao Presidente do Tribunal obstar os efeitos da decisão judicial quando, comprovadamente, caracteriza risco de lesão aos institutos jurídicos dispostos na legislação *supra*, uma vez que se cuida de conteúdo eminentemente político, cujo procedimento é utilizado, como exceção, pelo Judiciário (Agravo Regimental na Petição nº 2000.02.01.059446-9/ES. Plenário do TRF da 2ª Região. Rel. Juiz Alberto Nogueira. j. 09/11/2000, **DJU** 04/01/2001).

O art. 4º da lei citada prevê a possibilidade de suspensão da execução da decisão em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Portanto, a explicitação desde a inicial do que seria a presumível lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas caso não atendido o pedido formulado pelo Ministério Público é um excelente mecanismo para a obtenção dessa providência judicial em segunda instância.

[1)] A pretexto de prequestionar determinado tema, não pode o recorrente embargar de declaração o acórdão, suscitando questão nova, não agitada até o momento; neste caso, a omissão não é do acórdão, mas da parte (RTJ 107/412). No mesmo sentido, entre outros: RTJ 107/827, 109/371, 109/415, 113/789, 115/866, 122/393, 152/243, 152/648 . Assim: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao afirmar que o tema constitucional suscitado originariamente em embargos de declaração não enseja o seu prequestionamento" (STF-2ª Turma, AI 220.472-9-PE-AgRg, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/10/98, negaram provimento, v.u., **DJU** 16/04/99, p. 11).

3.5. Jurisprudência

Repercussão Geral

> “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA. PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 543-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Inobservância ao que disposto no art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar sobre a repercussão geral na petição de recurso extraordinário, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes. 2. A ausência dessa preliminar na petição de interposição permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal negue, liminarmente, o processamento do recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem (13, V, c, e 327, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 3. Cuida-se de novo requisito de admissibilidade que se traduz em verdadeiro ônus conferido ao recorrente pelo legislador, instituído com o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional almejada. 4. O simples fato de haver outros recursos extraordinários sobrestados, aguardando a conclusão do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, não exime o recorrente de demonstrar o cabimento do recurso interposto. 5. Agravo regimental desprovido. (RE-AgR 569476/SC - SANTA CATARINA- AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO- Relator(a): Min. GILMAR MENDES-Julgamento: 02/04/2008 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno)”.

Patrimônio Público

STJ

> “CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE.
> 1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas.
> 2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos *direitos* transindividuais (*difusos* e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei nº 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos *direitos*, quando ameaçados ou violados.
> 3. Com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, 'para a proteção do patrimônio público e social', o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.
> 4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados.
> 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 592693 / MT-RECURSO ESPECIAL 2003/0175080-7 – Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Data Julgamento: 07/08/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 27/08/2007 p. 190)

> “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO

SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.
1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.
2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei nº 8.429/92).
3. Segundo o art. 11 da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).
4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.
5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.
6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei nº 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).
7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.
8. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL nº 880.662 - MG (2006/0170488-9 – Relator: Ministro Castro Meira – Data Julgamento: 15/02/2007)".

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.
1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração.
2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido. (RECURSO ESPECIAL nº 513.576 - MG (2003/0054006-5) – Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 3/11/2005)".

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ART. 11 DA LEI nº 8.429/92 - NECESSIDADE DA CORTE DE ORIGEM MANIFESTAR-SE SOBRE LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - OMISSÃO RELEVANTE - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.
1. O Tribunal a *quo* não atentou para o fato de que os atos de improbidade, a teor do art. 11 da Lei nº 8.429/92, também se configuram mesmo quando inexistente lesão ao erário público ou enriquecimento ilícito dos réus.
2. 'A existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC.' (REsp 839.468/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 13/11/2006).
3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, a fim de que os autos retornem ao Tribunal a *quo* para o julgamento completo dos embargos de declaração. (RECURSO ESPECIAL nº 736.656 - MG (2005/0045562-2) – Relator: Ministro Humberto Martins – Data do Julgamento: 06/02/2007)".

> “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE.
> 1. Não é admitida, em instância especial, revolvimento de matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).
> 2. Não há omissão no acórdão que fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo recorrente.
> 3. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (RECURSO ESPECIAL nº 721.194 - MG (2005/0001284-9) – Relatora: Ministra Eliana Calmon – Data do Julgamento: 12/06/2007)”.

> “ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO 'AGENTES PÚBLICOS'. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.
> 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei nº 8.429/92.
> 2. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a administração pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).
> 3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.
> 4. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.
> 5. Ademais, a efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula nº 07.
> 6. Em conseqüência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improbo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula nº 07, do STJ.
> 7. Recursos parcialmente providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeteram às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (RECURSO ESPECIAL nº 495.933 - RS (2002/0172299-5) – Relator: Ministro Luiz Fux – Data do Julgamento: 16/03/2004)”.

> “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA
> 1. A falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo,na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, não tem o condão de provocar a nulidade do processo.
> 2. Ainda que assim não fosse, permaneceria a impertinência subjetiva da alegação haja vista que o beneficiário somente poderia nulificar o processo se descumpridas garantias que lhe trouxessem prejuízo. Princípio da Instrumentalidade das Formas no sentido de que “não há nulidade sem prejuízo” (art. 244, do CPC)
> 3. A solução acerca da validade do contrato é uniforme para todos os partícipes do negócio jurídico inquinado de ilegal, por isso que, a defesa levada a efeito pelo Subsecretário e pelo próprio Prefeito, legitimados passivos, por força do pedido condenatório, serviu, também, à Municipalidade, em razão da *Unitariedade do Litisconsórcio* em função do qual a decisão homogênea implica em que os atos de defesa aproveitem a todos os litisconsortes. É o que se denomina de *regime de interdependência dos litisconsortes* no denominado litisconsórcio unitário.
> 4. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público a

> legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.
> 5. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 6. *In casu*, a ação civil pública foi intentada para anular contrato firmado sem observância de procedimento licitatório cujo objeto é a prestação de serviços de fiscalização, arrecadação e cobrança do IPVA, bem como reivindicar o ressarcimento causado ao erário. Nesses casos o que se pretende não é só a satisfação de interesses da coletividade em ver solucionado casos de malversação de verbas públicas, mas também o interesse do erário público.
> 7. O recorrente não apontou o dispositivo que entendeu violado, no que se refere ao alegado prejuízo a ele ocasionado restando, assim, deficiente a fundamentação desenvolvida, neste ponto, atraindo a incidência do verbete sumular nº 284, do STF.
> 8. A alegação de que a atividade da contratada não se reveste de cunho fiscalizatório de tributo não tem o condão de legitimar a não observância do procedimento licitatório, vale dizer, o fato de existir previsão legal de formação de convênio entre Estado e Município para facilitar a atividade fiscalizatória do fisco, o que não ocorreu, conforme noticiado pelo Ministério Público, não significa afirmar que uma empresa pode ser contratada para prestação de serviços sem prévia licitação.
> 9. A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, da Lei nº 8.666/93) demanda reexame de matéria fático probatória, o que é defeso à esta Corte Superior, a teor do verbete sumular nº 07/STJ, muito embora seja cristalina a ausência de notória especialização para os serviços *in foco*.
> 10. Recurso parcialmente conhecido, porém, desprovido. (RECURSO ESPECIAL nº 408.219 - SP (2002/0009023-2) – Relator: Ministro Luiz Fux – Data do Julgamento: 24/09/2002)".

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE.
> 1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas.
> 2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei nº 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados.
> 3. Com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, 'para a proteção do patrimônio público e social', o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.
> 4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados.
> 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 592693/MT-RECURSO ESPECIAL 2003/0175080-7 – Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Data do Julgamento: 07/08/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 27/08/2007 p. 190 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA)".

STF

> "RECLAMAÇÃO nº 5081
> Relator: Ministro Cezar Peluso
> Reclamante: Damião Zelo de Gouveia Neto
> Reclamado: JD Comarca de Soledade - Paraíba

> DECISÃO: 1. Trata-se de Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por Damião Zelo Gouveia Neto, ex-prefeito do Município de São Vicente do Seridó-PB, após três legislaturas consecutivas (1989-1992/1997-2000/2000-2004), contra o Juízo da Segunda Serventia Judicial da Comarca de Soledade-PB, no qual tramitam oito Ações Civis Públicas por ato de improbidade administrativa: 019.2005.000151-9; 019.2003.000658-9; 019.2005.000943-0; 019.2005.001202-0; 019.2005.000064-5; 019.2005.00105-0; 019.2005.000.579-2, e 019.2007.000116-9.
> O pedido funda-se em que as decisões ofenderiam os julgamentos desta Corte nas Reclamações 2138 e 4895.
> Sustenta o reclamante, em síntese, que como ex-prefeito ostentaria a qualidade de agente político, razão pela qual não se lhe aplicaria a Lei de Improbidade (nº 8.429/92), mas, sim, a Lei nº 1079/50 ou o Decreto-Lei nº 201/67. Embora ciente de que o julgamento da Rcl nº 2138 ainda não foi concluído, alega que há grande probabilidade de que prevaleça o voto do Ministro Relator, *NELSON JOBIM*, para quem os agentes políticos não se sujeitam à lei de improbidade, como os demais agentes públicos, haja vista que seu regime, por suas essenciais particularidades, é o de responsabilidade político-administrativa, definido pela Lei nº 1079/50.
> Requer a suspensão dos feitos, que tramitariam em órgão jurisdicional incompetente, em especial porque seus bens estariam na iminência de ser bloqueados.
> 2.Inviável o pedido.
> A reclamação é remédio jurídico que, de previsão constitucional, se presta à dupla função de garantir a autoridade de decisões desta Corte e de preservar-lhe a competência.
> A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que, na primeira hipótese - garantia de suas decisões -, a reclamação só pode ser manejada ante o descumprimento daquelas proferidas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva, desde que, neste último caso, o reclamante deles haja participado (Rcl nº 5027, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 30/03/2007; Rcl nº 4730, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 31/10/2006; Rcl nº 3.847-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/2006; Rcl nº 4.175-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 22/9/2006; Rcl nº 3.051-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 15/09/2006; Rcl nº 2723, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 9/06/2005, e Rcl nº 447, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 31/3/1995).

Ora, o reclamante não é parte nas reclamações cujos julgamentos reputa violados e que carecem dos efeitos que marcam o controle concentrado de constitucionalidade.

> Por fim, não custa advertir que o Plenário desta Corte, ao julgar procedentes as ADINs nº 2.797-DF e nº 2.860-DF, declarou, por maioria, inconstitucionais os § 1º e § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (DJ de 19/12/2006 e *Informativo STF nº 401*). Prevaleceu, a respeito, o entendimento do Relator, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, de que é inconstitucional a regra que estendia o foro especial ao momento posterior à cessação da investidura do agente político. Por essa especial razão, os ex-prefeitos, como o ora reclamante, devem ser julgados pelos juízes de primeira instância, aos quais assiste competência para tal.
> 3.Do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao pedido, porque inadmissível. Oportunamente, arquivem-se.
> Publique-se. Int.
> Brasília, 21 de maio de 2007.
> Ministro CEZAR PELUSO
> Relator
> Decisão publicada em 28/05/2007”

Meio Ambiente

TJMG

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. PRELIMINAR AFASTADA. IMÓVEL RURAL. AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. EXIGÊNCIA LEGÍTIMA. DEVER A SER CUMPRIDO AINDA QUE INEXISTENTE ÁREA DE FLORESTA. SENTENÇA REFORMADA. A averbação de área destinada à reserva legal independe da existência ou não de floresta ou do tamanho da propriedade rural, de modo que não é necessária a produção de prova pericial para se verificarem as características do imóvel. A averbação da reserva legal na matrícula do imóvel tem o fim de lhe dar publicidade e especificá-la, demarcando-a e gravando o imóvel com esse ônus, para conhecimento de todos e para que futuros e eventuais adquirentes do respectivo imóvel rural saibam, exatamente, a localização da reserva legal, com seus limites e confrontações. Essa obrigação a mais, prevista no Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/1965), contribuiu para que se preservem áreas de florestas ou de vegetação nativa, sendo dever legal do proprietário e do futuro adquirente do imóvel respeitar e manter a reserva legal que deve constar da matrícula da propriedade no cartório de registro de imóveis. (AP. CÍVEL nº 1.0499.06.000299-9/001 - RELATOR: DES. ARMANDO FREIRE – Data Julgamento: 12/06/2007 – Data Publicação: 26/06/2007 – 1ª Câmara Cível)".

> "Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Depósitos de entulhos e de lixo urbano. Risco de danos à saúde da população e de degradação de áreas de preservação ambiental. Medidas de prevenção e de recuperação. Falta de atuação do Município. Intervenção do Poder Judiciário. A Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, porque essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225), bem como coloca a garantia do bem estar dos habitantes das cidades como objetivo da política de desenvolvimento urbano, que deve ser executada pelos Municípios (art. 182, caput). A falta de atuação do Município para a preservação das condições vitais dos munícipes, por meio da adoção de medidas concretas e eficazes para impedir o descarte de lixo e de resíduos de construção e de demolição em áreas de preservação ambiental do perímetro urbano, determina a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o primado do interesse social. Confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (AP. CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0672.05.171865-4/002 -RELATOR: DES. ALMEIDA MELO – Data do Julgamento: 24/01/2008 – Data Publicação: 12/02/2008 – 4ª Câmara Cível)".

STJ

> "DIREITO AMBIENTAL. ARTS. 16 E 44 DA LEI nº 4.771/65. MATRÍCULA DO IMÓVEL. AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA FLORESTAL. NECESSIDADE.
> I - A questão controvertida refere-se à interpretação dos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), uma vez que, pela exegese firmada pelo aresto recorrido, os novos proprietários de imóveis rurais foram dispensados de averbar reserva legal florestal na matrícula do imóvel.
> II - '*Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras*' (RMS nº 18.301/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03/10/2005).
> III - Inviável o afastamento da averbação preconizada pelos arts. 16 e 44 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é conseqüência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.
> IV - Recurso Especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 927.979 - MG (2007/0037109-2) – Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 15/05/2007)".

Saúde

STJ

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.
> I - Com relação aos arts. 6º do CPC e 7º da Lei nº 8.080/90, o recurso especial é inviável, sendo aplicável, à espécie, a Súmula nº 211 do STJ, porquanto, a despeito de a recorrente ter oposto embargos de declaração, as questões insertas em tais dispositivos não foram abordadas pela Corte de origem.
> II - Esta Corte já se manifestou no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, visando ao fornecimento de medicamentos a portadores de doenças. Precedentes: REsp nº 819.010/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/06; REsp nº 716.190/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 24/04/06 e REsp nº 716.512/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 14/11/05.
> III - Na ação civil pública, a teor do art. 16 da Lei nº 7.347/85, o provimento jurisdicional deve-se limitar à abrangência do órgão prolator. Precedentes: EREsp nº 293.407/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 01/08/06 e REsp nº 642.462/PR, Rel. Min. ELIANA, DJ de 18/04/05.
> IV - Recurso especial improvido. (RECURSO ESPECIAL nº 838.978 - MG (2006/0076220-0) Relator: Ministro Francisco Falcão – Data do Julgamento: 28/11/2006)".

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. IDOSO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.
> 1. A Primeira Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16/10/2006, p. 279; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11/9/2006, p. 220.
> 2. Ademais, o art. 74, I, da Lei nº 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público *"instaurar o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso"*.
> 3. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei nº 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente.
> 4. Desprovimento do recurso especial. (RECURSO ESPECIAL nº 860.840 - MG (2006/0126626-8) – Relatora: Ministra Denise Arruda – Data do Julgamento: 20/03/2007)".

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.
> 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
> 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).
6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.
7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.
8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".
9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712 /RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).
10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. (REsp 817710 / RS-RECURSO ESPECIAL-2006/0027536-2 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Data do Julgamento: 17/05/2007 – Data da Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 364 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA)".

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.
1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16/10/2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11/09/2006.
2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 7/05/2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6/06/2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4/10/2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/10/2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22/9/2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21/9/2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/4/2006.
3. Embargos de divergência providos. (EREsp 684162/RS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2005/0162771-4 - Ministra DENISE ARRUDA - S1 - PRIMEIRA SEÇÃO – DATA JULGAMENTO: 24/10/2007 – DATA PUBLICAÇÃO: DJ 26/11/2007 p. 112)".

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200, e 201 DO DA LEI nº 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE,*IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.
1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os *difusos*, os coletivos e os individuais homogêneos.
2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/88 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses *difusos* referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a

Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a AçãoCivil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses *direitos* eclipsados por cláusulas pétreas.
3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).
6. In casu, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita.
7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.
8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.
9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).
10. O art. 461, § 5º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a 'imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial', não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.
11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.
12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.
13. Os *direitos* fundamentais à vida e à saúde são *direitos* subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1º: “Art. 1º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente”. 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.
15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores

> fundamentais por ele eclipsados.
> 16. *In casu*, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento necessário ao desenvolvimento de portador de cardiopatia congênita.
> 17. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.
> 18. Recurso especial desprovido. (REsp 869843/RS-RECURSO ESPECIAL-2006/0152570-3 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Data Julgamento: 18/09/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 15/10/2007 p. 243 – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA)".

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.
> 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os *difusos*, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/88 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses *difusos* referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses *direitos* eclipsados por cláusulas pétreas.
> 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
> 4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
> 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129).
> 6. In casu, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.
> 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.
> 8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'.
> 9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010 / SP, DJ 2/05/2006).
> 10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.
> (REsp 817710/RS-RECURSO ESPECIAL-2006/0027536-2 – Relator: Ministro LUIZ FUX – Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Data Julgamento: 17/05/2007 – Data Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 364)".

TJMG

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ESTADO DE MINAS GERAIS - LEGITIMIDADE 'PASSIVA AD CAUSAM'. Tendo em vista que se aplica o princípio da descentralização das atividades do SUS, o Estado de Minas Gerais possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação civil pública, que visa ao fornecimento de medicamentos. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE

> MEDICAMENTO ESSENCIAL - DIREITO FUNDAMENTAL - PRIORIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. O direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos, mas de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, a vida. Percebe-se, pois, que o direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento. Consoante art. 18 da Lei nº 7.347/85, serão cabíveis honorários advocatícios em ação civil pública apenas em caso de comprovada litigância de má-fé.
> V.V.
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MEDICAMENTO - LISTA DOS EXCEPCIONAIS - FIXAÇÃO DOS CRITÉRIOS - MINISTÉRIO DA SAÚDE.FORNECIMENTO GENÉRICO - PESSOAS INCERTAS - CASOS FUTUROS - INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO - SENTENÇA REFORMADA. É evidente a ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, que não pode incluir medicamentos na lista dos excepcionais, pois tal inclusão se dá por Portaria do Ministério da Saúde, dirigida a todas as Secretarias Estaduais de Saúde do País. A determinação judicial de que o Estado forneça, gratuitamente, medicamentos a pessoas que ainda não o solicitaram, se mostra inaceitável, seja por constituir indevida invasão da competência do Poder Executivo, seja porque cada caso exige exame específico de necessidade do medicamento, e da incapacidade financeira de custeio do tratamento. (AP. CIVEL / REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0024.03.031752-3/001 (CONEXÃO APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO nº 1.0024.03.151748-5/001) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 3 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES – Data do Julgamento: 25/10/2007 – Data da Publicação: 8/11/2007 – 4ª Câmara Cível)".

Jurisprudência para aprofundamento no assunto

Vale, como referência, este extrato de jurisprudência, formulado pela estagiária Paula Cançado e que pode ser utilizado, pelo número dos processos, para a obtenção de julgados específicos.

STF

AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PEÇA OBRIGATÓRIA

- AI-AgR nº 493303 Ausência das peças obrigatórias à formação do instrumento.
- AI-AgR nº 511426 Falta de cópia das contra-razões ao recurso extraordinário ou de certidão de sua inexistência. Ausência nos autos do processo original.
- AI-AgR nº 593729 É dever processual da parte zelar pela correta formação do instrumento, não se admitindo a juntada posterior de documento.

FALTA DE EXPLICITAÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

- AI-AgR nº 588885 A indicação correta do dispositivo constitucional autorizador do recurso extraordinário – artigo, inciso e alínea – é requisito indispensável ao seu conhecimento, a teor do art. 321 nº do RISTF e da pacífica jurisprudência do Tribunal.

- AI-AgR nº 639401 A parte agravante não indicou o dispositivo constitucional violado.

LEGITIMIDADE

- RE-AgR nº ED 470135 O Ministério Público tem legitimidade para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação.
- RMS nº 25627 O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem, na forma do art. 10 da Lei nº 1.533/51, tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança.

MEDICAMENTOS

- AI-Ag nº R 616551 Fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado.

NÃO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA

- RE-AgR nº 545580 O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade são preenchidos, e um deles é o de que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição Federal). A decisão monocrática que negou seguimento ao recurso inominado do INSS não esgotou as vias recursais ordinárias, porquanto ainda era cabível o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.
- AI-AgR nº 612508 A decisão monocrática proferida no agravo de instrumento não esgotou as vias recursais ordinárias.
- AI-AgR nº 616654 art. 102, III, da Constituição Federal.

OFENSA INDIRETA

- AI-AgR nº 546720 Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.
- AI-AgR nº 548972 O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta.
- AI-AgR nº 549046 O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta.
- AI-AgR nº 644272 Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.
- RE-AgR nº 548047 Ofensa constitucional indireta.

PATRIMÔNIO PÚBLICO

- RE-AgR nº 372658 O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público.
- AI-AgR nº 642034 O Ministério Público, como substituto processual de toda a coletividade e na defesa de autêntico interesse difuso, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público.
- RE-AgR nº 262134 O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consume lesão ao patrimônio público.

PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO

- RE-AgR nº 230645 Verifica-se a superveniente perda de objeto do presente recurso, em que se discute, em autos de agravo de instrumento, a legitimidade ativa do Ministério Público, quando há sentença de mérito que substitui a decisão impugnada.
- Rcl-AgR nº 2246 Extinção da reclamação por perda do objeto superveniente.

PREQUESTIONAMENTO

- AI-AgR nº 651178 O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas nº 282 e nº 356 do Supremo Tribunal Federal.
- AI-AgR nº 548972 Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência da Súmula nº 282 e nº 356 do STF.
- AI-AgR nº 670689 Falta de prequestionamento.
- AI-AgR nº 680734 Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas nº 282 e nº 356 deste Supremo Tribunal Federal.

REPERCUSSÃO GERAL

- AI-QO nº 664567 O requisito constitucional da repercussão geral (CF/88, art. 102, § 3º, red. EC 45/04), com a regulamentação da Lei nº 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral e, em conseqüência, às causas criminais.
- AI-AgR nº 612525 Revela-se inadmissível o recurso extraordinário, quando a alegação de ofensa resumir-se ao plano do direito meramente local (ordenamento positivo do Estado-membro ou do Município), sem qualquer repercussão direta sobre o âmbito normativo da Constituição da República.
- AI-AgR nº 637489 Revela-se inadmissível o recurso extraordinário, quando a alegação de ofensa resumir-se ao plano do direito meramente local (ordenamento positivo do Estado-membro ou do Município), sem qualquer repercussão direta sobre o âmbito normativo da Constituição da República.

CURIOSIDADES

- RE nº 424993 Controle de Constitucionalidade em Ação Civil Pública.
- AI-AgR nº 362138 É inconstitucional toda exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens, para admissibilidade de recurso administrativo.
- AI-AgR nº 627773 Não cabe recurso extraordinário para rever os requisitos de admissibilidade de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso especial cujo seguimento foi negado pelo STJ.
- AI-AgR nº 627051 O exame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial compete exclusivamente ao STJ e não ao STF.
- AI-AgR nº 637489 Não cabe recurso extraordinário quando interposto com objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório.

4. Procuradoria de Justiça Cível

[1)]

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa*

- 4.1. Normatização básica
- 4.2. Natureza, estrutura e finalidade
- 4.3. Racionalização de intervenção do Ministério Público no processo civil
- 4.4. Atuação da Procuradoria de Justiça Cível
- 4.5. Banco de dados

[1)] O autor desta área na 1ª edição da presente obra foi o *Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques*. Na segunda edição, os autores foram: *Desembargador Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques (ex-Procurador de Justiça)*, *Maria Aparecida Rodrigues Jabour* e *Marco Antonio Marques Parminondi*.

4.1. Normatização básica

Lei Complementar Estadual nº 34,de 12 de setembro de 1994

[...]
Art. 4º - São órgãos do Ministério Público:

I - da administração superior:

a) a Procuradoria-Geral de Justiça;

[...]
Seção VI - Das Procuradorias de Justiça

[...]
Art. 52 - As Procuradorias de Justiça são órgãos da administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhes forem cometidas por lei.

Art. 53 - As atribuições das Procuradorias de Justiça e dos cargos de Procurador de Justiça serão fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pela Câmara de Procuradores de Justiça.

§ 1º - A exclusão, a inclusão ou outra modificação nas atribuições das Procuradorias de Justiça e dos cargos de Procurador de Justiça serão fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pela Câmara de Procuradores de Justiça.

§ 2º - A remoção, mesmo por permuta, nas Procuradorias de Justiça será feita, em qualquer época, a requerimento dos interessados e por ato do Procurador-Geral de Justiça.

Art. 54 - A divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos definidos pela Câmara de Procuradores de Justiça, ressalvada a possibilidade de cada Procuradoria de Justiça definir, por consenso, a distribuição.

Art. 55 - As Procuradorias de Justiça, nominadas de Procuradorias de Justiça Cível, Criminal, de Contas e Especializada, terão coordenadores e substitutos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, competindo-lhes, sem prejuízo das normais atribuições:

I - propor ao Procurador-Geral de Justiça a escala de férias e a atuação de seus integrantes em plantões forenses;

II - promover reuniões mensais internas para fixação de orientações, sem caráter vinculativo, e para deliberação sobre matéria administrativa, com comparecimento obrigatório, salvo motivo justificado;

III - organizar a biblioteca e o arquivo geral da Procuradoria de Justiça, recolhendo e classificando as cópias de todos os trabalhos forenses elaborados pelos seus integrantes, bem como o material legislativo, doutrinário e jurisprudencial de interesse;

IV - remeter ao Corregedor-Geral do Ministério Público relatório anual das atividades;

V - encaminhar à Procuradoria-Geral de Justiça sugestões para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público;

VI - fiscalizar a distribuição equitativa dos autos ou outro expediente em que deva funcionar Procurador de Justiça;

> VII - organizar os serviços auxiliares da Procuradoria de Justiça, distribuindo tarefas e fiscalizando trabalhos executados.
>
> Art. 56 - O Procurador-Geral de Justiça poderá instituir Procuradorias de Justiça Especializadas para a interposição de recursos junto aos Tribunais locais e Superiores.

Para conferir o teor da referida lei na íntegra, vale consultar o endereço eletrônico http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&ano=1994.

Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993

> [...]
>
> Art. 6º São também órgãos de Administração do Ministério Público:
>
> I - as Procuradorias de Justiça;
>
> [...]
>
> SEÇÃO V - Das Procuradorias de Justiça
>
> Art. 19. As Procuradorias de Justiça são órgãos de Administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhe forem cometidas pela Lei Orgânica.
>
> § 1º É obrigatória a presença de Procurador de Justiça nas sessões de julgamento dos processos da respectiva Procuradoria de Justiça.
>
> § 2º Os Procuradores de Justiça exercerão inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público.
>
> Art. 20. Os Procuradores de Justiça das Procuradorias de Justiça civis e criminais, que oficiem junto ao mesmo Tribunal, reunir-se-ão para fixar orientações jurídicas, sem caráter vinculativo, encaminhando-as ao Procurador-Geral de Justiça.
>
> Art. 21. A divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores, que visem à distribuição eqüitativa dos processos por sorteio, observadas, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie dos feitos.
>
> Parágrafo único. A norma deste artigo só não incidirá nas hipóteses em que os Procuradores de Justiça definam, consensualmente, conforme critérios próprios, a divisão interna dos serviços.
>
> Art. 22. À Procuradoria de Justiça compete, na forma da Lei Orgânica, dentre outras atribuições:
>
> I - escolher o Procurador de Justiça responsável pelos serviços administrativos da Procuradoria;
>
> II - propor ao Procurador-Geral de Justiça a escala de férias de seus integrantes;
>
> III - solicitar ao Procurador-Geral de Justiça, em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo.

Para conferir o teor da referida lei na íntegra, vale consultar o endereço eletrônico http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm.

Regimento Interno da Procuradoria de Justiça Cível junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais

> Art. 1º As reuniões das Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça serão realizadas, ordinariamente, na terceira quarta-feira de cada mês, às 14 horas, em primeira convocação, e às 14h30, em segunda convocação, mediante prévia publicação no órgão oficial dos poderes do Estado, Diário da Justiça, com a indicação da respectiva pauta.
>
> Art. 2º Na reunião, os trabalhos serão presididos pelo Coordenador das Procuradorias de Justiça Cíveis, cabendo ao Subcoordenador substituí-lo em suas faltas e impedimentos, ou, na ausência deste, ao Procurador de Justiça mais antigo, sucessivamente.
>
> Art. 3º As reuniões serão secretariadas por funcionário designado pelo Coordenador, a quem competirá a lavratura das atas para publicação após aprovação em plenário.
>
> § 1º Os trabalhos serão iniciados com a presença da maioria absoluta de seus membros, em primeira convocação, ou com, no mínimo, um terço dos seus membros, em segunda convocação, considerando-se aprovada a deliberação que obtiver o voto da maioria dos presentes.
>
> § 2º Consideram-se integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça, para efeito de cálculo do quórum para as deliberações, os Procuradores de Justiça Cíveis e os Procuradores com delegação para competência originária cível, excluídos os que estão afastados da distribuição dos feitos por desempenharem funções administrativas ou de assessoria.
>
> Art. 4º O Coordenador e o Subcoordenador das Procuradorias de Justiça Cíveis serão eleitos pelos seus integrantes, para mandato de seis meses, permitida a recondução pelo mesmo período, mediante eleição.
>
> § 1º Na ausência de interessados em assumir a Coordenação das Procuradorias de Justiça Cíveis, fica estabelecido o critério de antiguidade, sendo que o Procurador de Justiça mais novo na entrância assumirá o cargo por um mandato.
>
> § 2º Havendo vacância dos cargos de Coordenador e Subcoordenador, assumirá imediatamente as funções o Procurador de Justiça mais novo na entrância, que dentro do prazo de sessenta dias convocará nova eleição.
>
> Art. 5º Para as matérias de maior complexidade, a Coordenadoria poderá constituir comissões temáticas para estudo e apresentação das propostas.
>
> Art. 6º As teses decorrentes dos entendimentos jurídicos firmados pelas Procuradorias de Justiça Cíveis serão publicadas no órgão oficial a título de orientação institucional, sem caráter vinculativo, precedidas de ementa, e servirão de base para o plano geral de atuação do Ministério Público, na forma prevista no item IV do art. 9º da Resolução nº. 11/98.
>
> Art. 7º A divisão interna dos serviços nas Procuradorias de Justiça Cíveis junto ao Tribunal de Justiça sujeitar-se-á a critérios objetivos que visem à distribuição eqüitativa dos processos por sorteio, podendo consensualmente ser estabelecidas novas regras de distribuição, inclusive por especialização em função da natureza e origem dos feitos, na forma do art. 54 da Lei Complementar nº. 34/94.
>
> §1º. As decisões têm efeito vinculativo quanto aos critérios de distribuição definidos internamente pelas Procuradorias de Justiça Cíveis.

§ 2º. A proposta de redefinição dos critérios de distribuição, que será fundamentada pelo proponente, não poderá ser votada na mesma reunião, salvo manifestação em contrário dos integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis.

Art. 8º As deliberações acerca de assuntos administrativos internos e institucionais deverão ser implementadas no prazo de trinta dias, prorrogáveis por igual período, contados da aprovação.

Parágrafo único. Findo o prazo sem que as referidas deliberações tenham sido concretizadas, as Procuradorias de Justiça Cíveis poderão restringir seus trabalhos na busca do efetivo cumprimento delas, adotando as medidas administrativas ou judiciais cabíveis.

Art. 9º O presente Regimento Interno poderá ser revisto a qualquer tempo, mediante votação por maioria simples dos integrantes das Procuradorias de Justiça Cíveis, que, na primeira sessão do ano, elegerão uma Comissão de Regimento, formada por três membros, à qual incumbe velar pela sua atualização e opinar sobre proposta de reforma.

Art. 10. Os casos omissos serão resolvidos pela Comissão de Regimento.

Art. 11. Este Regimento entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Fica revogado o Regimento Interno publicado em 2 de junho de 2000.

Salão dos Colegiados

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2008.

Derivaldo Paula de Assunção
Procurador de Justiça – Coordenador

Rômulo de Carvalho Ferraz
Procurador de Justiça – Subcoordenador

4.2. Natureza, estrutura e finalidade

A Procuradoria de Justiça Cível é um órgão da administração do Ministério Público, com cargos de Procurador de Justiça e serviços auxiliares necessários ao desempenho das funções que lhes forem conferidas por lei.

Tais órgãos são dirigidos, no âmbito administrativo, por Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça para os cargos de coordenador e subcoordenador.

Os Procuradores de Justiça integrantes da Procuradoria de Justiça Cível, de acordo com a Deliberação PGJCível nº 02, de 22 de maio de 2009, oficiam perante o Tribunal de Justiça do Estado, observando as respectivas áreas de atuação, classificadas em:

- I - Falências e Recuperação de Empresas; Registros Públicos;
- II - Família; Sucessões; Tutelas e Curatelas;
- III - Mandado de Segurança (Competência Originária e Parecer Recursal);
- IV - Habeas Data; Mandado de Injunção; ECA; Conflito de Competência;
- V - Direito Privado.

As referidas áreas são divididas em grupos de Procuradores de Justiça proporcionalmente ao número de feitos por área, estando atualmente distribuídas da seguinte forma:

- I - Grupo A – um Procurador de Justiça;
- II - Grupo B – treze Procuradores de Justiça;
- III - Grupo C – quinze Procuradores de Justiça;
- IV - Grupo D – três Procuradores de Justiça;
- V - Grupo E – três Procuradores de Justiça.

Integra a Procuradoria de Justiça Cível a Assessoria Técnico-Jurídica, criada pela Resolução PGJ nº 56, de 8 de setembro de 2010, cuja finalidade é conferir apoio técnico, jurídico e administrativo à referida Procuradoria, sendo atualmente integrada por doze servidores.

Da mesma forma, conta a Procuradoria de Justiça Cível com o apoio operacional prestado pela Diretoria de Serviço Cível, responsável pela execução das atividades relativas à movimentação de processos e peças judiciárias, unidade integrante da Superintendência Judiciária, cujas funções encontram-se elencadas na Resolução nº 57, de 8 de setembro de 2010.

Atualmente, conta a Procuradoria de Justiça Cível com a atuação de 44 Procuradores de Justiça distribuídos dentre as áreas anteriormente referidas, e 09 Procuradores designados ao desempenho de outras atividades, totalizando 53 membros.

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais relaciona em seu artigo 72 algumas das atribuições afetas aos Procuradores de Justiça Cíveis, entre as quais se destacam:

- a) oficiar e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, inclusive por delegação;
- b) participar, nos tribunais, das sessões de julgamento dos processos em que oficiou, tomando ciência, pessoalmente e mediante vista dos autos respectivos, das decisões proferidas;
- c) interpor, quando for o caso, recursos aos tribunais locais ou superiores, ou sugerir ao Procurador-Geral de Justiça, fundamentadamente, a interposição ou a adoção de outras medidas cabíveis;

- d) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança, requerer correição parcial, bem como propor outras medidas cabíveis perante os tribunais competentes;
- e) informar mensalmente ao Corregedor-Geral do Ministério Público, para efeito de publicação no órgão oficial, a relação de processos não devolvidos no prazo legal, com pareceres ou manifestações cabíveis, identificando a espécie e o número do feito, o nome das partes e indicando, fundamentadamente, as razões de eventual atraso e a data de recebimento dos autos.

4.3. Racionalização de intervenção do Ministério Público no processo civil

Em razão do novo perfil do Ministério Público, traçado pelo artigo 129 da Constituição da República, as funções dos órgãos de execução ganharam novas dimensões, o que acarretou uma carga de trabalho quase invencível, muitas vezes sem a necessária repercussão na finalidade constitucional da instituição.

No intuito de reorientar o desempenho das funções do Procurador e do Promotor de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e a Corregedoria-Geral do Ministério Público editaram as Recomendações nº 01/2001 e nº 03/2007.[1)]

No mesmo sentido, foi ratificada a Carta de Ipojuca (PE), instrumento firmado pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União com vistas à otimização da intervenção do *Parquet* no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República.

[1)] Os respectivos arquivos encontram-se disponíveis na página virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Portal Cível, menu Fundamentação Legal.

4.4. Atuação da Procuradoria de Justiça Cível

Conquanto seja omissa a legislação federal acerca da oitiva e manifestação do Ministério Público antes das decisões proferidas em segunda instância, certo é que a atuação dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça não apenas é imprescindível ao melhor debate da matéria versadas no caso concreto, como também se mostra oportuna à consolidação de jurisprudências em defesa do interesse público.

Sempre voltada ao atendimento do interesse público, a atuação da Procuradoria de Justiça Cível mostra-se a mais ampla possível, podendo ela requerer diligências e ofícios, emitir parecer escrito e fundamento nos processos de sua alçada, participar das sessões de julgamento, interpor recursos junto aos tribunais locais ou superiores, além de estar legitimada a requerer correção parcial e impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança, entre outras medidas.

Somada à atuação junto ao Tribunal, desempenha também a Procuradoria de Justiça Cível importante papel institucional ao coordenar os trabalhos dos grupos de estudos cíveis, promover cursos de aperfeiçoamento aos membros de primeira instância, constituir comissões temáticas e apresentar propostas suficientes a servir de base para o plano geral de atuação do *Parquet*.

4.5. Banco de dados

A Procuradoria de Justiça Cível, com a finalidade de promover um maior intercâmbio de informações entre os membros da instituição, criou, com o apoio operacional da Assessoria Técnico-Jurídica Junto às Procuradorias Cíveis e Criminais, valoroso banco de dados composto de manifestações processuais desenvolvidas em estudos de casos concretos submetidos à apreciação do Parquet, o qual é periodicamente atualizado de modo a auxiliar os membros em segunda instância.

5. Procuradoria de Justiça de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais

Autor/Organizador: *Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza*

O presente texto trata, sinteticamente, de temas recorrentes na interposição de recursos especiais e extraordinários na área penal, quais sejam: pressupostos recursais específicos dos apelos raros, bem como do agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, as medidas cautelares com o objetivo de obter efeito suspensivo aos recursos excepcionais e os embargos de declaração prequestionatórios. Apresentamos também peças práticas, destinadas a subsidiar a atuação dos membros do Ministério Público.

- 5.1. Recursos especial e extraordinário
- 5.2. Medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário
- 5.3. Agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou para o Supremo Tribunal Federal (STF)
- 5.4. Peças práticas

5.1. Recursos especial e extraordinário

Os recursos especial e extraordinário estão previstos, respectivamente, nos arts. 105, inciso III, alíneas “a” até “c”, e 102, III, alíneas “a” até “d”, ambos da CF, nos arts. 496 e seguintes do CPC, e na Lei nº 8.038/90; o extraordinário, ainda, nos arts. 637 e 638 do CPP (veja-se também RISTJ e RISTF).

O sobrestamento de recursos extraordinários “com fundamento em idêntica controvérsia” foi estabelecido pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou o art. 543-B ao CPC, e a suspensão dos recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito” foi inserida pela Lei nº 11.672/08, que incluiu o art. 543-C no mesmo códex.

Os recursos especial e extraordinário devem ser interpostos em petições distintas (art. 541, *caput*, do CPC), no prazo de 15 dias, conforme o art. 28 da Lei nº 8.038/90, já acompanhados de suas razões, nos termos do art. 26 da mesma lei, diferentemente do que ocorre com a apelação criminal, por exemplo, que conta com um prazo para a interposição e com outro para a apresentação de razões.

O recurso deverá sempre indicar o permissivo constitucional, mencionando a alínea, o inciso e o artigo aplicáveis, bem como o dispositivo legal – mesmo no caso de se fundar o recurso em divergência jurisprudencial – ou constitucional violado, sob pena de incidência da Súmula 284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

> “RECURSO – PRELIMINARES – CONTRA-RAZÕES – NATUREZA. As contra-razões não consubstanciam ônus processual, ou seja, meio sem o qual não se possa chegar a determinado desiderato. Revelam-se simples faculdade. Daí por que o silêncio sobre determinada preliminar do recurso ou a falta de apresentação da própria peça não inibem o órgão julgador de examiná-la. As preliminares do recurso são passíveis de apreciação de ofício. FOTOCÓPIA – AUTENTICAÇÃO. A teor do artigo 384 do Código de Processo Civil, “as reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, têm valia desde que o escrivão porte por fé a sua conformidade com o original”. Descabe agasalhar procedimento da própria parte que implique tal conferência, isto por consubstanciar, em última análise, o esvaziamento do dispositivo. Tampouco merece endosso a pretensão de se distinguir de acordo com o envolvimento, na espécie, de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado ou de direito público. As prerrogativas destas últimas hão de estar não só previstas em lei, como também em harmonia com o princípio isonômico, no que exsurge como base de todo regime que se diga democrático. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PERMISSIVO – INDICAÇÃO. A via do extraordinário e das mais estreitas, sobressaindo a boa técnica. A parte recorrente deve atentar para a necessidade de indicar, com precisão, o dispositivo constitucional que o autoriza, apontando artigo, inciso e alínea próprios, tudo como exigido por norma processual recepcionada pela Carta de 1988, ou seja, a do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – artigo 321. Resista-se a tentação, própria ao campo passional, de confundir-se apego excessivo a forma com aplicação da lei, percebendo-se a eqüidistância do órgão investido do ofício judicante, no que, consideradas as partes, imprime tratamento igualitário.
> (RE 187713 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/1995, **DJ** 15-09-1995 PP-29573 EMENT VOL-01800-17 PP-03367).”

> “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO PELO ARESTO COMBATIDO. SÚMULA Nº 284/STF INCIDENTE À ESPÉCIE.
> 1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Eliane Porcellanato Ltda. contra decisão que aplicou a Súmula nº 284 do STF, ao fundamento de que o recurso, para ter acesso à sua apreciação neste Tribunal, deve indicar expressamente o dispositivo violado pelo aresto combatido. Alega-se que houve mero equívoco na elaboração da petição de recurso especial quando, pretendendo apenas demonstrar divergência jurisprudencial, não citou a letra “c” do autorizativo constitucional, mencionando apenas a alínea “a” como fundamentação de seu cabimento.
> 2. Ainda que o recurso se baseie tão-somente na alínea “c” do permissivo constitucional, incabível se ausente a indicação de qual artigo legal fora violado ou tivera sua vigência negada, uma vez que o dissídio jurisprudencial deriva de interpretações divergentes de, ao menos, um dispositivo. Incidência à hipótese da Súmula nº 284 do STF.
> 3. Agravo regimental não-provido.
> (AGA 764.091/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, **DJ** 14.12.2006.

> p. 265)."

Observe-se que a referida Súmula 284 do STF (relativa à deficiência de fundamentação do inconformismo) incide em diversas outras situações, como quando o recurso não ataca, especificamente, todos os fundamentos do acórdão recorrido; quando a argumentação recursal não tem pertinência com o teor do dispositivo tido por violado; quando não explica de que forma o acórdão combatido teria violado a norma; quando há enfrentamento genérico ou ausência de enfrentamento quanto à alegação de violação de normas; quando o recorrente não realiza o confronto analítico, para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial, entre outras.

> "PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
> ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESCONTOS QUE NÃO FORAM EFETIVAMENTE EFETUADOS. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO INATACADOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. QUESTÃO QUE DEMANDARIA O REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
> 1. Não se conhece do recurso especial que não ataca, especificamente, todos os fundamentos do acórdão recorrido, o que se traduz em deficiência de fundamentação, a atrair o enunciado sumular nº 284 do STF.
> 2. Ainda que superado o referido óbice, a inversão do julgado demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, vedado nesta instância especial, a teor da Súmula nº 7 desta Corte Superior.
> 3. Recurso especial não conhecido.
> (REsp 628.755/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2006, **DJ** 24/04/2006, p. 438)."

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – SÚMULA 7/STJ – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 11 DA LEI 8.429/92 – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE.
> 1. Não fica configurado o dissídio jurisprudencial se, do cotejo entre os paradigmas indicados e o acórdão recorrido, não ressalta a existência de julgado consagrando a mesma tese defendida pelo recorrente em suas razões recursais.
> 2. Se o teor do dispositivo tido por violado não guarda pertinência com a argumentação expendida nas razões recursais, tem aplicação o enunciado da Súmula 284/STF, em razão da deficiência da fundamentação do recurso.
> 3. Se os dispositivos legais ditos violados não servem de embasamento a qualquer juízo de valor emitido pelo Tribunal a quo, não se conhece da tese a eles relativa, por ausência de pré-questionamento. Aplicação da Súmula 282/STF.
> 4. Não se conhece, em recurso especial, da tese cuja apreciação implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.
> Incidência da Súmula 7/STJ.
> 5. Não cabe a esta Corte o exame da assertiva de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de se usurpar a competência atribuída ao STF.
> 6. Para a configuração do ato de improbidade, não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.
> 7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
> (REsp 788.352/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, **DJ** 26/09/2007 p. 206)."

> "PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – RETENÇÃO LEGAL – AFASTAMENTO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E FALTA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO – SÚMULAS 284 E 356 DO STF – PROCESSO EXECUTIVO – PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA-EXECUTADA – POSSIBILIDADE – DISPENSÁVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA.
> 1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, haja vista tratar-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título extrajudicial (REsp nº 521.049/SP, de minha relatoria, DJ de 3.10.2005; REsp nº 598.111/AM, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, *DJ* de 21.6.2004).

2 - Se a parte recorrente não explica de que forma o acórdão recorrido teria violado determinado dispositivo, deficiente está o recurso em sua fundamentação, neste aspecto (Súmula 284/STF).
3 - Não enseja interposição de recurso especial matérias não ventiladas no julgado impugnado (Súmula 356/STF).
4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, *DJ* de 12.9.2005).
5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo.
(REsp 331.478/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2006, **DJ** 20/11/2006 p. 310)."

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A C/C O ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA TÉCNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 158 A 184 DO CPP. APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS POR DEFENSOR DATIVO EM VIRTUDE DA INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO SEM QUE O RECORRENTE TENHA SIDO INTIMADO.
CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 500 E 564, III, "E", E 570 DO CPP. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE CONSISTENTE NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA POR PARTE DO RECORRENTE, TENDO EM VISTA A GRAVE SITUAÇÃO FINANCEIRA ATRAVESSADA PELA EMPRESA QUE DIRIGIA.
I - Se para demonstrar o cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de prova pericial, o recorrente alega a violação de vinte e sete artigos do Código de Processo Penal, enfrentando de forma genérica alguns dos dispositivos tidos por violados e não tecendo qualquer consideração quanto aos demais, incide *in casu* o Enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso - "É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
II - Se o defensor constituído, sem renúncia de mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do defensor dativo para substituí-lo na fase das alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade. (Precedentes).
III - A tese de inexigibilidade de conduta diversa por parte do recorrente, tendo em vista a grave situação financeira atravessada pela empresa que dirigia, não pode ser enfrentada pela presente via se para tanto é imprescindível o re-exame de provas. (Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte).
Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido.
(REsp 610.455/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2004, **DJ** 16/11/2004, p. 314)."

"PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO DEMONSTRAÇÃO.
DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284-STF. PENAL. RITO ESPECIAL.
OBEDIÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO.
ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. RE-EXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.
SÚMULA 7-STJ.
1. Se o recorrente, desprezando as recomendações do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não logrou demonstrar, de modo analítico, o alegado dissídio pretoriano, afigura-se, neste particular, deficiente a fundamentação recursal (Súmula 284-STF).
2. Tendo sido obedecido o rito específico da Lei nº 8.038/90, não há falar em nulidade do acórdão atacado.
3. Pretendendo o recorrente, à guisa de violação de lei federal e dissídio pretoriano, que esta Corte, substituindo-se às instâncias ordinárias, emita pronunciamento jurisdicional acerca da subsunção do fato delituoso ao tipo penal, alterando a capitulação realizada pelo acórdão recorrido, o seu intento esbarra no óbice da Súmula 7-STJ, pois demanda inegável revolvimento de aspectos fático-probatórios, não condizentes com a via especial. Precedentes deste Tribunal.
4. Recurso não conhecido.
(REsp 160.257/PB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2000, **DJ** 12/06/2000, p. 140)."

Os recursos especial e extraordinário não constituem prolongamento das instâncias ordinárias, não se prestando, portanto, ao reexame de matéria de fato, mas apenas à apreciação de questões de direito de âmbito federal. Vejam-se, a propósito, os teores das Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal:

> "**Súmula 7 do STJ**: A pretensão de simples re-exame de prova não enseja recurso especial.
> **Súmula 279 do STF**: Para simples re-exame de prova não cabe recurso extraordinário."

Não se confunda, entretanto, revisão de matéria fática, mencionada acima, com revaloração da prova, permitida nos recursos excepcionais e magistralmente explicada por Teresa Arruda Alvim Wambier[1]:

> "A *revaloração* das provas tem sido permitida predominantemente (e desemboca necessariamente numa qualificação diferente dos fatos) quando é desobedecida norma que determinado valor que a prova pode ter em função do caso concreto.
> Admitir-se a revaloração da prova exclusivamente em casos como estes significa adotar posição mais rígida e a nosso ver desacertada, porque não foge do entendimento estreito que se pode dar à expressão ofensa à lei.
> [...]
> Uma posição mais liberal permite que o Superior Tribunal de Justiça reveja a circunstância de que na instância ordinária se teria dado mais valor a depoimento feito na esfera administrativa do que àqueles feitos em juízo e à prova documental. Tendo valorado mal a prova, embora não tendo desrespeitado certa norma federal ou constitucional especificamente, qualificou erradamente os fatos e realizou equivocadamente o processo subsuntivo, produzindo, pois, afronta à lei.
> O mero re-exame da prova seria o exame mais minucioso, atento e vagaroso das provas constantes dos autos, que deveria levar ao mesmo resultado: à solução de que a subsunção deu-se de modo equivocado. Mas no mero re-exame as provas seriam examinadas e reavaliadas individualmente.
> Não se trata, como no caso da *revaloração*, de alterar ou inverter a carga valorativa que a instância ordinária tenha atribuído às provas, mas de se perguntar, por exemplo, se seria merecedor de credibilidade o depoimento de tal testemunha que teria empregado termos denotativos de pouca firmeza."

Imprescindível o pré-questionamento da questão federal ou constitucional, isto é, o debate prévio na Corte de origem da matéria objeto do apelo raro. Encontra-se esse requisito prestigiado nas súmulas abaixo transcritas:

> "**Súmula 282 do STF**: É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.
> **Súmula 356 do STF**: O posto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o pré-requisito do pré-questionamento.
> **Súmula 98 do STJ**: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não têm caráter protelatório.
> **Súmula 211 do STJ**: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*."

Ensina Clara Moreira Azzoni[2] que

> "com influência na concepção do pré-questionamento originada da expressão questionar contida nas Constituições anteriores, há entendimento no sentido de que o pré-questionamento seria o debate, anterior à decisão recorrida, acerca do tema (questão federal e constitucional)."

Segundo essa concepção, o prequestionamento consistiria, na verdade, em um ônus atribuído à parte.

Há, por outro lado, posição no sentido de que o prequestionamento decorre do simples pronunciamento do Tribunal *a quo* acerca do tema de direito constitucional ou federal, independentemente da atividade prévia das

partes. Nessa linha, o que importa é que o Tribunal *a quo* efetivamente tenha apreciado e emitido decisão acerca da matéria de direito federal ou constitucional.

Já sobre a controvérsia a respeito do que sejam prequestionamentos explícito e implícito, discorre Teresa Arruda Alvim Wambier[3]:

> "Controverte-se, na doutrina e na jurisprudência, até mesmo acerca do que se deve entender por pré-questionamento implícito e explícito.
> Para uma concepção, pré-questionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e pré-questionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada na decisão recorrida.
> Para outro entendimento, há pré-questionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão, que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o pré-questionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão."

Quanto ao chamado *prequestionamento ficto*, o STF entende que a mera oposição de embargos declaratórios, ainda que o Tribunal *a quo* não emita juízo sobre a tese objeto do recurso extraordinário, satisfaz a exigência do prequestionamento, conforme se depreende, de forma implícita, de sua Súmula 356:

> "**Súmula 356**: O ponto omisso da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento."

De modo contrário posiciona-se o STJ, como se vê nos julgados a seguir:

> "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE.
> BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ATRASADO. JUROS MORATÓRIOS INDENIZATÓRIOS.
> NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, CPC. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL.
> »AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356 DO STF.
> 1. O STF, no RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356 daquela Corte, sedimentou posicionamento no sentido de considerar pré-questionada a matéria constitucional pela simples interposição dos embargos declaratórios. Adoção pela Suprema Corte do *pré-questionamento ficto*.
> 2. O STJ, diferentemente, entende que o requisito do pré-questionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial.
> 3. Não há interesse jurídico em interpor recurso especial fundado em violação ao art. 535 do CPC, visando anular acórdão proferido pelo Tribunal de origem, por omissão em torno de matéria constitucional.
> 4. No caso de rendimentos pagos acumuladamente, devem ser observados, para a incidência de imposto de renda, os valores mensais e não o montante global auferido.
> 5. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.
> 6. Recurso especial não provido.
> (REsp 1075700/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2008, **DJe** 17/12/2008)."

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.
> 1. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor do que dispõe a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, adota o chamado *pré-questionamento ficto*, de modo que a mera oposição dos embargos declaratórios, por si só, já preenche o requisito do pré-questionamento para fins de interposição de recurso extraordinário, não havendo prejuízos à parte pela rejeição dos aclaratórios, em face do disposto na Súmula 356/STF.
> 3. Inexiste violação ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem analisa todas as questões relevantes

> ao deslinde da controvérsia de modo suficiente e integral.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 1113494/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, **DJe** 29/05/2009)."

Tem prevalecido no STJ o entendimento de ser desnecessário o *pré-questionamento numérico*, qual seja: aquele em que o *decisum* guerreado menciona expressamente o dispositivo legal ou constitucional violado, bastando que tenha julgado a matéria federal. O STF também possui decisões nesse sentido:

> "EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRÉ-QUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Não há necessidade de que o Tribunal a quo faça expressa menção do dispositivo constitucional objeto do recurso extraordinário. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.
> (RE 469054 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28 de novembro de 2006, **DJ**, 02-02-2007 PP-00111 EMENT VOL-02262-10 PP-02082)."

> "EMENTA: 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Delegados de Polícia de carreira e Delegados bacharéis em Direito: vencimentos: isonomia: inadmissibilidade de equiparação por decisão judicial, com base no art. 39, § 1º, CF, redação original, sob o fundamento de identidade de atribuições: incidência da Súmula 339: precedentes. 3. Recurso extraordinário: o requisito do pré-questionamento não reclama menção expressa ao dispositivo constitucional pertinente à questão de que efetivamente se ocupou o acórdão recorrido.
> (RE 361341 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2005, **DJ** 01-04-2005 PP-00036 EMENT VOL-02185-03 PP-00483 RTJ VOL-00193-02 PP-00763)."

Questão pouco debatida é a possibilidade de o órgão do Ministério Público de segunda instância, em seu parecer recursal, aventar questão federal com o fito de prequestionamento. O ilustre Procurador de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo[4)] afirma adequada essa forma de arguição, citando julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "Quanto ao Ministério Público, também os pareceres recursais proferidos na qualidade de *custos legis* são adequados à arguição de questões federais ou constitucionais visando a configuração do pré-questionamento. Nesse sentido manifestou-se a Quinta Turma do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no REsp. nº 70.705/SP, relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp:
> 'PROCESSUAL. ACIDENTÁRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
>
> Tem-se como pré-questionada a questão objeto de recurso especial do Ministério Público, se a questão foi suscitada no parecer da apelação e discutida no acórdão recorrido (julg. 18.5.1999)'".

Acrescento, a propósito, ementa de decisão do STJ, proferida no AgRg no REsp 617.649 – PR, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, 18/10/2005, que implicitamente admite a possibilidade de agitação do prequestionamento por meio de parecer ministerial:

> "PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. POSSIBILIDADE. ART. 6º, §3º, II, DA LEI Nº 8.987/95.
> AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTENTE AVISO PRÉVIO. PRECLUSÃO.
> AUSÊNCIA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ.
> I - Negou-se seguimento ao recurso especial reconhecendo-se a possibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplência do consumidor, com respaldo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior.
> II - A questão trazida pelo agravante, ou seja, se o corte foi ou não precedido de aviso, não constou nem das razões de apelo nobre interposto nem do Parecer Ministerial oferecido, constituindo-se, dessa forma, matéria nova, cuja apreciação nesta sede encontra-se obstada pela preclusão.

> III - Ademais, compulsando os autos, verifica-se que, apesar de ter havido por parte da autoridade impetrada a afirmação de que o consumidor fora avisado previamente do corte devido à inadimplência (cf. fl. 25), tal informação não foi rebatida pelo impetrante, nem mesmo foi objeto de discussão pelo Colegiado de origem. Nesse panorama, exsurgem, assim, outros dois empeços a que esta Corte Superior sobre o assunto se manifeste: a uma, a ausência de pré-questionamento e, a duas, a notória necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo a incidência do verbete sumular nº 7 do STJ.
> IV - Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 617649/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.10.2005, *DJ*, 19.12.2005, p. 217)."

Ainda que o Tribunal a quo, ao debater a questão federal, afirme fazê-lo de ofício, não mencionando a arguição do prequestionamento da mesma matéria no parecer ministerial, tal aproveitará igualmente ao *Parquet*, para fins de interposição de recurso excepcional. Afinal, não importa de onde partiu a provocação da matéria federal, o que importa é que ela tenha sido arguida na instância própria e que a prestação jurisdicional seja completa.

> "CRIMINAL. – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PENA EM CONCRETO.
> PRESCRIÇÃO. TERMO INTERRUPTIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. – RECURSO ESPECIAL.
> PRÉ-QUESTIONAMENTO. – ACORDÃO. FUNDAMENTOS PRÓPRIOS.
> - Interrupção da prescrição. Balizado pela pena em concreto, nas condenações proferidas em sede de apelação, o prazo prescricional interrompe-se na data do acórdão condenatório e não na data do julgamento dos embargos de declaração.
> - pré-questionamento. como requisito do recurso especial, o pré-questionamento se basta compreendido pela matéria versada no acórdão, de ofício ou implicitamente que seja. precedentes do STJ.
> - fundamentos do acórdão. como tal se presta a transcrição do pronunciamento do Ministério Público em segundo grau, expressamente reportado como razão de decidir e com louvores reputado convincente.
> (REsp 3.021/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS , QUINTA TURMA, julgado em 06.06.1990, *DJ*, 06.08.1990, p. 7.348)"

Deve-se atentar para a necessidade de levantar a questão federal já na primeira instância, em razões ou contrarrazões recursais – ou no parecer recursal do Ministério Público, como discorrido acima –, sob pena de não se preencher o requisito em tela, pois a Corte de origem poderá não se manifestar sobre a matéria em sede de embargos declaratórios, que poderão ser, nesse caso, considerados *pós-questionatórios*, e não prequestionatórios.

Ressalte-se, contudo, que a oposição de embargos declaratórios com o objetivo de prequestionamento tem sido aceita pelas Cortes superiores quando o tema haja sido aventado na instância ordinária ou quando a ofensa à lei ou à Constituição tenha surgido no acórdão recorrido. Vejam-se, a propósito, as Súmulas 356 do STF e 98 do STJ, já acima transcritas.

Diz a Súmula 281 do STF que "é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada". No mesmo sentido, é a Súmula 207 do STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem."

Destarte, para interposição de recursos excepcionais, é necessário o esgotamento prévio das instâncias ordinárias, com a utilização pela parte de todos os meios de impugnação cabíveis no Tribunal *a quo*, aí incluídos embargos de declaração, embargos infringentes, agravos regimentais e recurso ordinário para o STJ ou para o STF.

O art. 105, III, "a", da CF trata de recurso especial contra decisão de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal Estadual ou do Distrito Federal e Territórios que "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência", enquanto o art. 102, III, "a", da Carta Magna prevê recurso extraordinário quando o julgado recorrido "contrariar dispositivo desta Constituição". Rodolfo de Camargo Mancuso bem diferencia "contrariar" de "negar vigência"[5]:

> "Pensamos que 'contrariar' um texto é mais do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a extensão daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida, o outro; segundo, a *compreensão* dessas locuções é diversa: 'contrariar' tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já 'negar

> vigência' sugere algo mais estrito, mais rígido. Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*, quando a exegese implica em admitir, em suma [...] que é branco onde está escrito preto; ou quando, finalmente, o aplicador da norma atua em modo delirante, distanciando-se de todo o texto de regência."

Note-se que, no âmbito do recurso extraordinário, a ofensa à norma constitucional deve ser direta e não reflexa ou indireta, decorrendo esta última do exame prévio de norma infraconstitucional. Esclarecedores os seguintes julgados do Pretório excelso:

> "Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição. Agravo regimental improvido. (AI 447.774-AgR/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE)."

> "RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Agravo de Instrumento. Inadmissibilidade. Intempestividade. Comprovação de que o recurso foi interposto no prazo legal. Decisão agravada. Reconsideração. Provada sua tempestividade, deve ser apreciado o recurso. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Pré-questionamento. Falta. Agravo regimental não provido. Aplicação das súmulas nº 282 e 356. Não se admite recurso extraordinário quando falte pré-questionamento da matéria constitucional invocada. 3. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional se dependentes de re-exame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. (AI 492260 ED/RS – RIO GRANDE DO SUL – EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – Relator: Min. CEZAR PELUSO – Julgamento: 23.08.2005 – Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: **DJ**, 16-09-2005)."

O recurso especial caberá também com base em divergência na interpretação de lei federal entre a decisão objurgada e o julgado de outro tribunal. Nesse caso, por óbvio, o acórdão paradigma deverá ser proveniente de tribunal diverso daquele que proferiu o *decisum* guerreado (Súmula nº13 do STJ – "A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial").

Para o cabimento da hipótese do art. 105, III, "c", da CF, é imprescindível a similitude fática e jurídica entre os julgados, pois, do contrário, inexistirá verdadeira divergência.

> "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL.
> RESTITUIÇÃO DE IPI. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS JULGADOS, BEM COMO DE TESE JURÍDICA CONTRASTANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. Nos embargos de divergência é indispensável haver identidade ou similitude fática entre o acórdão paradigma e o embargado, bem como tese jurídica contrastante, de modo a demonstrar a alegada interpretação divergente.
> 2. Na hipótese em exame, não há similitude entre os julgados confrontados. Enquanto o aresto embargado trata de restituição/compensação de valores pagos indevidamente a título de IPI, o paradigma versa sobre repetição de ICMS. Também não há falar em existência de teses jurídicas contrastantes, já que ambos os julgados adotam o entendimento segundo o qual, nos casos de restituição de tributos que ensejam a transferência do encargo financeiro, é aplicável o disposto no art. 166 do CTN.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg nos EREsp 435.575/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2007, **DJ**, 29/10/2007. p. 174)."

A comprovação da divergência se fará na forma do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 do RISTJ:

> "Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:
> I […]
> II […]
> III […]
> Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudencial oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução do julgado disponível na internet, com a respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados."

> "Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.
> § 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:
> a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal;
> b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados.
> § 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.
> § 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, "b", deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento."

Conforme se vê no § 2º do art. 255 do RISTJ acima citado, é impositiva a transcrição pelo recorrente dos trechos dos acórdãos divergentes, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, ou seja, o confronto analítico entre os julgados. Portanto, não basta a simples transcrição de ementas.

> "AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. FALTA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE.
> 1. Não cabe discutir a correção de aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial em sede de embargos de divergência.
> 2. Consoante entendimento assente nesta Corte, somente os acórdãos proferidos em recurso especial se prestam como precedente para comprovar dissídio em embargos de divergência. Precedentes.
> 3. Malgrado a tese de divergência jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 266 c/c o art. 255, ambos do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg nos EREsp 1015194/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/11/2009, **DJe**, 23/11/2009)."

É necessário verificar se há entendimento pacificado do STJ no mesmo sentido do acórdão combatido, pois, nesse caso, não será conhecido o recurso especial, de acordo com a Súmula 83 daquela Corte:

> "**Súmula nº. 83 do STJ**: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ressalte-se que o enunciado dessa súmula também se aplica quando o recurso especial tiver fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

> "AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA Nº 83/STJ. INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA.
> - Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.
> - Nega-se provimento a agravo de instrumento quando o acórdão tido por violado adotou tese idêntica ao posicionamento do STJ.
> Agravo no agravo de instrumento não provido.
> (AgRg no Ag 653123/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2005, **DJ** 18/04/2005. p. 329)."

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. SÚMULA 83 - STJ.
> Também se aplica o Enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.
> Agravo Regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 542185/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2004, **DJ** 23/08/2004. p. 279)."

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 102 da CF, criou o requisito de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para que o STF examine a admissão do recurso extraordinário. Em 19 de dezembro de 2006, veio a Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC, regulamentando a preliminar de repercussão geral, e, em 30 de abril de 2007, surgiu a Emenda Regimental nº 21/2007, que alterou a redação do art. 13, inciso V, alínea "c", art. 21, parágrafo 1º, e arts. 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328 e 329, bem como revogou o disposto no parágrafo 5º do art. 321, todos do RISTF, determinando que todos os recursos extraordinários interpostos contra acórdãos cuja intimação tenha ocorrido a partir de 3 de maio de 2007 deverão atender ao pressuposto em tela.

Nos termos dos parágrafos 1º e 3º do art. 543-A do CPC:

> "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."
> "Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal."

As ementas de julgados do STF a seguir bem explicam o pré-requisito:

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL SUSCITADA. PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 543-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Inobservância ao que disposto no artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar sobre a repercussão geral na petição de recurso extraordinário, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes. 2. A ausência dessa preliminar na petição de interposição permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal negue, liminarmente, o processamento do recurso extraordinário, bem como do agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu na origem (13, V, c, e 327, caput e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). 3. Cuida-se de novo requisito de admissibilidade que se traduz em verdadeiro ônus conferido ao recorrente pelo legislador, instituído com o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional almejada. 4. O simples fato de haver outros recursos extraordinários sobrestados, aguardando a conclusão do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, não exime o recorrente de demonstrar o cabimento do recurso interposto. 5. Agravo regimental desprovido. (STF – RE 569476 AgR/SC – Min. Rel. Ellen Gracie – Tribunal Pleno – **DJ**, de 25/04/08)."

> "DECISÃO MONOCRÁTICA:
> Vistos. Max Peixoto dos Santos interpõe agravo de instrumento contra decisão (fl. 261) que não admitiu

> recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento da Revisão Criminal nº 1.140-4/221 (fls. 218 a 225). Examinados os autos, decido. O agravo não pode ser conhecido. A Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/04, que acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, criou a exigência da demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário. Posteriormente, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.418/06, que introduziu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil e, por fim, o Supremo Tribunal Federal, através da Emenda Regimental nº 21/07, dispôs sobre as normas regimentais necessárias à sua execução. Esta Corte, com fundamento na mencionada legislação, quando do julgamento da Questão de Ordem no AI nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, firmou o entendimento no sentido de que os recursos extraordinários em geral e, em conseqüência, as causas criminais, interpostos contra acórdãos publicados a partir de 3/5/07, data da publicação da Emenda Regimental nº 21/07, deverão demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no apelo. No caso em espécie, esse requisito formal não foi cumprido, pois o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do qual o ora agravante fora cientificado, através da publicação em órgão oficial, em 18/5/09 (fl. 226), quando plenamente exigível a demonstração formal da repercussão geral. Ante o exposto, não conheço do agravo. (STF – AI 772099 /GO – Min. Rel. Dias Toffoli – Decisão Monocrática – **DJ**, de 01/02/10).”

[1)] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2008. p. 376-378.

[2)] AZONNI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário**: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

[3)] WAMBIER, 2008, p. 414

[4)] PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

[5)] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.221-222.

5.2. Medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário

Quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e atendidos todos os pressupostos dos recursos especial ou extraordinário, caberá, excepcionalmente, medida cautelar para agregar efeito suspensivo ao inconformismo, mesmo *inaudita altera parte*.

> "MEDIDA CAUTELAR. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO EM 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL.
> EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DA PLAUSIBILIDADE DA TESE JURÍDICA E DO PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Presentes os pressupostos para a concessão do excepcional efeito suspensivo ao recurso especial, porquanto verificada a plausibilidade da tese jurídica esposada nas razões recursais, bem como o perigo na demora, consistente na possibilidade de impor ao ora Requerente, que permaneceu em liberdade durante toda a instrução criminal e teve assegurado o direito de apelar em liberdade, diante da ausência dos requisitos da prisão cautelar, a execução da pena em regime mais gravoso do que o fixado no art. 33, § 2º, do Código Penal. Precedentes do STJ.
> 2. Pedido cautelar julgado procedente para dar efeito suspensivo ao recurso especial, que se encontra no aguardo de sua subida, em razão do provimento dada ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que o inadmitiu.
> (MC 13.770/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2008, **DJe**, 01/09/2008)."

> "DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXCEPCIONALIDADE. IMPROVIMENTO. 1. O STF já teve oportunidade de apreciar a questão de fundo, concluindo no mesmo sentido da ausência de possibilidade de exploração de máquinas de "caça-níqueis" (ADI 3.060/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 01.06.2007). 2. Razões de agravo regimental não atacaram os fundamentos constantes da decisão monocrática, limitando-se o agravante a reproduzir a mesma argumentação que consta da petição inicial da medida cautelar ajuizada pela agravante. *3. Excepcionalidade da atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário exige, concomitantemente, o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário no tribunal de origem, a viabilidade processual do recurso extraordinário devido à presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do referido recurso, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário e a comprovação da urgência da pretensão cautelar. 4. Não se encontram presentes os pressupostos da plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida no recurso extraordinário*. 5. Agravo regimental improvido.
> (AC 1420 MC-AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, **DJe** 157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00025 – *grifo nosso*)."

Se o apelo raro ainda estiver pendente do juízo de admissibilidade, será do Tribunal a quo a competência para analisar a cautelar, e, caso o recurso já tenha sido admitido, a competência será do Tribunal *ad quem*.

> "**Súmula nº 634 do STF**: Não compete ao STF conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto do juízo de admissibilidade na origem.
> **Súmula nº 635 do STF**: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade."

5.3. Agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou para o Supremo Tribunal Federal (STF)

Na esfera penal, não admitido o recurso excepcional pelo presidente do tribunal local, caberá agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou Supremo Tribunal Federal (STF) no prazo de cinco dias, de acordo com o art. 28 da Lei nº 8.038/90 e com a Súmula nº 699 do STF: "O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei n. 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei n. 8.950/1994 ao Código de Processo Civil".

Cabe esclarecer que: "Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento" (Súmula nº 528 do STF).

O agravo deverá ser instruído com as peças mencionadas no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 8.038/90 e no parágrafo 1º do art. 544 do CPC (anteriormente contidas no parágrafo único do art. 523 do CPC).

> "Art. 28 - Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso".
>
> "§ 1º - Cada agravo de instrumento será instruído com as peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver".
>
> "Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)".
>
> "§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)".

Vê-se da parte final do § 1º do art. 544 do CPC, que o advogado – ainda que o recorrente esteja sob o benefício da assistência judiciária gratuita – deverá declarar, sob sua responsabilidade pessoal, que as cópias das peças do processo são autênticas.

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS OBRIGATÓRIAS DE TRASLADO. NECESSIDADE. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. '1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as peças obrigatórias para a formação do instrumento de agravo devem ser devidamente autenticadas. Precedentes do STJ e STF. 2. Inteligência dos artigos 365, inciso III e 384, ambos do Código de Processo Civil. 3. A Lei 10.352/2001, dando nova redação ao artigo 544, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, fê-lo para admitir que o próprio advogado possa afirmar a autenticidade das peças que formam o instrumento, sob sua responsabilidade pessoal, inocorrente na espécie. (AgRgAg 438.282/RJ, da minha Relatoria, in DJ 10/3/2003).'
> 2. O simples fato do recorrente ser beneficiário da assistência judiciária gratuita não o exime da obrigatoriedade de autenticação das peças formadoras do agravo de instrumento.
> 3. '1. O acórdão, enquanto ato processual, tem na publicação o termo inicial de sua existência jurídica, que em nada se confunde com aqueloutro com que se dá ciência às partes do conteúdo, intimação, que marca a lei como inicial do prazo para a impugnação recursal. 2. A extemporaneidade do recurso ocorre

> não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado.

Precedente do STF. 3. Constatado que os embargos declaratórios foram opostos sem que o acórdão embargado sequer tivesse sido publicado, não se constituindo, portanto, o dies a quo do termo legal para a interposição do recurso, deve-se tê-lo como extemporâneo. (EDclHC 9.275/RJ, da minha Relatoria, in DJ 19/12/2002).'

> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no Ag 582.031/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, **DJ**, 02/08/2004. p. 604)".

Além das peças obrigatórias, o agravante tem o ônus de juntar cópias de quaisquer outras que sejam indispensáveis à compreensão da controvérsia, em obediência ao teor da Súmula nº 288 do STF:

> "**Súmula 288 do STF**: Nega-se provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia".

Caso a parte haja interposto recursos especial e extraordinário, concomitantemente, deverá juntar, no agravo contra a decisão que não admitiu o especial, cópia da petição de interposição do extraordinário, e o mesmo em sentido inverso. Se o segundo inconformismo também houver sido inadmitido, dever-se-á juntar, igualmente, cópia do competente agravo de instrumento, tudo acompanhado de comprovação de tempestividade, em obediência às Súmulas nº 283 do STF e nº 126 do STJ.

> "**Súmula 283 do STF**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
> **Súmula 126 do STJ**: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTRUÇÃO. PETIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. PEÇA NECESSÁRIA AO CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 126/STJ E 288/STF.
> 1. A petição de recurso extraordinário interposto concomitantemente com o recurso especial ou a comprovação da interposição tempestiva do apelo extremo são documentos necessários ao conhecimento da controvérsia e, por isso, deverão compor a instrução do agravo de instrumento, sob pena de inadmissibilidade do recurso.
> 2. Não se admite a posterior juntada das peças obrigatórias ou das necessárias, imprescindíveis à análise do agravo de instrumento, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.
> 3. Para o conhecimento de matéria de ordem pública no âmbito do recurso especial, é necessário superar o juízo de admissibilidade do recurso, o que não ocorreu no caso.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 1124822/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, **DJe**, 31/08/2009)".

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 126 DO STJ. INAPLICABILIDADE.
> I - Este e. STJ é firme no entendimento de que, se houver no acórdão recorrido fundamentos de ordem constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficientes de per se para manter a decisão recorrida, deve constar no instrumento do agravo cópia do agravo de instrumento contra a inadmissão do recurso extraordinário ou de certidão que comprove a sua interposição.
> II - In casu, não sendo essa a hipótese dos autos, a ausência das referidas peças não constitui óbice ao conhecimento do agravo de instrumento. »Inaplicabilidade do Enunciado n.º 126 da Súmula/STJ.
> Agravo regimental desprovido.

> (AgRg no Ag 1110060/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, *DJe*, 17/08/2009)".

Se contra o acórdão do Tribunal a quo foram opostos embargos declaratórios, deverá o agravante juntar cópia do acórdão que os julgou e da respectiva certidão de intimação.

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA.
> I- A correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não conhecimento de seu recurso.
> II- Embora o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil não refira, explicitamente, à necessidade de que conste do instrumento a cópia do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração e da respectiva certidão de intimação, os Embargos de Declaração são parte integrante do Acórdão recorrido e sua certidão de intimação, peça essencial na aferição da tempestividade do recurso especial.
> III- A certidão de publicação do Acórdão dos Embargos Declaratórios não se substitui pelo serviço de informação judicial, contendo recorte do Diário da Justiça, no qual a data da publicação não tenha sido aposta por impressão do próprio jornal.

Agravo regimental improvido.

> (AgRg no AgRg no Ag 1004785/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe, 23/09/2008)".

Por fim, é essencial ao agravo de instrumento que ataque especificamente os fundamentos da decisão que negou seguimento ao apelo raro, conforme as Súmulas nº 182 do STJ ("É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada") e nº 287 do STF ("Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Erro comum consiste em simplesmente reiterar à parte as razões do recurso especial ou extraordinário, levando o agravo ao seu não conhecimento.

5.4. Peças práticas

Sobre a elaboração de recursos especial e extraordinário, bem como das respectivas contrarrazões, contraminutas a agravos de instrumento ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a esses apelos raros, recomenda-se a leitura do livro **Prática dos Recursos Especial e Extraordinário**, do ilustre Promotor de Justiça Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, publicado pela Editora Del Rey.

A obra reflete a experiência adquirida pelo autor na Assessoria Especial de Recursos Especiais e Extraordinários da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, à época existente.

Abordando aspectos doutrinários e legislativos, com orientações jurisprudenciais e uma série de peças práticas que atendem aos rígidos pressupostos exigíveis para o êxito dos recursos excepcionais, o livro procura ressaltar as características mais peculiares dos apelos raros.

Vide subitem *Peças jurídicas* do item *Procuradoria de Justiça Criminal* deste capítulo que trata das Procuradorias de Justiça.

A abordagem dos temas aqui se limitou aos objetivos de um manual prático, e, para maior aprofundamento, sugerimos consulta à literatura especializada, nela incluídas as referências bibliográficas a seguir.

- AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário**: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

6. Procuradoria de Justiça de "Habeas Corpus"

Promotorias de Justiça - Atuação penal

Autores/Organizadores:
Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior
Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza
Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Promotor de Justiça Marcelo Mattar Diniz
Promotor de Justiça Marco Antônio Picone Soares
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes
Promotor de Justiça Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva

- 1. Atuação penal
- 2. Atuação nos processos de competência do Tribunal do Júri
- 3. Atuação no combate ao Tráfico de Drogas (Tóxicos)
- 4. Atuação no Juízo da Execução Penal
- 5. Atuação no Juizado Especial Criminal e na Turma Recursal
- 6. Atuação no combate aos Crimes Cibernéticos
- 7. Atuação na Auditoria Militar

1. Atuação penal

Se diversas são as vertentes de pesquisa que buscam conferir ao Ministério Público o rótulo de instituição voltada para a acusação penal em juízo, o certo é que os múltiplos papéis atribuídos a ele nos mais diversos países dão mostras de sua relevância como órgão constituído de defesa do Estado de Direito, sob o influxo da Revolução Francesa.

De mero defensor dos interesses do Rei que remonta sua origem próxima à *Ordenance* de Felipe IV, em 1302, na França, o Ministério Público de hoje deve ser compreendido como Instituição de funções ecléticas a quem compete, especificamente na área penal, a titularidade da pretensão punitiva estatal,[1] sem prejuízo da defesa dos direitos fundamentais do investigado e do acusado.

Se o Estado de outrora era policialesco e buscava na repressão penal uma afirmação de Poder, hoje, a busca da punição dos responsáveis pela prática de um fato-crime deve corresponder, em igual medida, à lisura de um processo que se paute pelo respeito à Ordem Constitucional, de tal forma que se desigualdade houver entre acusação e defesa no curso da persecução penal, ela deve ser marcada unicamente pela intensidade da culpa do agente.

Segundo o art. 127 da Constituição Federal de 1988, compete ao Ministério Público "[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", sendo essa uma diretriz que deve nortear a compreensão de todas as demais funções ministeriais na área penal, mormente a promoção da ação penal pública em juízo.

Daí que o Ministério Público de hoje, embevecido pela matriz constitucional que assegura direitos e garantias e que o aponta como ferrenho defensor deles, tem por dever atuar como parte a quem verdadeiramente interessa uma decisão justa, qual seja a que, conhecendo as limitações do direito penal, busque a aplicação da norma incriminadora somente quando ocorra uma infração penal que mereça a devida retribuição.[2]

Investigações mendazes levam à propositura de ações penais precipitadas e à inflação de processos, muitas vezes desnecessários, que acabam assoberbando o Poder Judiciário com demandas falidas, não enquadradas, do ponto de vista da tipicidade material, a nenhuma norma incriminadora. É preciso valorizar o processo, não apenas no sentido de que seja ele o instrumento adequado para uma final punição do culpado, mas também para que revele a justa punição, sem que haja, no entanto, arrefecimento algum no exercício do *jus puniendi*. Daí a necessidade da propositura de ações penais lastreadas em prova, ainda que incipiente, e de uma precisa delimitação do fato típico, com todas as suas circunstâncias, sem prejuízo da objetividade.

Como disserta Ferrajoli,

> [...] a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui.[3]

Ao Promotor criminal não é dado ignorar que o Ministério Público representa, outrossim, o acesso das vítimas ao Poder Judiciário e, por isso, é seu dever requisitar a instauração de inquéritos policiais e fiscalizar, efetivamente, todo o curso das investigações, sendo assim possível sustentar em juízo a versão mais próxima possível da realidade histórica.

Sobre outro aspecto, e como introdução às praticas de atuação desenvolvidas nas seções seguintes, o membro do *parquet* deve primar pela técnica e conhecer que o direito de ação é público e subjetivo,[4] exercido por isso contra o Estado e não contra a pessoa do acusado, mas sim em face dele. E diante dessa técnica exigida, ele tem por obrigação postular a realização da prova, a mais ampla possível, não prescindindo da palavra da vítima e das perícias que lei processual determina sejam realizadas em se tratando de crimes não transeuntes, que deixam vestígios.

Apesar de parte processual, o Ministério Público em exercício na área criminal deve ter sempre em mente que também é fiscal da lei e por isso deve obediência a prazos – que incluem a proibição de dilações desnecessárias

– e a práticas que conduzam sempre ao fiel cumprimento daquela, como, por exemplo, a fiscalização do *quantum* de pena, do regime inicial de seu cumprimento e de seus efeitos, dentre os quais a perda de função pública e a suspensão de direitos políticos, isso, é claro, se advindas de uma condenação precedida de um justo processo, nos moldes constitucionais.

Compete, assim, ao Promotor criminal, agir como efetivo Promotor de Justiça, na mais pura acepção da palavra "justiça", nunca se esquecendo de pautar sua conduta pela matriz constitucional que não apenas lhe conferiu uma imensa gama de atribuições, mas também lhe depositou a confiança na prestação de suas funções com denodo e responsabilidade. A sociedade passa por profundas transformações, em intersubjetivos, cada vez mais complexos, caracterizam-se como metaindividuais, e exigem condutas capazes de melhor adequar o direito às novas demandas sociais, nunca antes tão relacionadas à defesa dos direitos humanos como hoje.

Em busca da otimização do objetivo geral do capítulo, qual seja o de apresentar diretrizes para uma uniformização da atuação funcional do Ministério Público mineiro na área criminal, a exposição será dividida em duas seções; a primeira aborda o agir ministerial na fase pré-processual e a segunda, não menos importante, na fase processual propriamente dita.

- 1.1. Recebimento de "notitia criminis"
- 1.2. Recebimento de inquérito policial
- 1.3. Fase processual

---

[1] Como assevera Frederico Marques, o direito de punir não pertence ao Estado-Juiz, mas ao Estado-Administração. Segundo o autor, "cabendo ao Estado-Administração a tutela penal e o exercício do direito de punir, a seus órgãos é que a lei confere o exercício da pretensão punitiva. Da administração, portanto, é a titularidade da pretensão punitiva. Esta, segundo bem o disse Calamandrei, é pretensão administrativa, mas despida de auto-executoriedade (ao reverso do que se dá com as outras pretensões administrativas), em razão do princípio do *nulla poena sine iudicio*. Portanto, para que a tutela penal e a pretensão punitiva possam ser exercidas, há órgãos estatais da Justiça Penal destinados a preparar a ação penal, a impulsionar a *persecutio criminis* e a participar dos procedimentos preliminares que compõem esta; e após a condenação do autor do crime, os órgãos destinados à execução penal. Funções se repartem, portanto, na Justiça Penal, entre os seus órgãos administrativos, para preparar-se a ação penal e fazer efetiva e concreta a pretensão de punir. Todavia, como a atividade preparatória da *persecutio criminis* vai levar à propositura da ação penal, com o pedido de julgamento favorável da pretensão punitiva por meio da acusação; e como o titular da ação penal é o Ministério Público, dúvida não há de que, ao formular a acusação, esse órgão está agindo como titular, também, da pretensão punitiva. A afirmativa de Giuliano Vassali e outros, de que o juiz penal é órgão do direito de punir e da pretensão punitiva, não tem o menor fundamento e não pode, por isso, ser aceita. (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 63-64).

[2] "Interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também – e sobretudo, dentro de um verdadeiro Estado-de-direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao MP, como órgão de administração da justiça, há-de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do argüido, mas também todos os indícios da sua inocência ou da sua menor culpa". (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Reimp. 1. ed. Coimbra, 2004. p 369).

[3] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 558.

[4] Como subjetivo é direito à suspensão condicional do processo, o qual, por isso, deve ser abordado quando da denúncia, seja no sentido de afirmá-lo, seja no sentido de negá-lo, sempre de forma justificada.

Recebimento de "notitia criminis"

Comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada

Ao receber comunicação verbal de crime de ação pública incondicionada, verificar a existência de inquérito policial ou peças de informação suficientes sobre o fato. Se nada existir a respeito, tomar por termo as declarações do comunicante e encaminhar a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito policial, para que depois, tendo em mãos o competente procedimento investigatório sobre os fatos, possa analisar a possibilidade da instauração da ação penal.

Sobre a titularidade exclusiva do MP para propositura da ação penal, assim assegura a doutrina:

> O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*). Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-administração, expondo ao Estado-juiz a pretensão punitiva (CF, art. 129, I).[1)]

Comunicação escrita de crime de ação pública incondicionada

Proceder do mesmo modo descrito no item acima, caso receba comunicação escrita, verificando, ainda, a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da *notitia criminis* (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do suposto autor do fato). Se não houver condições de oferecer denúncia, enviar as peças à autoridade policial, por meio de ofício requisitório.

A doutrina, por sua vez, concorda plenamente:

> *Delatio Criminis* é a denominação dada à comunicação feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial (ou a membro do Ministério Público ou juiz) acerca da ocorrência de infração penal em que caiba ação penal pública incondicionada (art. 5º, § 3º, CPP). Pode ser feita oralmente ou por escrito. Caso a autoridade verifique a procedência da informação, mandará instaurar inquérito para apurar oficialmente o acontecimento.[2)]

Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação pública incondicionada

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública incondicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, não requisitar a instauração de inquérito policial sem antes ouvir a vítima ou seu representante legal sobre a veracidade do fato, quando possível. A comunicação anônima deve, portanto, ser processada, tomadas as cautelas devidas, no sentido de uma averiguação mínima de verossimilhança das informações recebidas.

Este é, precisamente, o ponto de vista da doutrina sobre o assunto:

> Destaquemos, ainda, que o anonimato é forma inadmissível e insuficiente para a instauração de inquérito, ao menos na modalidade da *delatio criminis*. Ao encaminhar a comunicação por escrito, deve a pessoa identificar-se. Se a forma escolhida for oral, a autoridade policial colherá, no ato, os dados identificadores do indivíduo. Lembra, com precisão, Tourinho Filho que a comunicação falsa de delito pode dar ensejo à configuração de um crime, motivo pelo qual não se deve aceitar a delatio anônima (Código de Processo Penal comentado, v.1, p.35). Entretanto, somos, levados a acreditar que as denúncias anônimas podem e devem produzir efeito. Não nos esqueçamos que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não identificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com mínimos elementos em mãos, instaura o

> inquérito. Embora não se tenha configurado uma autêntica *delatio criminis*, do mesmo modo o fato pode ser averiguado.[3)]

Comunicação verbal de crime de ação pública condicionada

Recebendo comunicação verbal da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexista, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório.

Comunicação escrita de crime de ação pública condicionada

Recebendo comunicação escrita da vítima ou do seu representante legal sobre prática de infração de ação pública condicionada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado, bem como a possibilidade de propositura da ação penal com fulcro nos elementos constantes da informação (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do acusado) e a existência da *delatio criminis* postulatória (representação da vítima ou de seu representante). Não havendo condições de ser oferecida denúncia e inexistindo a representação, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de representação, em que fique claro o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, como medida preliminar, o inquérito policial, encaminhando a peça à autoridade policial, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração do inquérito.

Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação pública condicionada

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação pública condicionada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal.

Comunicação verbal de crime de ação privada

Recebendo comunicação verbal da vítima ou do seu representante legal acerca da prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Caso inexista, tomar por termo as declarações do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, na forma de requerimento, no qual deve constar, sempre que possível, a narração do fato com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado ou seus sinais característicos, as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração e o nome das testemunhas, com indicação da profissão e endereço dessas, encaminhando a peça à autoridade policial.

Comunicação escrita de crime de ação privada

Recebendo comunicação escrita da vítima ou do seu representante legal sobre a prática de infração de ação privada, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato narrado. Caso inexista, mas a informação contenha requerimento de instauração do inquérito, cumpre remeter a peça à autoridade policial e, na oportunidade, orientar a vítima sobre a natureza da ação penal, o prazo para ajuizá-la e as providências que ulteriormente deve esta observar a fim de evitar o perecimento do direito de punir; havendo dúvida sobre a natureza da ação penal, sugere-se requisitar a instauração do procedimento investigatório diante dos elementos de convicção ministrados pela vítima ou pelo seu representante legal.

Comunicação anônima ou conhecimento por meio de leitura de publicação periódica de crime de ação privada

Em caso de recebimento de comunicação anônima acerca da prática de infração de ação privada ou do conhecimento de tal delito por leitura de publicação periódica, aguardar a necessária manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal, observando, caso necessário, o item anterior.

[1)] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 152.

[2)] NUCCI, Guilherme de Souza.**Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134.

[3)] NUCCI, 2006, p. 138.

Recebimento de inquérito policial

Indiciado com foro por prerrogativa de função

Recebendo inquérito policial versando sobre infração de ação pública e que conste como indiciada pessoa sujeita a julgamento originário perante a superior instância, pela prerrogativa da função exercida, deve ser o procedimento inquisitório imediatamente remetido à Procuradoria-Geral de Justiça, para que o órgão de execução com atribuições possa examinar a viabilidade do oferecimento da denúncia.

A doutrina, por sua vez, assim dispõe:

> Não pode a autoridade policial instaurar inquérito e colher provas diretamente. E caso durante uma investigação qualquer encontre indícios de participação de pessoa com prerrogativa de foro, deverá remeter os autos do inquérito ao juízo competente. Exemplos: deputados e senadores são processados no Supremo Tribunal Federal. O delegado não pode instaurar inquérito contra essas autoridades sem a fiscalização e autorização do Pretório Excelso, com acompanhamento da Procuradoria Geral da República. Muitas vezes, tomando conhecimento da prática de crime de autoria de um deputado federal, o delegado envia os autos ao STF. A partir daí, o Ministro dessa Corte, encarregado de acompanhar o caso, determina que a Polícia Federal realize diligências investigatórias, mas sob sua fiscalização direta, bem como do Ministério Público Federal.[1)]

Inquérito policial militar remetido à Justiça comum em razão de incompetência da Justiça Militar – Providência

Em caso de recebimento de inquérito policial militar, remetido à Justiça comum, por haver a Justiça Militar se dado por incompetente, verificar, perante a autoridade policial e o cartório do distribuidor, se há inquérito policial comum ou ação penal pelo mesmo fato, procedendo, a seguir, da seguinte forma:

a) se houver inquérito, requerer o apensamento das duas peças investigatórias, para posterior exame conjunto;
b) se já houver denúncia, requerer o apensamento do inquérito policial militar à ação penal já instaurada, aditando-a, se necessário;
c) se não houver inquérito nem denúncia, apreciar o inquérito policial militar como um inquérito comum, oferecendo denúncia, requerendo o arquivamento ou novas diligências, estas, agora, requisitadas à Polícia Judiciária;
d) se houver inquérito policial arquivado, requerer o apensamento e nova vista, para exame da prova acrescida e manutenção do pedido desarquivamento ou oferecimento de denúncia, se houver prova nova.

Devolução do inquérito à autoridade policial – Diligências

Somente devolver inquéritos à autoridade policial excepcionalmente, para complementação do estritamente necessário ao oferecimento da denúncia, no que respeita à caracterização da autoria da infração, a materialidade e a tipificação, especificando objetiva e claramente as diligências que deverão ser realizadas, bem como indicando prazo razoável para cumprimento.[2)] [3)]

Requisição de diligências em caso de indiciado preso

Evitar retornar a autoridade policial inquéritos em que figure indiciado preso, oferecendo, desde logo, a denúncia e requisitando, por meio de manifestação separada, a realização das diligências faltantes.

Requisição de diligências quando do oferecimento da denúncia

Procurar requerer ao juiz, quando da manifestação processual de encaminhamento da peça acusatória, a realização das diligências úteis, mas não imprescindíveis à ação penal, detalhando-as de forma objetiva e precisa.

Realização de diligências pelo próprio órgão ministerial

Verificar se as diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia podem ser realizadas pelo próprio Ministério Público, mediante utilização de suas atribuições legais de expedir notificações e formular requisições, nos termos do art. 129, VI, da Constituição Federal de 1988.

> > "DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.
> > 1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública.
> > 2. O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.
> > 3. Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido.
> > 4. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que 'o debate do tema constitucional deve ser explícito' (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, **DJ** 28.10.2005) e, assim, 'a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explicíto da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário' (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, **DJ** 11.11.2005).
> > 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico.
> > 6. *É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da* opinio delicti*. »7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao* parquet *a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. »8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao* parquet *em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia.*

> 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de 'escolta' de veículos contendo o entorpecente e de 'controle' de todo o comércio espúrio no município de Chapecó.
> 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. RE 468523 / SC – SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 01/12/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma (grifo nosso).

Fixação de prazo quando do retorno do inquérito à delegacia

Fixar prazo razoável para cumprimento das diligências, quando requisitadas diretamente à autoridade policial, ou sugeri-lo, caso pleiteadas ao juiz, procurando realizar analogia com as fixações de prazo contidas na lei.[4)]

Permanência dos autos em cartório

Zelar para que os autos do inquérito não baixem à delegacia de polícia sem a prévia oitiva do Ministério Público, ainda que haja pedido da autoridade policial.

Pedidos de dilação do prazo de conclusão do inquérito – Análise

Examinar minuciosamente os pedidos de dilação de prazo para o encerramento do inquérito ou realização de diligências complementares, buscando detectar o real motivo do retardamento. Analisar, em qualquer oportunidade que manusear os autos do inquérito, todos os elementos investigatórios, visando a verificar outras diligências faltantes, que devem ser requisitadas à autoridade policial, ainda que não tenham sido por esta cogitadas, evitando um constante e desnecessário retorno do procedimento.

Requisição de exame complementar nos delitos de lesões corporais graves – Laudo pericial – Requisitos

Requisitar, nos delitos de lesões corporais graves, a realização de exame complementar, caso tal providência já não tenha sido tomada pela autoridade policial, enfatizando a necessidade de suficiente fundamentação acerca da existência do resultado agravador, pois a lacônica motivação, muitas vezes limitada a uma simples afirmação, não autoriza o reconhecimento da lesão como sendo de natureza grave.

Requisitar o aditamento do laudo pericial para a formulação de correta e necessária fundamentação, em se tratando de lesões corporais graves pela ocorrência do perigo de vida.

Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de debilidade permanente de membro, sentido ou função, se o laudo pericial menciona conclusivamente a permanência da debilidade, requisitando tal providência em caso de inexistir a menção.

Verificar, na hipótese de lesões corporais graves pela ocorrência de deformidade permanente, se o laudo pericial está instruído com fotografia, requisitando-a sempre que ocorrer dano estético ou assimetria.

Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atende estritamente aos termos do art. 226 do CPP,[5)] requerendo o seu refazimento quando descumpridos os requisitos legais.

Lesão corporal seguida de morte – Análise

Verificar, na hipótese de lesão corporal seguida de morte, se a atuação do agente não exteriorizou vontade de produção do resultado agravador ou assunção deste, caso em que se configuraria o delito de homicídio.

Crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo – Requisitos do laudo

Verificar, na hipótese de crimes dolosos contra a vida praticados mediante uso de projétil de arma de fogo, se os laudos referentes aos ferimentos contêm:

a) a ocorrência de zonas de chamuscamento, esfumaçamento ou tatuagem, na pele ou na roupa da vítima;
b) os orifícios de entrada e de saída, quando o projétil transfixar o corpo da vítima;
c) a trajetória do projétil no corpo do ofendido e os órgãos lesados.

Caso inexistam tais informações, requisitar o aditamento do laudo para esse fim.

Auto de reconhecimento de pessoas ou coisas – Reconhecimento fotográfico

Verificar se o auto de reconhecimento de pessoas ou coisas atente estritamente os termos do art. 226 do Código de Processo Penal,[6] requerendo seja o mesmo refeito quando descumpridos os requisitos legais.

Não sendo possível a realização de reconhecimento pessoal do agente (por estar este foragido, em outra unidade da Federação, etc), postular a realização de reconhecimento fotográfico como meio de prova, com a juntada aos autos da fotografia submetida a reconhecimento.[7]

Lei nº 10.826/2003, medidas provisórias e tipicidade penal

Não obstante o prazo estabelecido no art. 32 da Lei nº 10.826/2003 (*vacatio legis*) tenha sido prorrogado por medidas provisórias sucessivas, observar o disposto no art. 62, § 1º, I, "b", da Carta Magna. Consigne-se ainda que, embora editadas as Leis nº 10.884/2004, nº 11.118/2005, nº 11.191/2005 e nº 11.706/2008, tais são oriundas de medidas provisórias e, assim, há que se observar a teoria das nulidades.

> "O que temos, em face da relação de dependência entre as normas e do vício de inconstitucionalidade da medida provisória, é o que o renomado Clémerson Merlin Cléve conceitua como sendo uma *inconstitucionalidade conseqüente*:
>
> [...] a inconstitucionalidade conseqüente ou derivada decorre de um efeito reflexo de inconstitucionalidade antecedente ou imediata. *Assim, será inconstitucional* (inconstitucionalidade derivada ou conseqüente) *a norma dependente de outra declarada inconstitucional* (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência). Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado inconstitucional. *É o caso* do regulamento em relação à lei; *da lei em relação à Medida Provisória (no caso de conversão)* e da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc."[8]

Salienta-se que a Lei nº 11.706/2008 alterou o art. 30 da Lei nº 10.826/2003, estabelecendo o prazo para que os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido efetuassem o seu registro.

Acerca do tema, a ementa aprovada sobre o tema, no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça: "As Medidas Provisórias nº 174, 229 e 253 (que prorrogaram o prazo para registro de armas de fogo até 23 de outubro de 2005) são inconstitucionais, bem como o são as Leis nº 10.884, de 2004, nº 11.118, de 2005 e nº 11.191, de 2005, que converteram as citadas Medidas Provisórias em Lei".

Verificar, ainda, a distinção entre a posse e o porte de arma de fogo, uma vez que, embora o legislador tenha concedido prazo para a regularização da posse de armas, tal não se aplica ao porte, pois esse não exige tão-somente o registro da arma, mas também o preenchimento de várias outras condições estabelecidas na legislação em vigor.

A respeito de tal distinção, imprescindível a transcrição de trecho do voto do eminente Des. Herculano Rodrigues no *Habeas Corpus* nº 408943-0:

> "Como cediço, o porte não se confunde com a posse. Ao contrário do que se dá com a conduta de possuir, que está diretamente ligada ao registro da arma, o porte está relacionado a outro tipo de autorização, que visa legitimar uma situação diferente daquela: *a de trazer consigo, circular com a arma, em qualquer local*. Conforme observam Luiz Flávio Gomes e Willian Terra de Oliveira – em anotações relativas à lei anterior, mas que ainda permanecem válidas –, o verbo portar 'não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo. A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo, etc.) e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho)'"[9].

Ora, diversamente da disciplina da matéria contida na anterior, Lei nº 9.437/97 – que, a propósito, por expressa determinação legal condita em seu art. 20, somente passou a incriminar as condutas previstas em seu art. 10 depois de expirado o prazo de seis meses referido em seu art. 5º, a Lei atual, nº 10.826/2003, que entrou em vigor na data de sua publicação, 22 de dezembro de 2003 (e que não contém regra de vigência semelhante àquela) –, proibiu, em seu art. 6º, o porte de arma de fogo em todo o território nacional, excetuando apenas os casos previstos em legislação própria e aqueles arrolados nos incisos do citado dispositivo.

Portanto, independentemente do prazo dado para registro ou entrega da arma, o porte sem autorização – que não depende só do registro – está expressamente vedado desde a edição da Lei, configurando crime previsto nos arts. 14 ou 16 da Lei 10.826/03 – conforme se trate de arma de uso permitido ou proibido ou restrito.

> "'HABEAS CORPUS' - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE REGULAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA - CIRCUNSTÂNCIAS IRRELEVANTES - PERICULOSIDADE DO AGENTE - ORDEM DENEGADA. O fato de ter o legislador concedido um prazo para que aqueles que possuem armas de fogo não registradas providenciem o registro ou as entreguem à Polícia não confere a estes o direito provisório ao porte, prerrogativa exclusiva das pessoas mencionadas no art. 6º da Lei 10.826/2003. Ausentes quaisquer vícios na prisão em flagrante do paciente, e verificada a necessidade da manutenção da custódia pela garantia da ordem pública, face à periculosidade do agente, irrelevantes tornam-se os aspectos de primariedade, residência fixa ou trabalho honesto. (*Habeas Corpus* - C. Criminais Isoladas - Nº 1.0000.04.411142-5/000 - Comarca de Governador Valadares - Paciente(s): Hudson Martins Rastes - Coator(es): Jd 3 V Cr Comarca Governador Valadares - Relatora: Exmª. Srª. Desª. Márcia Milanez). 'A excepcional *vacatio legis* contida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), que autoriza a entrega das armas de fogo não registradas à Polícia Federal, no prazo de cento e oitenta (180) dias, fazendo com que nesse interregno as condutas delituosas descritas no referido diploma deixem de ser puníveis, *não abrange o porte ilegal de arma de fogo* sem registro ou sem autorização da autoridade competente exercido fora da residência do agente ou de seu posto de trabalho.' (TJSC – Ap. nº 2003.030633-1, julgada em 24/03/04).

Art. 21 da Lei nº 10.826/2003 (possibilidade de concessão de liberdade provisória)

Verificar o disposto em ementa aprovada sobre a questão no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça:

> A vedação legal à liberdade provisória contida no art. 21 do Estatuto do Desarmamento encontra óbice

> nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e presunção de inocência, somente admitindo-se a manutenção do agente preso cautelarmente quando presentes os motivos ensejadores da custódia preventiva.[10)]

Porte e posse ilegal de arma – Laudo pericial

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

Entretanto, observar que a potencialidade lesiva do instrumento não se confunde com o municiamento da arma, uma vez que, conforme ementa aprovada no I Simpósio Criminal de Procuradores e Promotores de Justiça, arma de fogo eficiente, ainda que desmuniciada, acessório ou munição, podem ser objeto material das condutas delitivas previstas na Lei nº 10.826/2003.

> "O crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, consiste na conduta de 'possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar', é delito de perigo abstrato que se configura ainda que a arma de fogo se encontre desmuniciada, uma vez que o tipo penal não exige o municiamento da arma de fogo para tipificação do delito. 3. Ordem denegada. (TJDF – HBC 20050020039877 – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Nilsoni de Freitas Custodio – DJU 14.09.2005 – p. 117)
> HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DESMUNICIADAS. IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. RISCO À PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não cabimento de agravo regimental interposto contra decisão que denega ou concede pedido de liminar em *Habeas Corpus*. 2. Na linha de precedentes desta Corte, o porte ilegal de arma de fogo traz risco à paz social, de modo que, para caracterização da tipicidade das condutas elencadas nos arts. 14 e 16 da Lei 10.826/03, basta, tão somente, o porte de armas sem a devida autorização da autoridade competente ou de uso restrito. A circunstância destas se encontrarem desmuniciadas não exclui, por si só, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. 3. O MPF manifestou-se pelo indeferimento do writ. 4. Ordem denegada. (STJ, HC 109231/RS, 2008/0136436-6, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma, j. 25.09.2008, unânime).
> PENAL E PROCESSO PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DO FATO – ARMA DESMUNICIADA – IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO – RECURSO IMPROVIDO – UNÂNIME – Para que se caracterize a tipicidade da conduta elencada no art. 16 da Lei nº 10.826/03, basta, tão-somente, o porte de arma sem a devida autorização da autoridade competente. A circunstância desta se encontrar desmuniciada não exclui, por si, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão. (TJDF – APR 20040910045030 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – **DJU** 14.09.2005 – p. 114)".

Na doutrina, salienta César Dario Mariano da Silva o seguinte:

> "Como a arma de fogo desmuniciada é apta a colocar a coletividade em perigo, é possível a ocorrência do delito, eis que basta o agente municiá-la para efetuar disparos. Ademais, o tipo penal não exige que a arma esteja municiada, além de a munição também ser, de forma autônoma, objeto material do crime. Não é razoável entender que a arma deva estar municiada para a configuração do delito, pois bastaria o sujeito deixar a munição escondida em algum lugar, pronta para ser empregada, e, com isso, fugir da punição, mesmo que seja surpreendido portando (p. ex.) a arma de fogo".[11)]

Por outro lado, também não há que se dizer que o raciocínio empregado para a não criminalização da arma desmuniciada seria o mesmo para aquela inapta a efetuar disparos, uma vez que, neste caso,

> "[...] a atipicidade do comportamento, provocada pela ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17 – crime impossível), não decorre da manifesta ausência de perigo real, mas da impossibilidade jurídica de se conceituar aquele instrumento como arma e, consequentemente, da inexistência de adequação típica por ausência de elementar".[12)]

Da representação pela prisão preventiva ou temporária

Verificar, quando da análise de autos de inquérito policial relativo a indiciados soltos, a presença dos requisitos para decretação da custódia preventiva do autor do ilícito, representando por sua decretação, se for o caso.

Quando da apreciação de representação da autoridade policial pela decretação de prisão preventiva ou temporária de indiciados, ao único argumento de que este não atendera à intimação para comparecer à delegacia, verificar a possibilidade de, primeiramente, proceder-se à sua condução coercitiva – a ser determinada pela própria autoridade policial (art. 6º c/c art. 218 e 260, todos do Código de Processo Penal) – evitando-se a medida mais gravosa.

Nesse sentido, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> "[...] por vezes é necessária a presença do acusado para apuração dos fatos, podendo o juiz proceder a sua condução coercitiva, para qualquer ato processual, inclusive interrogatório, uma vez que embora não esteja obrigado a responder às perguntas que vierem a ser formuladas, o comparecimento nessa hipótese é obrigatório. O mandado deverá conter os requisitos do art. 352. A condução coercitiva também é permitida, para qualquer outro ato que não possa ser realizado sem a presença do acusado [...]".[13)]

Acerca da possibilidade de condução coercitiva do indiciado diretamente pela autoridade policial, confira-se:

> "'HABEAS CORPUS'. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. Incabível a prisão temporária de indiciado que possui residência fixa, ainda que em outra unidade da federação, forneceu os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e já foi submetido a reconhecimento pela vítima. *Se imprescindível sua presença aos atos da investigação, poderá, se não atender ao chamado da autoridade, ser determinada sua condução coercitiva, medida menos gravosa do que a prisão*. (*Habeas Corpus* nº 19980020027583/DF (111741), 2ª Turma Criminal do TJDFT, Rel. Des. Getulio Pinheiro. j. 03.12.1998, Publ. **DJU** 22.04.1999, p. 52 – grifo nosso).
> [...] O investigado pode ser submetido a interrogatório pela autoridade policial mais de uma vez, quando se entender necessárias novas declarações para elucidação dos fatos, *tendo o investigado dever de comparecer sob pena de condução coercitiva, embora tenha a garantia constitucional ao silêncio* [...](ementa parcial - TRF 3ª Região -*Habeas Corpus* nº 11764/SP (200103000270236), 2ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Souza Ribeiro. j. 21.05.2002, **DJU** 11.09.2002, p. 385 – grifo nosso).

Verificar, ainda, que a prisão temporária somente poderá ser decretada quando haja fundada suspeita de participação do representado em um dos delitos elencados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89, além da presença dos requisitos estatuídos nos incisos I ou II da mesma lei.

Zelar pela correta identificação do representado pela autoridade policial, abstendo-se de ratificar representação pela prisão de pessoa não corretamente individualizada, evitando equívocos quando do cumprimento do mandado de prisão.

Arts. 303 e 306 da Lei nº 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)e transação penal

Zelar pela realização de exame de constatação de embriaguez como prova relevante para a comprovação da materialidade delitiva, bem como observar a ocorrência de perigo concreto na conduta do agente.

> CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (CTN, ART. 306) - DENÚNCIA - PERIGO NECESSÁRIO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA - OCORRÊNCIA - *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO. O fato de o agente conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, por si só não tipifica o crime previsto no art. 306, do CTN; há necessidade de que com tal ação esteja expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Sem a realização de uma conduta anormal, vale dizer, se dirigir sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, o motorista estará cometendo apenas a infração administrativa de que trata o art. 165, do mesmo CTN, desde que, neste caso, a substância se apresente em nível igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue. (*Habeas Corpus* nº 99.016474-8, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado. j. 05.10.1999 – grifo nosso).
> TAMG: APELAÇÃO - CRIMES DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - DELITO DE PERIGO CONCRETO - NECESSIDADE DE PROVA DA AMEAÇA DE DANO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - CONTRAVENÇÃO PENAL DE EMBRIAGUEZ - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. I - O delito do art. 306 da Lei nº 9.503/97 é de perigo concreto, exigindo a prova efetiva do perigo de dano à incolumidade pública. II - O princípio da adequação social deve nortear o intérprete da norma penal na aferição do juízo de lesividade de uma conduta necessário para a caracterização da tipicidade material de um fato que, em conjunto com sua tipicidade formal, caracteriza a conduta como típica, primeiro elemento do conceito analítico do crime. III - Não há tipicidade formal ou material na conduta do réu de beber três doses de cachaça e uma cerveja e ficar importunando os seus amigos num bar que tem o costume de freqüentar, seja pela ausência de escândalo ou perigo para a sua segurança e de outras pessoas, como exige o tipo penal do art. 62 da Lei de Contravenções Penais, seja pela inexistência de lesão à polícia de costumes, bem jurídico tutelado pela indigitada norma penal. IV - Recurso provido para absolver o réu. Decisão: Dar provimento.(Apelação Criminal nº 0321887-3/2000, 2ª Câmara Criminal do TAMG, Nova Serrana, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho. j. 24.04.2001, unânime)".

Encontra-se superado o entendimento de ser imprescindível a realização do exame de constatação de embriaguez; a colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, recentemente, que, nos casos em que a perícia (leia-se: exame de dosagem) não é realizada porque na comarca *não há os equipamentos necessários à realização do exame ou por recusa do infrator* em submeter-se aos exames de alcoolemia, a comprovação do estado de embriaguez pode ser realizada por testemunhas ou pelo exame clínico, de acordo com preceitos doutrinários estabelecidos em medicina legal, ou seja, quando não for possível realizar o exame para indicar a concentração de álcool no sangue, há outros tipos de prova (testemunhal ou exame clínico) que podem atestar, indubitavelmente, o estado de embriaguez do motorista, o que admite a aplicação do art. 167 do CPP, para comprovação da *materialidade delitiva*. (HC 132.374/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 06.10.09, unânime).

> "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TIPICIDADE. CRIME DE TRÂNSITO.EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI 9.507/97. RECUSA AO EXAME DE ALCOOLEMIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE PREENCHIDO ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL DO SANGUE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ESPECÍFICO PARA AFERIÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL NO SANGUE SE DE OUTRA FORMA SE PUDER COMPROVAR A EMBRIAGUEZ. ESTADO ETÍLICO EVIDENTE. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. O trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. *A ausência de realização de exame de alcoolemia não induz à atipicidade do fato pelo não preenchimento de elemento objetivo do tipo (art. 306 da Lei 9.503/97), se de outra forma se puder comprovar a embriaguez do condutor de veículo automotor. Precedentes. 3. A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto. 4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial*. (RHC 26432 / MT, 2009/0131375-7, Rel.

> Min. Napoleão Nunes Maia Filho, T5 – Quinta Turma. j. 19.11.2009, unânime – grifo nosso)".

Observar, ainda, a disposição do parágrafo primeiro do art. 201 do CTB, que prevê a possibilidade de transação penal para alguns crimes, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a III do mesmo dispositivo legal. Se for o caso de transação penal, verificar a presença dos requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, e oferecendo a respectiva proposta em audiência, se for o caso.

Em se tratando de delito de lesões culposas cometidas na condução de veículos automotores (art. 303 e seu parágrafo único, do CTB), pugnar pela designação de audiência de tentativa de composição civil (art. 74 da Lei nº 9.099/95) e, somente frustrada esta, verificar a possibilidade de oferecimento de transação penal ao autor do fato.[14)]

Lembrar que, pela disposição do art. 296 do CTB, sendo o réu reincidente em crimes do CTB, além das penas previstas no dispositivo penal infringido, deverá ser imposta a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Destinação de objetos apreendidos após arquivamento do inquérito policial

Requerido e deferido o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, zelar para que destinação de objetos porventura apreendidos nos autos seja realizada nos moldes estabelecidos pelo Provimento Conjunto nº 01/2003 (TJMG/MPMG), publicado no *Minas Gerais* de 4 de agosto de 2003.

Homicídio doloso – Requisitos do laudo

Verificar, nas hipóteses de homicídio doloso, se os laudos necroscópicos encontram-se acompanhados da ficha biométrica da vítima e de diagrama demonstrador da localização dos ferimentos e a sua direção, requisitando, caso inexistam as referidas informações, o aditamento do exame para tal fim.

Afogamento – Necessidade da indicação no laudo dos sinais externos e internos da "causa mortis"

Verificar, nas hipóteses de afogamento, se os laudos periciais indicam os sinais externos e internos dessa *causa mortis*, especialmente a espuma traqueobrônquica e o enfisema aquoso, requisitando o aditamento se, por fundamentação deficiente, não ficar excluída a suposição de morte anterior.

Crimes em que há necessidade de realização de exames laboratoriais

Verificar, nas hipóteses em que sejam necessários exames laboratoriais, como nos crimes contra a saúde pública e no homicídio praticado mediante envenenamento, se os laudos periciais encontram-se ilustrados por provas fotográficas ou assemelhadas, desenhos ou esquemas, requisitando o aditamento caso inexistam tais peças.

Furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa – Necessidade da prova pericial do arrombamento

Verificar, nos crimes de furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa, se foi realizada a prova pericial do arrombamento, requisitando-a, caso seja ainda possível sua elaboração.

Crimes em que se deve apurar violência contra a coisa – Requisitos do laudo pericial

Verificar, nos crimes em que se deve apurar violência contra a coisa, como no furto qualificado pelo rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa e dano, se os laudos periciais contêm a indicação dos instrumentos utilizados para o cometimento dos delitos e da época presumida da prática do fato, requisitando a complementação, caso ausentes tais informações.

Crimes em que se deve apurar o valor da coisa – Laudo pericial

Verificar, nas hipóteses em que seja necessária a apuração do valor da coisa do crime, como no furto privilegiado e no estelionato com pequeno prejuízo, se ha mensuração da expressão econômica dessa, requisitando a complementação do laudo caso inexista tal informação ou, quando do oferecimento da denúncia, requerer ao juiz a produção da prova em referência.

Casos de incêndio – Laudo pericial

Nos casos de incêndio, verificar se os laudos periciais contêm a indicação da causa e do lugar em que começou, se houve perigo para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o valor deste, requisitando o aditamento do laudo caso faltem tais informações.

Contravenção penal do jogo do bicho – Laudo grafotécnico

Verificar, nas hipóteses da contravenção penal do *jogo do bicho* em que é indiciado o *apontador* ou intermediador, se há laudo grafotécnico, requisitando-o caso inexista.[15)]

Porte ilegal de arma – Laudo pericial

Verificar, nas hipóteses de porte ilegal de arma, se há laudo pericial acerca da potencialidade do instrumento lesivo, requisitando-o no caso de omissão.

Ação penal pública condicionada – Necessidade de representação

Verificar, nos casos de ação penal pública condicionada, a existência da representação da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, assim como a existência, se for o caso, de atestado ou declaração de pobreza, bem como o prazo decadencial.

Inquéritos policiais em crimes de ação penal privada

Opinar, nas hipóteses de inquéritos policiais instaurados por crimes de ação penal privada, pela permanência dos autos em cartório até a iniciativa do interessado, sugerindo ao juiz que proceda à notificação deste.

Prova da idade do indiciado e da vítima

Verificar, nas hipóteses em que a idade ou o estado civil do indiciado produzir efeito jurídico, se a respectiva

certidão encontra-se juntada aos autos, providenciando tal medida caso não tenha sido tomada pela autoridade policial; da mesma forma, em relação à vítima.

Depósito de quantias anexadas aos autos

Promover o imediato recolhimento a estabelecimento bancário oficial, a ordem do juízo, das quantias em dinheiro que venham anexadas ao procedimento investigatório.

Requerimento de mandado de busca e apreensão – Quebra de sigilo bancário e fiscal e de dados telefônicos

Pleitear ao juiz, nas hipóteses em que for necessária, a expedição de mandado para que a autoridade policial possa fazer busca e apreensão mormente para que seja realizada perícia em veículo por haver suspeita de que teria sido furtado ou roubado.

Postular ao juiz, de forma fundamentada, o acesso aos dados bancários e fiscais, bem como aqueles de cunho telefônico, demonstrando a imprescindibilidade destes face ao conteúdo e objetivo da investigação policial.

Sugerir que não seja conferida publicidade à documentação e aos dados obtidos, com a adoção de medidas que impeçam o acesso às informações por parte de terceiros, ressalvadas as prerrogativas do Ministério Público, da autoridade policial e dos advogados dos indiciados.[16)]

Manifestação sobre prisão em flagrante

Examinar os seguintes aspectos quando da manifestação sobre cópias de flagrante delito:

a) se era caso de prisão em flagrante; se não era, postular o relaxamento da prisão cautelar, ou então, se for o caso, a decretação da prisão preventiva;
b) se foram observadas as formalidades legais;
c) se estão presentes ou não os motivos que autorizariam a decretação da custódia provisória (art. 312, CPP), manifestando-se pela concessão da liberdade provisória quando inexistente o *periculum in mora* ou se o agente tiver praticado conduta que possa se amoldar numa das causas do art. 23, CP;
d) lembrar que sendo legal a prisão em flagrante, a liberdade provisória com ou sem fiança é incabível nos crimes hediondos ou a esses assemelhados;
e) se a fiança concedida está correta, pleiteando reforço caso necessário;
f) apurado eventual abuso de poder na prisão em flagrante, requisitar a abertura de inquérito policial ou oferecer denúncia caso disponha de elementos informativos suficientes ao início da ação penal.

Fiscalização do prazo de conclusão do inquérito policial – Providência no caso de prescrição em razão do atraso da apuração

Fiscalizar o correto cumprimento, pela autoridade policial, dos prazos de conclusão dos inquéritos, de modo a evitar que os procedimentos permaneçam indefinidamente na delegacia de polícia.

Oficiar a Procuradoria-Geral de Justiça dando conhecimento sobre a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva pela lentidão na conclusão do inquérito policial acerca de determinada infração, a fim de que essa possa comunicar o fato à Secretaria de Segurança Pública.

Oficiar a Corregedoria-Geral do Ministério Público sobre anormalidade operacional ou outra situação que enseje pedido de providências junto aos órgãos superiores da Polícia Civil, mormente à Corregedoria de Polícia.

[1)] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.134-135.
[2)] Sobre o inquérito policial, o Aviso nº 6/87 da PGJ lembra aos representantes do MP sobre a existência de portaria do então Secretariado de Segurança Pública do Estado, publicada em 12/06/1987, que proibia a "praxe viciosa de (se) juntarem a confissão do indiciado da autoria de diversos crimes que lhe são atribuídos".
[3)] No retorno dos autos para diligência perante a autoridade policial, o Ofício circular 1/92 da CGMP recomenda que se evite a utilização de dos termos "ordenar, mandar, determinar ou exigir, atendo-se a terminologia legal e técnica, qual seja, requisitar, conforme consta dos textos atinentes à espécie, isto é, art 129, VIII, da Constituição Federal; art. 120, VII, da Constituição do Estado de Minas Gerais; art 15, I, da Lei Complementar nº 40/81 e arts. 5º, II, e 47 do Código de Processo Penal" (a atual Lei Orgânica nacional – Lei nº 8.625/93 – faz referência ao termo 'requisitar' no art. 26, I, "b").
[4)] Ver Avisos nº 30/87 e 33/87 da CGMP que instituem a Pasta de Controle de Inquérito Policial, o que permite a fiscalização do prazo de cumprimento das diligências.
[5)] Reconhecimento de pessoa. Sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do C.Pr. Pen. elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e de sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada. (HC n° 70.936-2-SP, 1a. Turma, rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, **DJU** de 6/9/96, p. 31.849, ementa parcial).
[6)] Reconhecimento de pessoa: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 do Código de Processo Penal elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e sem sua reiteração em juízo, também sem atendimento às mesmas formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada (HC nº 70.936-2-SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8/11/94, **DJU** de 6/09/96, ementa parcial).
[7)] PROCESSO-CRIME - Nulidade - Alegada nulidade de reconhecimento - Art. 288 do Código de Processo Penal - Inocorrência - Reconhecimento fotográfico - Deslocamento inútil do réu até outro estado, apenas para ser visualizado - Fotografias nítidas e perfeitamente identificáveis - Preliminar rejeitada. (Tribunal de Alçada de São Paulo - Apelação Criminal nº 235.505-3 - Nova Granada - 2ª Câmara Criminal de Férias 'Janeiro/98' - Relator: Prado de Toledo - 16.02.98 – V.U.). O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido; não basta para tanto a chamada de co-réu colhida em investigações policiais e retratada em juízo. (STF – HC nº 74.368 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997, **DJU** de 28/11/1997).
[8)] GANGONI, Bruno Corrêa.**A Plena Vigência do art.12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade da Medida Provisória em Matéria Penal**. Boletim IBCCrim, ano 12, nº149, abril/05, p.15.
[9)] GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei das Armas de Fogo**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 115.
[10)] *'HABEAS CORPUS'* - LEI Nº 10.826/03 - A DISPOSIÇÃO CONSTANTE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, VEDANDO A LIBERDADE PROVISÓRIA, TRADUZ-SE NUMA INACEITÁVEL RESTRIÇÃO A UM DIREITO FUNDAMENTAL, CONSAGRADO NO ART. 5º, INCISO LXVI, ALÉM DE ATENTAR CONTRA O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA SENDO, SOBRE ESSE ASPECTO, MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL - LIBERDADE PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL, PREVISTA NO ART. 310 DO CPP, QUE CONDICIONA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, À PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. (TJMG - HABEAS CORPUS N° 1.0000.06.434332-0/000 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - PACIENTE(S): SAMUEL VIEIRA DE MOURA FONTES – AUTORID. COATORA: JD 2 V CR COMARCA JUIZ FORA - RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS).
[11)] SILVA, César Dario Mariano da.**Estatuto do desarmamento de acordo com a Lei n. 10826/2003**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 96.
[12)] CAPEZ, Fernando.**Arma de fogo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.
[13)] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 338.
[14)] Ver Ementas nº 3 e nº 4: Aprovadas por unanimidade no Segundo Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça: **Ementa nº 3:** No caso do artigo 303, caput, da Lei 9.503/97, somente se lavrará Termo Circunstanciado de Ocorrência após representação da(s) suposta(s) vítima(s), quando a narrativa do BO não permitir, desde já, a identificação de quem seja o causador do acidente. **Ementa nº 4:** Ocorrendo o delito do art. 303 do CTB, e sendo o autor inabilitado, caso não haja representação da vítima, subsiste o crime do art. 309 do CTB a ser processado junto ao JECRIM.
[15)] Lembrar que a Súmula nº 51 do STJ acentua que "a punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro" (**DJU** de 24/9/92).
[16)] Ver Lei nº 9.034, de 3/5/95.

Fase processual

Na fase processual, recomenda-se:

Emprego de terminologia adequada

Usar os termos *requerer* quando titular da ação penal e *opinar* quando se tratar de ação penal privada.

Fiscalização das armas,instrumentos e produtos do crime

Zelar para que as armas, instrumentos da infração e outros objetos apreendidos na fase pré-processual sejam encaminhados a juízo, onde deverão ser recebidos pela secretaria, mediante termo próprio nos autos.[1)]

Atentar para o cumprimento da Resolução Conjunta nº 001/003 da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça quanto à destinação a ser dada aos objetos apreendidos.

Arquivamento de inquérito ou peças informativas em razão da extinção da punibilidade

Requerer fundamentadamente a extinção da punibilidade do fato delituoso noticiado na fase pré-processual, inquisitorial ou não, pela ocorrência de causa prevista na legislação criminal, em especial no art. 107 do CP, cabível na oportunidade, postulando o arquivamento e baixa do expediente policial. Na hipótese de morte do agente, limitar-se a requerer o arquivamento, sem pedido expresso de extinção de punibilidade, evitando-se, assim, discussão jurídica futura quando se constatar que a certidão de óbito é falsa.

Arquivamento - Requisitos da manifestação

Elaborar todas as promoções de arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas com relatório sucinto, necessária fundamentação e conclusão.[2)]

Arquivamento de inquérito ou peças informativas por motivo de política criminal, princípio da insignificância ou por presunção de ocorrência de prescrição pela pena aplicada

Abster-se de promover arquivamento de inquéritos policiais ou de outras peças informativas baseado em *motivo de política criminal*, no princípio da *insignificância* da infração ou na presunção de que, se condenado o réu, ocorrerá a prescrição da pretensão punitiva pela pena a ser concretizada na sentença.

Arquivamento de inquérito instaurado por crime culposo

Evitar, ao pleitear o arquivamento de inquérito instaurado por crime culposo, a afirmação da ocorrência de culpa exclusiva da vítima, limitando-se à análise da falta de culpa na conduta do indiciado.

Arquivamento de inquérito ou peças informativas pela existência de causa justificante

Pleitear o arquivamento de inquérito policial ou outra peça informativa pela existência de causa justificante, tão

somente quando houver prova inequívoca que o agente atuou amparado por causa legal de exclusão da ilicitude penal.

Lembrar que eventual falsidade no conteúdo das informações caracterizadoras da causa justificante ou notícia de prova nova quanto a sua inexistência poderá ensejar o desarquivamento do inquérito policial, caso não esteja extinta a punibilidade pela prescrição.

Arquivamento de inquérito na hipótese de concurso de pessoas – Oferecimento de denúncia contra um ou mais participantes

Formular, na hipótese de concurso de pessoas, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, o pedido de arquivamento de inquérito policial ou outra peça informativa em relação ao concorrente excluído da relação processual, evitando a existência do denominado *arquivamento implícito*.

Denúncia na hipótese de concurso de pessoas – Exclusão de algum concorrente em razão de necessidade de diligência

Mencionar, em folha separada da denúncia oferecida contra um ou mais participantes, a razão pela qual algum indiciado não está incluído na peça acusatória, pleiteando a realização da diligência necessária para posterior aditamento da denúncia e inclusão dele na relação jurídico-processual, ou então, o desmembramento e o prosseguimento das investigações em relação àquele.

Requisitos da denúncia

[3)]

Formular a denúncia de forma direta e objetiva, endereçando-a ao juiz competente, qualificando o(s) acusado(s), narrando circunstanciadamente o(s) fato(s) noticiado(s), tipificando corretamente a(s) infração(ões), elencando o rol de testemunhas a serem ouvidas, requerendo a citação do(s) denunciado(s) e, por fim, pedindo a condenação. Nos requerimentos finais das vestibulares acusatórias por crimes da competência do Tribunal do Júri, deve ser formulado o pedido de pronúncia antes que o de condenação, pois é a pretensão processual na primeira fase do procedimento escalonado. A denúncia não deve conter a discussão jurídica do(s) fato(s) narrado(s) nem referência a elementos doutrinários ou jurisprudenciais a sustentá-la. Por outro lado, não deve a peça acusatória conter menção às alegações do(s) indiciado(s), vítima(s) ou testemunhas, pois se constitui em mera exteriorização do fato surgido dos elementos probatórios colhidos no procedimento investigatório ou contidos nas informações.

Requerimentos quando do oferecimento da denúncia

Elaborar separada e fundamentadamente os requerimentos quando do oferecimento da denúncia, tais como, diligências a serem realizadas ou a prisão preventiva, que devem constar da cota marginal de apresentação da peça acusatória ao juiz.

Observar, ainda, as disposições dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, que preveem, respectivamente, a possibilidade de proposição de transação penal e suspensão condicional do processo, cumpridos os requisitos legais.

Havendo inovação, para pior, na classificação jurídico-penal da conduta atribuída ao réu, postular revogação da liberdade provisória com o subseqüente retorno do réu à prisão, bem como a devolução do valor da fiança, se

for o caso.

Denúncia em caso de concurso de pessoas

Especificar na denúncia, em se tratando de concurso de pessoas, conduta de cada concorrente, ressaltando a sua relevância causal e liame subjetivo ou normativo existente entre os denunciados.

Observar que, nos crimes de autoria coletiva ou multitudinários, tem-se admitido narrativa genérica da ação comum desenvolvida pelos réus.

Requerimento de incidente de insanidade mental

[4]

Requerer, de forma apartada da denúncia, na forma do item 10, incidente de insanidade mental do acusado, formulando previamente os quesitos.

Recomenda-se a utilização dos quesitos oficiais:

- 1º - O paciente submetido a exame era, ao tempo da ação ou da omissão, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
- 2º - O paciente submetido a exame não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
- 3º - Qual essa doença mental ou de que natureza era essa perturbação da saúde mental?
- 4º - Que grau de desenvolvimento mental apresenta o paciente submetido a exame?

Denúncia por crime que deixa vestígio

Fazer expressa menção, na denúncia dos denominados crimes não transeuntes (que deixam vestígios), ao exame de corpo de delito existente na peça inquisitorial, observado o disposto no item B.18, retro, perícia inviabilizada.

Denúncia por crime contra a vida ou a integridade corporal

Referir-se, na denúncia concernente ao crime contra a vida ou a integridade corporal, ao instrumento utilizado (esclarecendo se foi, ou não, apreendido), ao meio e modo empregados para a ofensa (socos, pontapés, etc.), não sendo suficiente a singela referência a morte ou lesão corporal.

Denúncia por crime culposo

Descrever, na denúncia concernente a crime culposo, o fato configurador da culpa (ausência do dever geral de cuidado), não bastando a simples menção a conduta imprudente, negligente ou imperita do denunciado.

Denúncia por crime de lesão corporal

Referir-se, na denúncia relativa ao crime de lesão corporal, a região e o tipo do ferimento, bem como a gravidade da lesão, não sendo suficiente a referência ao auto de exame de corpo de delito.

Descrever detalhadamente, na denúncia respeitante a lesões corporais recíprocas, a conduta de cada denunciado, evitando atribuir a iniciativa da agressão a um só deles e distinguindo a hipótese do delito de rixa.

Denúncia por crime contra o patrimônio

Indicar, na denúncia relativa aos crimes contra o patrimônio, qual(is) o(s) objeto(s) subtraído(s), apropriado(s) etc., não sendo de boa técnica a mera referência ao auto de apreensão, de arrecadação ou de avaliação constantes do inquérito policial ou outra peça informativa. Caso seja possível, é importante mencionar em poder de quem estão os objetos apreendidos e o valor dos mesmos.

Mencionar na acusação todas as possíveis qualificadoras ou causas de aumento de pena que, ainda que não aplicáveis ao crime já descrito, poderão ser úteis na hipótese de desclassificação para delito menos grave.

Denúncia por crime de ameaça

Mencionar, na denúncia relativa aos crimes de ameaça ou nos quais a ameaça é meio executório, qual o fato configurador da *vis compulsiva*.

Denúncia por crime de desacato, contra a honra e denunciação caluniosa

Mencionar, na denúncia por crime de desacato, calúnia, difamação, injúria e denunciação caluniosa, as expressões ou fatos configuradores da ofensa, não satisfazendo a simples referência ao *nomem iuris* do delito.

Observar que, na denunciação caluniosa, não é imprescindível o prévio arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação relativas ao crime que gerou a indevida instauração de inquérito ou ação penal.

Denúncia por crime de prevaricação

Mencionar, na denúncia por crime de prevaricação, o interesse ou o sentimento pessoal que moveu o agente a praticar o delito, citando, quando possível, o fato que o ensejou, sob pena de inépcia.

Denúncia por crime de receptação

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de receptação dolosa, na forma básica, o fato concernente à origem ilícita do objeto receptado, bem como a forma pela qual o denunciado sabia dessa circunstância, caso seja possível.

Atentar para o elemento subjetivo do tipo na receptação qualificada, que, segundo entendimento atualmente dominante, inclui o dolo direto e o dolo eventual, ou seja, a expressão deve saber, incluída no § 1º do art. 180 do CP, caracterizadora do dolo eventual, inclui o sabe, expressão caracterizadora do dolo direto, por interpretação extensiva.

Mencionar, nas denúncias relativas ao crime de receptação dolosa, na forma qualificada, os fatos que autorizam

a conclusão de que o acusado deveria saber ser a coisa receptada produto de crime. Dessa forma, por hipótese, é importante que a peça acusatória refira que “a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada” ou “a contratação para a condução do veículo previa viagem à noite e em estradas de pouco movimento” ou “a condução ou transporte do veículo previa como destino o Paraguai” ou “o veículo foi entregue no local para ser desmontado sem que estivesse danificado para gerar um conserto” etc.

Mencionar, na denúncia relativa ao crime de receptação culposa, os fatos que autorizam a conclusão de que o acusado deveria presumir ter sido a coisa receptada obtida por meio de crime. Assim, por hipótese, é importante que a peça inicial refira que *a condição do ofertante, pessoa desconhecida do acusado e por ele não identificada ou um delinquente conhecido na cidade ou um menor de idade* etc.

Observar as novas modalidades de receptação relativas a veículo automotor.

Qualificação do acusado

Qualificar corretamente o denunciado, citando, sempre que possível, seus apelidos, nacionalidade, naturalidade, estado civil, ocupação profissional, idade, filiação, situação econômica, domicílio, residência, local de trabalho e, se for o caso, outro lugar onde poderá ser facilmente encontrado para tornar ciência pessoal dos atos do processo. Se o acusado estiver preso, indicar o estabelecimento onde se encontra recolhido. Não é aconselhável a mera indicação das folhas do inquérito policial ou de qualquer outra peca informativa em que se encontre a qualificação.

Qualificação da vítima e testemunhas

Qualificar corretamente a vítima e as testemunhas, para facilitar sua identificação, devendo constar o local onde poderão ser encontradas. Cuidando-se de servidores públicos, civis ou militares, é importante indicar a repartição ou a unidade em que prestam serviço. O nome do ofendido deve constar da exposição do fato feita na denúncia.

Idade do acusado – Necessidade de menção na denúncia

Caso estejam sendo denunciadas pessoas com menos de 21 anos ou mais de 70 anos de idade,[5)] mencionar esta circunstância, expressamente, na denúncia, fazendo referência à certidão comprobatória existente no procedimento informativo. Inexistente a certidão, requisitá-la, em diligência.

Acusado menor de 18 anos – Ausência de certidão de nascimento

O autor do fato delituoso aparentemente maior de idade pode, eventualmente, não estar portando documento e alegar ser menor de 18 anos. Nesta hipótese, se não for possível a obtenção de certidão de nascimento, pedir diligência de juntada da certidão de batismo (batistério) e a sujeição do auto ao exame médico-legal apropriado para verificação da faixa etária.

Menção na denúncia da expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo

Utilizar na denúncia, em todos os casos, quando da descrição do fato punível, a expressão ou locução caracterizadora do verbo nuclear do tipo.

Explicitação na denúncia sobre a data e o lugar do fato

Mencionar na denúncia, sempre que possível, a data e o lugar em que o fato infracional foi praticado, com o detalhamento de todas as circunstâncias relevantes para a fixação da competência do juízo, prescrição e decadência.

Menção na denúncia das circunstâncias relevantes na qualificação do fato

Mencionar na denúncia, quando da descrição do fato punível, todas as circunstâncias importantes para a qualificação do crime ou aumento de pena, integrando-as à capitulação.

Referência na denúncia sobre o atendimento das condições de procedibilidade

Informar, em se tratando de ação penal pública condicionada, no corpo da denúncia, o atendimento das condições de procedibilidade, tais como representação ou requisição, no preâmbulo, e o estado de pobreza, fazendo referência à prova respectiva na parte expositiva, sendo importante atentar para a data do fato, para efeito de decadência.

Descrição na denúncia do fato impeditivo da consumação na hipótese de crime tentado

Descrever, cuidando-se de crime tentado, o fato impeditivo da consumação, alheio à vontade do denunciado. Assim, por hipótese, é preciso esclarecer que “o homicídio não se consumou porque o denunciado, quando já havia desferido dois tiros de revolver em direção a vítima, sem acertá-la, foi contido por Fulano de Tal que passava pelo local”, sendo incorreta a singela menção à fórmula legal prevista no art. 14, II, do Código Penal.

Denúncia em caso de concurso de crimes

Descrever especificadamente, tratando-se de denúncia concernente a concurso de crimes, as diversas ações praticadas pelo denunciado, de forma a permitir sua correta classificação como concurso material ou crime continuado. É aconselhável que somente haja o reconhecimento da continuidade delitiva quando inequívoca e por ocasião das alegações finais.

Crime com participação de menor de 18 anos de idade

Fazer constar da capitulação de denúncia cuja narrativa indica a participação de menor de 18 anos de idade, ainda não corrompido, o delito previsto no art. 1° da Lei nº 2.252/54, em concurso formal ou material com o crime principal praticado pelo denunciado e pelo inimputável, mencionando, expressamente, na parte expositiva, a idade do menor e o fato de ele ainda não se haver iniciado na vereda delituosa.

Rol de testemunhas

Arrolar, quando possível, o número máximo de testemunhas previsto na legislação para a demonstração do fato narrado na denúncia, devendo ser salientado que o número máximo corresponde a cada infração e não propriamente à peça acusatória.

Análise da folha de antecedentes ou informações dos distribuidores

Verificar, quando da juntada aos autos da folha de antecedentes ou das informações dos distribuidores criminais, se há notícia de outros processos, requerendo certidões de inteiro teor a respeito, inclusive com indicação da data do trânsito em julgado das sentenças condenatórias.

Diligências para a localização do réu

Velar para que o réu seja citado pessoalmente, por meio de Oficial de Justiça, antes de requerer a citação por edital, pleiteando de órgãos como o TRE, SPC, SEDES, entre outros, informações sobre a residência ou local de trabalho do acusado.[6)]

Providências após a citação por edital

Observar o disposto na Lei nº 9.271/96,[7)] zelando para que se opere a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de citação editalícia, não tendo comparecido o réu, nem constituído defensor. É importante manter, mediante livro próprio, no gabinete da Promotoria de Justiça, controle referente ao número dos processos, ao nome dos réus, à natureza do delito e à situação processual, concernente aos feitos em que aplicável à lei citada, devendo constar a data da decisão que suspendeu o processo.

Lembrar que a efetivação da citação pessoal e o não comparecimento posterior do réu acarretarão a revelia e o normal prosseguimento da causa.

Pugnar pela realização das provas urgentes, em especial a de natureza testemunhal, cuidando para que a audiência seja acompanhada por defensor dativo.

Cabimento do benefício da suspensão condicional do processo

Atentar para as hipóteses de cabimento do benefício da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quanto aos requisitos objetivos e subjetivos, recomendando-se que, quando do oferecimento, sejam explicitadas as condições do benefício, bem como a duração do período de prova.

Interrogatório – Necessidade da presença do defensor

Zelar para que o réu seja interrogado na presença de defensor, constituído ou nomeado. Sua ausência tem sido causa recorrente de nulidade processual reconhecida por tribunais superiores. Em caso de haver mais de um réu, velar para que sejam defendidos por diferentes patronos, quando suas teses de defesa forem colidentes ou se mostrarem como tal no curso da instrução.

Examinar as inovações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, em especial quanto ao direito ao silêncio, não podendo a negativa do réu em responder as perguntas que lhe forem formuladas ser interpretada em seu desfavor e quanto à possibilidade de perguntas pelas partes dirigidas à autoridade judiciária,[8)] no sistema de reperguntas, respeitando-se a ordem: MP, assistente (se houver) e defesa.

Também devem ser permitidas reperguntas do defensor do *corréu* na hipótese de réu delator ou na conhecida *chamada de corréu*, visto que a delação feita por *codenunciado* constitui verdadeira prova testemunhal.

Possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência (art.

185, CPP)

Atentar para as alterações advindas da Lei nº 11.900/2009, a qual prevê que, excepcionalmente, o juiz, mediante decisão fundamentada, poderá realizar o interrogatório por videoconferência do réu preso ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

A regra, conforme estabelece o art. 185, § 1°, do Código de Processo Penal, continua sendo a realização do interrogatório do réu preso, em sala própria, no estabelecimento em que se encontrar recolhido, na presença física do juiz, devendo este determinar, mediante decisão fundamentada, a sua realização por videoconferência somente nas hipóteses do art. 185, § 2°, do diploma processual penal.

Devido ao fato de que, em virtude das Leis nº 11.689/2008 e no 11.719/2008, o interrogatório passou a ser o último ato da audiência única de instrução e do julgamento, a Lei nº 11.900/2009 autorizou que o interrogado acompanhe, pelo mesmo sistema eletrônico, o transcorrer dessa audiência.

Não sendo viável a realização do interrogatório no estabelecimento carcerário na presença física do juiz ou pelo sistema de videoconferência, requisitar, nos termos do art. 185, § 7°, do Código de Processo Penal, a apresentação do réu preso em juízo, tal como também dispõe o art. 399, § 1°, do referido diploma.

Impende salientar que a Lei nº 11.900/2009 não se limitou a autorizar o emprego desse recurso tecnológico apenas no interrogatório, mas em todos os atos que dependam de pessoa que esteja presa, conforme prevê o § 8° do art. 185 do Código de Processo Penal.

Não há que se falar em afronta aos princípios da ampla defesa e da publicidade, uma vez que o acusado, no interrogatório por videoconferência, tem contato direto e irrestrito com o magistrado e com seu advogado, sendo a publicidade garantida por meio da tecnologia.

A obrigatoriedade da presença do defensor bem como sua prévia e reservada entrevista com o réu elidem o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o valor probatório do ato. Sobre o assunto, vide ementas nº 01 e 02 do III do Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça.[9)]

Observância do rito procedimental

Velar para que seja observado o rito procedimental, atentando que o art. 400 do CPP (com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008) dispõe que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, não se considerando o fato de o réu estar preso ou solto.

Sobre o não atendimento do supramencionado prazo, assim assegura a doutrina:

> […] É evidente que o desatendimento ao prazo, sem haver algum motivo relevante que justifique a demora, com verdadeira falta de razoabilidade, leva ao reconhecimento de que a prisão cautelar eventualmente existente passa a ser ilegal, o que deve imprimir no seu relaxamento.[10)]

Fase de requerimento de diligências (art. 402, CPP)

Apreciar, na fase do art. 402, CPP, a regularidade processual requerendo, quando necessário, diligências visando a sanar eventuais nulidades, a complementação da prova colhida na fase instrutória, bem como esclarecimentos sobre os antecedentes do réu e a constatação da reincidência.

Análise das preliminares

Arguir ou examinar, nas alegações, nos pareceres ou razões recursais, antes da apreciação do mérito, as

matérias preliminares. Lembrar que há preliminares prejudiciais de outras como, por exemplo, a inépcia da denúncia ou a ilegitimidade ativa em relação à prescrição.

Alegações finais — Referência a possível interrupção da prescrição

Nos casos em que houver dúvida sobre a ocorrência da prescrição, visando à maior clareza e à facilidade de análise, é prudente registrar, nas alegações finais, razões e contrarrazões recursais, os marcos interruptivos da prescrição.

Alegações finais, pareceres,razões e contrarrazões recursais

Fazer constar expressamente, nos relatórios de alegações finais, pareceres, razões e contrarazões recursais, o fato material enquadrado como típico e as teses jurídicas levantadas no curso do processo.

Apontar e provar, nas alegações finais, por meio de certidão cartorária, a reincidência.

Postular, nas alegações finais, em caso de crime que prevê condenação a pena restritiva de liberdade, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF).[11)]

Fuga do réu e deserção da apelação

A maioria absoluta da jurisprudência já vinha considerando que o art. 595 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a fuga, por si só, não implica a obrigatoriedade da prisão.

Dispensa do réu em audiência

Discordar de pedidos de dispensa da presença de réus em audiências, mormente quando houver necessidade do reconhecimento pessoal para a comprovação da autoria.

Dispensa de testemunhas

Analisar a possibilidade de desistir, já ao final da audiência, da oitiva de testemunhas faltosas, ou substituí-las por outras, ensejando a imediata intimação do réu e seu defensor da nova data, ressalvando o risco da ocorrência de prescrição com a realização de nova audiência. Solicitar, quando necessário e possível, a condução coercitiva das testemunhas e vítimas.

Cartas precatórias

Velar, mediante requerimento, para que as cartas precatórias contenham prazo para seu cumprimento e que sejam instruídas com cópias da denúncia e das declarações prestadas na fase inquisitória, bem como com fotografia do acusado, caso seja necessário o reconhecimento. Cuidar para que a Secretaria Judicial providencie a intimação do advogado do réu, quando expedida a carta precatória.[12)]

Atentar para a introdução no ordenamento processual penal de um importante instrumento de colheita da prova oral: a regra do art. 222, § 3º, do CPP. Esse dispositivo dispõe que, na hipótese de a testemunha morar fora da jurisdição do juiz, poderá sua oitiva ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso

tecnológico de transmissão de sons e imagens, em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Caberá aos regimentos internos dos tribunais e à jurisprudência definir a forma de realização do ato.

Desmembramento da ação penal

Pleitear o desmembramento da ação penal, quando houver vários réus e existir perigo de excesso de prazo, ensejador da liberação de eventual acusado preso ou mesmo da ocorrência da prescrição (art. 80, CPP).

Alegações orais – Requisitos

Produzir alegações orais com os mesmos elementos das escritas, ou seja, contendo relatório, onde se resumirá o processo, ainda que sucintamente; fundamentação, em que deverá haver exame do fato material e do direito aplicável; conclusão, na qual se deverá opinar sobre a condenação ou a absolvição do acusado. Em caso de ser cabível a condenação, delinear os contornos das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, de modo a demonstrar ao magistrado o patamar da pena-base e o regime prisional que deve ser inicialmente aplicado ao réu. Cuidar para que seja realizado o fiel registro das alegações orais quando da lavratura do termo judicial pelo serventuário responsável.[13)]

Na hipótese de absolvição imprópria, velar pela correta indicação da medida de segurança.

Intimação da sentença

Dar ciência das sentenças prolatadas[14)] fiscalizando se os réus e seus defensores foram corretamente intimados, pleiteando, se for o caso, a expedição de editais para tal.

"Emendatio libeli"

Desclassificação para crime com pena mínima igual ou inferior a um ano (possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo – art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Conforme preceitua o art. 383, §1º, do CPP, "o juiz procederá de acordo com o disposto em lei". Portanto, o entendimento majoritário é de que deverá o magistrado criminal, ao receber os autos conclusos para a sentença, proferir, fundamentadamente, decisão desclassificatória, restringindo-se, contudo, ao aspecto da correta tipificação da conduta, isto é, sem nenhum juízo acerca da condenação ou absolvição. Após, facultará vista ao Ministério Público quanto à possibilidade de propor ao acusado o *sursis* processual de que trata o art. 89 da Lei nº 9.099/95. Tal postura do juiz encontra subsídio na Súmula 337 do STJ, bem como vem sendo adotada em reiterados julgamentos naquela corte.

Se o *Parquet* entender não ser o caso de efetuar a proposta de suspensão condicional do processo, os autos deverão retornar ao juiz, que poderá:

- a) discordar do Ministério Público e encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça por analogia ao art. 28 do CPP (nesse caso, se o PGJ concordar com a posição do promotor, restituirá os autos ao juiz, que deverá, então, julgar o processo criminal, condenando ou absolvendo o réu pelo crime para o qual houve a desclassificação);
- b) concordar com o Ministério Público, prosseguindo a sentença, condenando ou absolvendo o réu pelo crime para o qual houve a desclassificação.

Entretanto, caso o Ministério Público entenda pela realização da proposta de suspensão condicional do processo, duas hipóteses poderão ocorrer: a) o réu aceita a proposta (o processo ficará suspenso, aguardando-se o cumprimento pelo réu das condições estipuladas pelo art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/95); b) o réu não aceita a proposta (os autos retornam ao magistrado para prosseguir com a sentença, condenando ou absolvendo o acusado pelo crime para o qual houve a desclassificação).

> "EMENTA: NOVA LEI DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO, PELO JUÍZO, DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE ENVIO DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. VÍCIO INSANÁVEL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

O juízo de primeiro grau entendeu que a conduta praticada pelo acusado se amolda ao tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/06, de menor potencial ofensivo. No entanto, prolatou, desde já, sentença, deixando de remeter os autos ao Juizado Especial Criminal, ou mesmo ao Ministério Público para elaboração de proposta das medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95 ao acusado. Fundamentou sua decisão no argumento de que já se havia encerrado o processo de conhecimento. De fato, a desclassificação operada não desloca a competência para o Juizado Especial, prorrogando-se, ao revés, a competência do Juízo Criminal comum. Contudo, tal prorrogação, não impede que seja o acusado por crime de menor potencial ofensivo beneficiado com as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, providência que ora se reconhece como direito do apelante. Ademais, o titular da proposta é o Ministério Público, independentemente da fase de processamento em que se encontra o feito, não cabendo ao magistrado exercer juízo de conveniência e oportunidade quanto à remessa dos autos. Precedentes jurisprudenciais. Vício insanável que impõe a cassação da sentença para a devolução dos autos à primeira instância afim de que seja oportunizada, ao órgão do Ministério Público de primeiro grau, a elaboração de proposta de transação penal, caso entenda presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva veiculados pela legislação. Recurso a que se dá parcial provimento, prevalecendo a competência que se entende prorrogada. (TJRJ. Apelação Criminal nº 0006960-54.2007.8.19.0023, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Relatora Desembargadora NILZA BITAR, j. 23-02-10)".

Desistência de prazo recursal – Impossibilidade

Não desistir ou renunciar, em hipótese alguma, do prazo recursal para possibilitar a antecipação do trânsito em julgado da sentença.

Fase recursal

Recorrer sempre que houver qualquer aspecto da sentença em desacordo com o entendimento expendido nas alegações finais, fiscalizando se a sentença preenche os requisitos formais exigidos por lei; se a pena foi imposta na medida certa; se o regime prisional foi determinado consoante a legislação; se foi observado o disposto no art. 59, CP, especialmente quanto ao exame das circunstâncias judiciais e a prevalência, quando couber, das penas substitutivas (restritivas de direito) em relação à suspensão condicional da pena.[15)]

Embargos Declaratórios

Requerer seja a sentença declarada quando ficar patenteada obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão que possam comprometer a exatidão do julgado. Se o pedido de declaração implicar em possível modificação da sentença, pugnar seja ouvido o réu, resguardando-se o princípio do contraditório.

Recurso em sentido estrito e carta testemunhável

Interpor o recurso em sentido estrito e a carta testemunhável em peça complexa, ou seja, contendo, na primeira parte, o encaminhamento do recurso, com a indicação da decisão recorrida e do permissivo legal, bem como o pedido de processamento do recurso e, na segunda parte, as razões do inconformismo.

Apelação

Interpor a apelação da forma como especificada nos arts. 593 e 600, CPP, ou seja, por termos nos autos ou por petição, que deverá ser dirigida ao Juiz de Direito, com a indicação da vara criminal, e menção ao nome do réu, à suma da decisão recorrida, ao permissivo legal embasador do apelo, com o pedido de processamento do recurso. Após, em peça apartada, deverão ser apresentadas as razões recursais, direcionadas ao tribunal *ad quem* e contendo os fundamentos fáticos e jurídicos da irresignação.

Notar que, no âmbito do Juizado Especial, as razões acompanham a petição de interposição, sob pena de não conhecimento (art. 82 da Lei nº 9.099/95).

Condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, a ordem política social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública

Em caso de condenação de estrangeiro por crime doloso ou contra a segurança nacional, a ordem política e social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, providenciar a remessa, em prazo exíguo, por via da Procuradoria-Geral de Justiça, ao Ministério da Justiça, de ofício acerca do trânsito em julgado do *decisum*, bem como da folha de antecedentes penais constantes dos autos.

Condenação de militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos

Em caso de condenação de militar pela Justiça comum a pena privativa de liberdade superior a dois anos, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, providenciar a remessa de cópia da decisão condenatória, acompanhada da respectiva certidão do trânsito em julgado, ao Tribunal de Justiça Militar, para que se dê início ao procedimento administrativo de exclusão (art. 125, § 4°, CF, arts. 39, § 7° e § 8° e 111, CE).[16)]

Ação civil para reparação do dano

Propor a ação civil para reparação do dano, em se tratando de vítima pobre, quando houver o devido requerimento, nos termos do art. 68, CPP[17)], e o juiz de direito não o houver fixado em sentença criminal condenatória.

Manifestação em "habeas corpus" em primeiro grau de jurisdição

Manifestar-se em *habeas corpus* impetrados em primeiro grau jurisdicional, malgrado a omissão do Código de Processo Penal, pois o referido remédio constitucional visa a garantir a liberdade de ir e vir do cidadão, e o MP tem a tarefa de exercer a fiscalização do correto cumprimento da lei, em analogia com a intervenção definida no Decreto-Lei nº 552, de 25/4/69.

[1)] Sobre o destino das armas apreendidas, ver Aviso nº 1/94 da CGMP, que reproduz a Instrução nº 216/93 da Corregedoria-Geral de Justiça, regulando a matéria.

[2)] É dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais,

elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal" (art. 43, III, da Lei nº 8.625, de 12/2/93, e art. 110, IV, da LC nº 34, de 12/9/94).

[3] Sobre suspensão do processo, ver seção 11, do capítulo 7, do presente título.

[4] O anexo contém modelos de quesitos em caso de insanidade mental do acusado.

[5] Interesse prescricional, entre outros.

[6] O MPE firmou importante convênio com a Receita Federal, por meio do qual o CAOCrim tem acesso à base de dados de endereço dos contribuintes, atendendo aos colegas na medida em que solicitado.

[7] Verificar que o STJ já decidiu: "Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo de prescrição (art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96) e vice-versa. A Lei nº 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição) não se aplica às infrações cometidas anteriormente a sua vigência. Concessão de habeas corpus de ofício para que suas disposições nestas circunstâncias não se apliquem, em virtude de a suspensão do processo em sua inteireza, abrangendo a suspensão do curso da prescrição, não ter sido atacada no writ, com inovação do pedido no recurso" (RHC nº 6.372-SP, 6a. Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves,j. 9/6/97, **DJU** de 30/6/97, p. 31.083).

[8] Observar que depois da edição da Lei nº 11.690/08, que alterou os arts. 212, 473 e § 1º do 474, todos do CPP, há entendimento no sentido de que teria sido extinto o sistema de reperguntas – também no caso de indagações feitas ao interrogado.

[9] Ementa nº 01: A videoconferência para oitiva de testemunhas, previsão do art. 217 do CPP, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários, desde que assegurada na sala de presidência do ato a presença de advogado a acompanhar o réu, bem assim, na sala na qual a testemunha será ouvida, a presença de serventuário da Justiça, de forma a zelar pela oficialidade e regularidade do ato.
Ementa nº 02: Em se tratando de videoconferência, eventual nulidade somente pode ser reconhecida com a demonstração de efetivo prejuízo conforme preconiza o artigo 563 do CPP.

[10] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 630.

[11] Nesse sentido, ver Recomendação nº 1/96 da CGMP.

[12] Sobre o tema, ver a Súmula nº 155 do STF: "É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha".

[13] Ver alteração determinada pela Lei nº 11.719/2008.

[14] Ver ainda art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.

[15] Sobre a petição de interposição de apelação, ver Aviso nº 1/88 da COMP, recomendando que os Promotores de Justiça, dentro do prazo legal, detalhem e especifiquem a parte ou as partes dos decisórios que pretendam atacar.

[16] Nesse sentido, conferir Aviso nº 9/90 da CGMP.

[17] Ver, ainda, Aviso nº 11/86 da CGMP no sentido de que os membros do Ministério Público "orientem as vítimas de infrações penais ou a seus familiares, sobre a possibilidade e alcance da Ação Civil, decorrente dos danos causados pelo crime".

2. Atuação nos processos de competência do Tribunal do Júri

[1)]

Na atuação perante o Tribunal do Júri, recomenda-se ao Promotor de Justiça:

Alegações finais

Elaborar as alegações finais nos processos do júri de forma concisa, sem adentrar em demasia na questão de mérito ou no detalhamento da prova, limitando-se a confirmar a presença dos pressupostos da autoria, da materialidade e da realidade fática das qualificadoras.

Recurso em sentido estrito – Pronúncia que não contempla a totalidade da pretensão deduzida na denúncia

Se a pronúncia não contemplar a totalidade da pretensão deduzida na denúncia, deve o Promotor de Justiça articular recurso em sentido estrito, sobretudo quando o juiz decotar qualificadora contida no substrato fático.[2)] Observar que a nova redação dada ao art. 416 do CPP, após a edição da Lei nº 11.689/08, é no sentido de admitir APELAÇÃO contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária.

Absolvição sumária – Não existência de recurso de ofício – Sentença que decide sobre crimes conexos – Necessidade de recurso voluntário

Na hipótese de absolvição sumária, é recomendável a interposição do recurso caso haja divergência com a manifestação do Ministério Público em alegações finais. Lembrar que a Lei nº 11.689/08 extinguiu o chamado recurso de ofício na hipótese de absolvição sumária.

Não obstante, se a sentença decidir sobre crimes conexos, sugere-se ao Promotor de Justiça interpor recurso, ainda que seja pela impossibilidade de julgamento do crime conexo pelo juiz sumariante.

Desclassificação da imputação para outro crime de competência do juiz singular

Quando o juiz desclassifica a imputação para outro crime de competência do juiz singular, zelar pelo cumprimento da regra do art. 419, do CPP, lembrando-se que da decisão proferida nessa fase cabe recurso em sentido estrito, a teor do que dispõe o art. 581, II, CPP.

Intimação da sentença de pronúncia

Observar se o réu preso foi intimado pessoalmente da sentença de pronúncia, seja o crime inafiançável ou não, mesmo porque no caso de réu solto não encontrado a intimação poderá ser feita por edital (parágrafo único do art. 420, CPP).

Providências após a sentença de pronúncia

Lembrando que não mais existe o *libelo*, quando o promotor de justiça receber os autos na fase do art. 422 do CPP, deverá arrolar somente as testemunhas que forem necessárias ao esclarecimento da causa em plenário – até o máximo de 5, fazendo-o, sempre, com a cláusula de imprescindibilidade. Deverá ainda juntar eventuais documentos e requerer diligências cabíveis para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao

julgamento da causa.

Fiscalização da lista anual de jurados

Deve o Promotor de Justiça fiscalizar detidamente a elaboração da lista anual de jurados, peticionando para exclusão dela dos menores de 18 anos, das pessoas portadoras de antecedentes criminais e de todos aqueles que possam incidir em causa permanente de suspeição ou impedimento.

Sessão de julgamento – Indumentária – Fiscalização do sorteio

Comparecer a sessão do júri trajando suas vestes talares, cuidando, inicialmente, de fiscalizar o sorteio dos jurados que comporão o Conselho, que necessariamente não haverá de ser feito por menor de idade, como costumeiramente se procede, sobretudo nas comarcas do interior.

Recusa de jurado

Não se deve recusar o jurado aleatoriamente. A recusa só deve ocorrer se existentes notícias fundadas no sentido de afirmarem que o jurado possui postura pública, decorrente de convicção íntima, que implica em sistemática tendência de proferir veredictos parciais.

Causa de impedimento ou suspeição de jurado

Ficar atento durante o sorteio para a possibilidade de causa de impedimento ou suspeição do jurado, oferecendo a exceção oral quando cabível.

Não comparecimento do réu à sessão de julgamento

Prevê o art. 457 do CPP que o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado. Mesmo preso, o julgamento poderá acontecer sem a presença do réu que, juntamente com seu defensor houver firmado pedido de dispensa de comparecimento.

Dispensa de testemunhas arroladas

A audiência em plenário das testemunhas arroladas só será conveniente quando a razão recomendar que a testemunha irá trazer prova nova ou impressionar positivamente com sua presença os jurados, se não, melhor é dispensá-las.

Incomunicabilidade das testemunhas

Zelar pela incomunicabilidade das testemunhas no decorrer do julgamento.

Leitura de peças em plenário

A leitura de peças processuais em plenário deve ser restrita àquelas absolutamente imprescindíveis. A leitura de longos depoimentos e de incompreensíveis peças técnicas em nada contribui para o esclarecimento da causa e só se prestam a dispersar a atenção dos jurados.

Fase de debates – Manifestação do Promotor de Justiça

O Promotor de Justiça deve iniciar os debates com um sóbrio cumprimento ao Juiz Presidente, ao advogado do réu, aos jurados, às outras pessoas envolvidas no julgamento e aos demais presentes, evitando o estender-se em considerações superficiais acerca das condições pessoais ou funcionais de cada um. Após, deve começar a exposição da causa, fazendo-a de maneira linear, objetiva, articulada, com clareza e vigor, ao longo da qual pode e deve fazer considerações a respeito dos fatos circunstanciais do processo. Deve evitar repetições cansativas de argumentos e afastar as intervenções impertinentes tratando de encerrar a primeira fase da acusação tão logo conclua a exposição, sem se preocupar com o tempo gasto em tal tarefa, respeitado, evidentemente, o limite máximo.

Na exposição da causa o Promotor de Justiça não deve injuriar o réu. Ali ele destrói a defesa sem negar as evidências e interpreta os fatos contrários, se possível, se não, os admitirá francamente.

Atentar para o uso de documento novo introduzido a destempo pela defesa, o que deve gerar a imediata impugnação e o registro em ata da decisão.

Observar as disposições do art. 478 do CPP, que proíbe referência à pronúncia, ao uso de algemas, ao silêncio do acusado ou ausência de interrogatório, nos termos ali explicitados.

Presença de assistente da acusação

Se houver assistente de acusação, o tempo destinado a seu advogado será o convencionado com o Promotor de Justiça, que deverá adverti-lo que a condição de assistente não lhe permite perseguir objetivo alternativo, posto que seu mister se resume a coadjuvar a acusação.

Não deve o Promotor de Justiça, em hipótese alguma, entregar a responsabilidade da acusação em plenário ao advogado da parte assistente, sob pena de incorrer em desprestígio às suas atribuições institucionais.

Concessão de apartes

Há entendimento no sentido de que, após a edição da Lei nº 11.689/08, o Promotor de Justiça estaria obrigado a conceder apartes. Eis que o novel inciso XII do art. 497 do CPP estabelece como atribuição do juiz "regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra". De qualquer forma estabelece a lei que cada aparte REQUERIDO não poderá ser superior a 3 minutos, que serão acrescidos ao tempo de quem concedeu o aparte.

Postura do Promotor de Justiça em plenário

A postura do Promotor de Justiça em plenário deve ser sóbria e intransigente na defesa de suas prerrogativas. Sua linguagem deverá ser corrente, sem rebuscos que possam se traduzir em afetação, porém distante do chulo e do grosseiro. Seu comportamento deve ser educado, porém altivo.

Uso de linguajar adequado nos debates

O jurado é um cidadão comum, conceitualmente leigo, de sorte que deve o Promotor de Justiça evitar a utilização de linguajar técnico a eles incompreensível.

Incidentes provocados no plenário

O Promotor de Justiça jamais deve abandonar o plenário por conta de incidentes provocados pela parte ou discordância com o juiz, a não ser que sua segurança pessoal esteja em sério e objetivo risco. Todos os incidentes devem ser por ele relatados mediante oportuno protesto e inserido na ata de julgamento, até para sustentar a alegação de eventual nulidade.

Réplica

A fase da réplica é de extrema utilidade. Seu tempo, de uma hora, deve ser ocupado para refutação das teses da defesa que não foram antecipadas e/ou reforço de algum ponto importante da sustentação da acusação. No entanto, a réplica não é obrigatória. O juízo pessoal e as circunstâncias da causa que vão determinar sua necessidade. É admitida, nesta fase, a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário (art. 476, § 4º, do CPP).

Fiscalização da omissão ou defeito na redação dos quesitos

Concluídos os debates e esclarecidas as dúvidas eventuais dos jurados, o juiz redigirá os quesitos[3)] e explicará a significação e conseqüência de cada um deles. Nessa oportunidade deve o Promotor de Justiça requerer e reclamar da omissão ou defeito de redação, insistindo para que se lance na ata, circunstanciadamente, os requerimentos e as reclamações não atendidas.

Averiguar se a defesa, em tréplica, inovou a argumentação jurídica, trazendo tese até então desconhecida da acusação; ocorrendo tal fato, impugnar a sua inserção no questionário.

Fase recursal

As apelações contra as decisões do Júri possuem efeito devolutivo restrito, de forma que os recursos interpostos devem conter, expressamente, as hipóteses do inciso III do art. 593, CPP, em que se fundam.

Observar que a exclusão de circunstância qualificadora gera o apelo com apoio na alínea “d”, inciso III, do art. 593, CPP.

---

1) NOTA DO CONSELHO EDITORIAL: No caso de processos que se encontram suspensos em virtude de não localização do pronunciado, os promotores devem diligenciar perante a secretaria do Fórum para a identificação destes feitos, para providências, uma vez que agora é possível a intimação editalícia. Além disso, é conveniente mencionar que o pedido de desaforamento agora funciona com maior ênfase como mecanismo de controle da morosidade processual.

2) Convém lembrar que a jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de não permitir a exclusão de qualificadora em sede de juízo de admissibilidade (Resp. nº 75.102 – DF, 6ª Turma, Re!. Mm. Adhemar Macid, **DJU** de 11/3/96, p. 6.686 e RT 730/475).

3) Sobre a redação de quesitos em homicídio culposo. ver Aviso nº 3/94 da CGMP, recomendando aos Promotores de Justiça que “no momento oportuno, requeiram aos MM. Juizes a inclusão da causa objetiva que consistiria na forma culposa. Não basta que se diga que a conduta tenha sido negligente (ou imprudente), é preciso que o quesito explicite em que consistiu a conduta considerada negligente (ou imprudente)”.

3. Atuação no combate ao Tráfico de Drogas (Tóxicos)

Autores/Organizadores:
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza
Carmen Lúcia Mariz de Macedo

- 3.1. Por que o homem usa drogas?
- 3.2. A origem do comércio de drogas, sua criminalização e o crime organizado
- 3.3. A quantidade como critério diferenciador do usuário e do traficante de drogas
- 3.4. A tipicidade do tráfico de drogas na Lei nº 11.343/2006
- 3.5. Gravação da imagem e do som ambiental no processo de tráfico de drogas
- 3.6. A comunicação e a conversão de prisão em flagrante delito em prisão preventiva
- 3.7. Diligências a serem requeridas pelo Promotor de Justiça ao tomar ciência da comunicação da prisão em flagrante delito
- 3.8. Pedido de retorno à delegacia de polícia para cumprimento de diligências no caso de inquérito policial em que o indicado esteja preso
- 3.9. Prazo para formação da culpa.
- 3.10. Obrigatoriedade da manifestação ministerial para expedição de mandados de busca domiciliar
- 3.11. Liberdade provisória
- 3.12. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão
- 3.13. Pedido de vista de processos cautelares fora da secretaria
- 3.14. Diligências a serem requeridas por ocasião do oferecimento da denúncia
- 3.15. Procedimentos nas ações penais ajuizadas nas Varas de Tóxicos em face das mudanças ocorridas no Código de Processo Penal
- 3.16. O testemunho nos processos de tráfico de drogas
- 3.17. A importância da confissão extrajudicial e da delação nos processos envolvendo tráfico de drogas
- 3.18. Perdimento de bens e alienação antecipada
- 3.19. Preliminares mais comuns em processos envolvendo a Lei nº 11.343/2006

3.1. Por que o homem usa drogas?

Desde os primórdios da humanidade, o homem faz uso das drogas, fato constatado por nossos historiadores, como nos dá notícia Tarso Araújo:

> "Antropólogos, arqueólogos e outros estudiosos do assunto, admitem que o homem tenha usado plantas alucinógenas para se embriagar ainda no Paleolítico superior, entre 40 e 10 mil anos atrás, conforme sugerem algumas pinturas em cavernas da Idade da Pedra. Não é possível provar isso com evidências diretas, porque as drogas eram feitas de plantas, fungos e outras substâncias orgânicas que não se preservam por tanto tempo. As únicas pistas que sobraram daquela época são esqueletos e utensílios feitos de osso, pedra ou barro. Mas os especialistas consideram extremamente improvável que o homem, vivendo da caça e da coleta por cerca de 90 mil anos, não tenha comido algumas plantas psicoativas que encontrou pelo caminho. Além disso, nos sítios arqueológicos de 8000 A.C em diante aparecem evidências mais firmes de que as plantas psicoativas já faziam parte da vida do homem nessa época. Ele usava plantas estimulantes em rituais funerários e visionárias em cultos religiosos; consumia bebidas com ópio e cultivava a papoula para produzi-lo; desenhava flores de lótus alucinógenas em vasos e fabricava cordas e tecidos com fibras de Cannabis sativa" [1)].

Nesse diapasão, o emprego da droga pelo homem sempre foi justificado por diferentes motivos. Nas civilizações mais antigas, eram utilizadas pelos feiticeiros, que alegavam ser esse o meio pelo qual manteriam contatos com os deuses ou espíritos que os guiavam na solução dos diversos problemas que o povo não conseguia solucionar de outra forma. Até hoje, os xamãs utilizam a droga com tal função. No Brasil, os adeptos da seita do Santo Daime tomam o chá alucinógeno ayahuasca com essa finalidade. Francisco Bernardini Tancredi tece as seguintes considerações a esse respeito:

> "Quem se aventurar a estudar as origens do hábito de ingerir ou inalar substâncias entorpecentes, certamente se perderá num emaranhado de fatos e relatos. Um ponto importante para reflexão é que o hábito não nasceu de uma determinada cultura e nem é recente; em praticamente todas as culturas e povos encontram-se referências ao uso esporádico de drogas, principalmente durante cerimônias religiosas. Nesta última circunstância, o consumo do tóxico só era permitido ao xamã (líder religioso), que detinha a posse da droga, o direito ao seu uso ou mesmo o segredo de sua obtenção. Acredita-se que o xamã usava a droga a fim de obter um estado de dissolução da consciência que melhor lhe permitisse "invocar os espíritos". Encarado sob o prisma da Psicologia entende-se que neste estado de turvação da consciência ele tinha os seus sentidos aguçados, e suas fantasias poderiam fluir mais livremente, dando-lhe a sensação de uma real aproximação dos poderes das entidades divinas" [2)].

Outra razão, nesse caso, justificável até hoje para o uso das drogas é o fato de algumas delas possuírem efeitos terapêuticos. Na Índia a *cannabis sativa lineu*, vulgarmente conhecida como maconha, era considerada um tradicional remédio contra disenteria e dor de cabeça. A cocaína sempre foi utilizada pelos povos andinos, que mascavam as suas folhas para combater a fadiga e aliviar a fome e a sede. O ópio já foi utilizado como remédio para dores e diarreia. José Guilherme Raimundo aborda tal situação:

> "As primeiras descrições do haxixe não o diferenciavam de outra droga, o ópio, igualmente usada pelos médicos árabes. E até que aparecesse outro analgésico eficaz, o ópio seria muito empregado na medicina, o qual parecia ter mais capacidade de aliviar a dor e a ansiedade do que sua propriedade de criar dependência. Esse amplo emprego na medicina faria com que o ópio se estendesse como vício, a todas as esferas de atividade. Lord Robert Clive, um dos maiores expoentes do imperialismo inglês na Índia, começou a fumar ópio por causa de uma doença nos intestinos e acabou morrendo em consequência de uma dose excessiva" [3)].

A ciência, sob influência do movimento iluminista, no início do século XVIII, com a disseminação de livros e métodos empíricos de pesquisa, deu origem ao surgimento da revolução científica, que fez com que o estudo da botânica, até então um ramo da medicina, fosse aperfeiçoado pelas ciências novas (no caso a química, a bioquímica e a farmacologia); essa mudança redundou no surgimento da indústria farmacêutica.

Paralelamente ao surgimento de tal indústria, cientistas, como o alemão Friedrich Sertürner (o qual em 1805 conseguiu isolar a essência retirada das flores de papoula, que preservava os efeitos analgésicos e sedativos da planta, e fez surgir a morfina), começaram a buscar maneiras de isolar a essência nas drogas tradicionais. Isto significaria a solução para um problema até então enfrentado pelos comerciantes de folhas de cocaína, que, ao tentarem trazê-las do Novo Mundo para a Europa, acabavam por ver tais folhas apodrecidas durante a longa viagem transatlântica, impossibilitando a sua venda. Assim, em 1860, Albert Nierman isolou pela primeira vez a substância psicoativa da cocaína, o que ocasionou a sua utilização em diversos tônicos e xaropes, podendo-se citar, à guisa de exemplo, o francês vinho Mariani (Vin de Mariani) e o vinho Pemberton's French Wine Coca. Posteriormente, o farmacêutico John Pemberton mudou a fórmula deste último, abandonando o vinho, misturando a coca com um xarope de noz-de-cola e lançou a Coca-Cola.

Resolvido o problema da utilização da cocaína, esta passou a ser empregada pela novel indústria farmacêutica no tratamento terapêutico de diversos públicos, inclusive o infantil, como se pode vislumbrar nas propagandas daquela época:

> Heroína da Bayer:

> "Um frasco de heroínada Bayer. Entre 1890 e 1910 a heroína era divulgada como um substituto não viciante da morfina e um remédio contra tosse para crianças".

> "*Glyco-Heroína*":

> "Propaganda de heroína da Martin H. Smith Company, de Nova York. A heroína era amplamente usada não apenas como analgésico, mas também como remédio contra asma, tosse e pneumonia. Misturar heroína com glicerina (e frequentemente açúcar e temperos) tornava o opiáceo amargo mais agradável para a ingestão oral".

> “Dropes de Cocaína para Dor de Dente – Cura instantânea”:

> “Os dropes de cocaína para dor de dente (1885) eram populares para crianças. Não apenas acabavam com a dor, mas também melhoravam o *humor* dos usuários”.

Ainda no que tange ao emprego da droga no campo da medicina, deve-se frisar que muitas delas hoje consideradas ilegais foram utilizadas no passado como anestésico, em cirurgias. Nesse diapasão, não se pode olvidar o sofrimento de milhares de pessoas ao longo da história da humanidade que não dispunham de uma anestesia para amenizar a dor sofrida em uma cirurgia dentária até que, em 30 de setembro de 1846, o cirurgião-dentista Willian T. G. Morton utilizasse o éter num paciente. Michael H. Hart narra essa importante parte da história:

> “Charles T Jackson, médico e cientista conhecido de Morton sugeriu o uso de éter, cujas propriedades anestésicas haviam sido descobertas, mais de trezentos anos antes, por Paracelso, o famoso médico e alquimista suíço. Um ou dois relatórios semelhantes tinham sido impressos durante a primeira parte do século XIX. No entanto, nem Jackson, nem qualquer um daqueles que tinham escrito sobre o éter, haviam usado o produto químico numa operação cirúrgica. Parecendo-lhe boa possibilidade, Morton fez experiências usando éter primeiro em animais (entre eles, seu cachorro de estimação) e, depois nele mesmo. Finalmente, no dia 30 de setembro de 1846, surgiu a oportunidade perfeita para testar o éter num paciente. Um homem chamado Eben Frost entrou no consultório de Morton com terrível dor de dente e disposto a tentar o que quer que fosse para diminuir a dor da necessária extração. Morton administrou-lhe éter e, então, extraiu o dente. Quando Frost voltou a si, revelou não ter sentido dor. Resultado melhor não poderia ser esperado, e Morton pôde antever o sucesso, a fama e a fortuna na sua frente” [4].

Por fim, a droga pode ser usada como afrodisíaco, para alterar o humor, como forma de explorar os limites da percepção humana, para ser aceito em um determinado grupo social etc.

Motivações para o uso da droga ao longo da história do homem são muitas. O que importa saber, para o presente trabalho, é que o uso abusivo das drogas se expandiu, levando a tragédia do vício para dentro de um número incontável de famílias no mundo inteiro. Evidentemente, não está se falando das drogas livres, sob o ponto de vista legal e jurídico, nem das drogas controladas por receita médica. As drogas denominadas ilegais é que demandam maior atenção das autoridades, em razão da facilidade com que suas substâncias causam dependência física e psíquica, tornando o seu uso incontrolável e causando um verdadeiro flagelo para a sociedade.

---

[1] ARAÚJO,Tarso. **Almanaque das Drogas**: um guia informal para o debate racional. São Paulo: Leya, 2012. p. 24
[2] TANCREDI, Francisco Bernardini et al. A toxicomania do ponto de vista da medicina e da saúde pública. In: SANCHEZ, Amauri M. Tanucci et al. **Drogas e drogados**: o indivíduo, a família, a sociedade. 2. ed. São Paulo: Pedagógica e Universitária Ltda., 1987. p. 4
[3] RAIMUNDO, José Guilherme. **Tóxicos e psicoses**: doutrina, prática, legislações. 2. ed. São Paulo: Leud, 1998. p. 114
[4] HART, Michael. **As 100 maiores personalidades da História**. 7. ed. Tradução de Antônio Canavarro Pereira. Brasil: Difel, 2002. p. 245-246

3.2. A origem do comércio de drogas, sua criminalização e o crime organizado

O tráfico de drogas existe há bastante tempo, mas, nos últimos anos, com a globalização, tal comércio ilícito vem se expandindo e, com ele, os efeitos devastadores causados pela dependência das drogas; em consequencia, houve um grande impacto no crescente aumento da criminalidade global.

São inquestionáveis os efeitos deletérios do consumo de drogas. Países como a China pagaram um alto preço pelo consumo desenfreado que acometeu a sua população na época em que tal produto não só foi permitido como, também, era incentivado. O surgimento de drogas pesadas no mundo moderno, como o *crack*, evidenciaram a necessidade de se proibir o consumo das drogas ilegais, as quais não possuem níveis seguros para seu consumo. A epidemia global decorrente do aumento do consumo dessas substâncias tem correlação com o incremento da criminalidade no mundo todo. O jornalista e historiador britânico Misha Glenny, em sua obra McMáfia: Crime sem Fronteiras, discorre sobre a situação na Grã-Bretanha:

> "Em sua primeira grande avaliação da indústria global de narcóticos, publicada em meados dos anos 1990, a ONU destacou que na Grã-Bretanha, 75% da renda dos criminosos viciados em drogas é proveniente de roubos; que os viciados em droga precisam de 43 mil dólares por ano para sustentar o vício. Nas pesquisas, a maioria dos viciados menciona roubo, fraude, mendicância, prostituição e tráfico de drogas como suas principais fontes de renda ou se dizem dispostos a explorar essas fontes. Isso, evidentemente, não representa uma enorme sobrecarga apenas para a polícia, mas para todo o sistema penal" [1)].

Nesse contexto, apesar da proibição global da venda de drogas, o crime organizado tomou o lugar das nações que antigamente exploravam tal atividade estendendo seus tentáculos a todos os países, e a maior parte de sua renda advém do tráfico de drogas.

Após a distribuição, os entorpecentes são encaminhados às pequenas organizações criminosas, que têm atuação intermunicipal e nos grandes centros urbanos. As grandes e médias organizações criminosas, que têm, respectivamente, atuações internacionais e interestaduais, são investigadas pela polícia federal, já que, além de o tráfico internacional de drogas ser da competência da justiça federal, é muito mais difícil para a polícia judiciária estadual (as polícias civis) conseguir encetar seus trabalhos em face das médias organizações, pois isso ensejaria viagens para fora do Estado. Esse procedimento infelizmente encontraria obstáculos na própria burocracia estatal (pagamentos de diárias para fora do Estado, gastos decorrentes de estadia e alimentação, afastamento da equipe por períodos longos da sede da delegacia), além de prejudicar a investigação de outros criminosos. Também, o fato de não possuir, no outro Estado, uma sede para coordenar as operações dificultaria a atuação, demandando convênios com as polícias daqueles outros entes federativos ou, no mínimo, a sua boa vontade em ceder suas instalações. Insta ressaltar que a polícia rodoviária federal rotineiramente tem prendido em flagrante delito os carregamentos de drogas que são transportados nas rodovias federais, reprimindo, assim, a ação dos traficantes interestaduais de narcótico.

Por sua vez, parte das médias associações de tráfico de droga (no caso o braço da organização que atua dentro do Estado) e as pequenas organizações criminosas – cuja investigação fica a cargo das polícias civis (embora não exista proibição legal que impeça a polícia federal de investigá-las) e que, muitas vezes, também são objeto de prisão em flagrante delito pelas polícias militares – procuram redistribuir as drogas pelos aglomerados, onde existem os denominados "pontos de venda de droga", dominados por pequenos traficantes. Estes atuam na chamada venda em consignação (normalmente, são universitários que recebem um percentual pela transação e que possuem uma rede de clientes que não estão dispostos a se arriscar para comprar o produto nos aglomerados, onde esta é vendida mais barato). E, por fim, surgem as mais recentes modalidades de venda, que são o "disque-droga" e as vendas pela *internet.*

Sem prejuízo do tráfico de drogas feito por criminosos organizados, também existe a sua venda por indivíduos isolados ou que se associam eventualmente para tal prática delitiva. Estes são os principais alvos das polícias militares, além dos já mencionados traficantes que atuam na venda desenvolvida por organizações criminosas nos aglomerados.

Normalmente, tem-se a impressão de que todo traficante de drogas é rico, dado o lucro que tal comércio

proporciona. A realidade é bem diversa, já que existem usuários de drogas que utilizam o comércio para sustentar o próprio vício. Outros, ainda, apesar de não serem usuários de drogas e de morarem em locais pobres, gastam todo o dinheiro que auferem ilicitamente com roupas caras, festas e mulheres. Muitos não expandem seus negócios (o que evita despertar a atenção da polícia), tendo uma cartela mínima de clientes que lhes garante o suficiente para terem um padrão de vida razoável em face de sua formação profissional. Assim, torna-se importante trazer a nossa classificação de pequenos traficantes feita na 1ª edição do *Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de Minas Gerais* (p. 623):

> "- Transportador da droga por grandes distâncias (conhecido vulgarmente como mula). Trata-se, normalmente, de um usuário de drogas que está devendo para seu fornecedor e por isso é obrigado a transportar drogas ou de uma pessoa que passa por dificuldades financeiras e por isso resolve prestar tal serviço, sendo o dinheiro pago no momento da entrega da droga. Tal transporte pode se dar entre Estados da Federação Brasileira, o que caracteriza a majorante do art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, entre países, entre municípios ou mesmo dentro de uma mesma cidade. Quando o transporte da droga é feito de um país para o outro através de avião (tráfico internacional) é comum os traficantes de droga ingerirem cápsulas contendo a substância ilícita a fim de passarem despercebidos pelos policiais que trabalham no aeroporto. O transporte ilícito ocorre de diversas formas, sendo comum a utilização de mulheres, pessoas idosas ou mesmo crianças, tudo com a intenção de não despertar a atenção da Policia. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela Polícia passa para o mesmo, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa para poder pagar a dívida.
> - Prestador de serviços de transporte de droga para usuários. Tal modalidade é diferente da anterior porque tal indivíduo presta serviço aos usuários e não aos traficantes de drogas. Normalmente são usuários de droga que para sustentar o vício se dispõem a comprar a droga para outros usuários que têm melhor condição financeira, recebendo em troca o pagamento em dinheiro ou em droga.
> - Traficante de drogas que vende em troca de uma porcentagem do lucro (venda em consignação). Ultimamente tal tipo de traficante de drogas tem aumentado, em razão da necessidade de se vender drogas aqueles usuários que não querem se arriscar para ir até o ponto de venda de drogas, já que são locais muito visados pela Polícia. Em troca de um porcentual na venda, tal elemento pega a droga no ponto, ficando responsável pela sua venda, e dirige-se aos usuários de droga que fazem a encomenda da mesma. Quando tal traficante de droga é preso, a dívida decorrente do valor da droga apreendida pela Polícia passa para o mesmo, sendo muito comum ele ser obrigado a retornar a tal atividade criminosa desta vez sem receber contrapartida, a qual é revertida para saldar a dívida.
> - Traficante de drogas autônomo. Diferentemente do anterior, tal indivíduo compra razoável quantidade de drogas em um ponto de venda e depois tenta obter lucro vendendo tal substância ilícita nas imediações de sua residência, onde tem condições de se abrigar no caso de vir a aparecer a Polícia."

É importante esclarecer que não adianta exercer a repressão tão somente em relação ao pequeno traficante de drogas, deixando os grandes atacadistas impunes. Do mesmo modo, não adianta combater somente os atacadistas, já que o lucro que estes auferem decorre, justamente, dos pequenos traficantes, que são os responsáveis por levar as drogas até os usuários.

O modelo repressivo, atualmente, em razão da divisão de atribuições dos órgãos policiais prevista constitucionalmente, faz com que, em regra, a polícia federal reprima as grandes e as médias organizações criminosas, as polícias civis reprimam parte das médias associações de tráfico de droga (no caso o braço da organização que atua dentro do Estado) e as pequenas organizações criminosas e a polícia militar reprimam as organizações criminosas varejistas que atuam em aglomerados urbanos e os pequenos traficantes de droga. A polícia rodoviária federal, como dito alhures, em razão de sua posição estratégica, já que presente nas artérias rodoviárias deste país, tem obtido êxito na repressão das "mulas" (transportadores de droga por grandes distâncias) que agem para as organizações criminosas com atuação internacional (mais raramente) e interestaduais. Esse êxito também acontece eventualmente na prisão do traficante de drogas autônomo, já que alguns costumam adquirir a droga fora de seu município por ser mais barata.

O combate aos diversos tipos de traficante de drogas demanda atenção do Estado, pois os estragos causados à sociedade pela atividade ilícita, mesmo quando perpetrada por pequenos traficantes de drogas, é muito grande.

[1)] GLENNY, Misha. **McMáfia**: crime sem fronteiras. Tradução de Lucia Boldrini. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 272

3.3. A quantidade como critério diferenciador do usuário e do traficante de drogas

Preliminarmente, é importante frisar que a quantidade de droga apreendida na posse de uma pessoa não pode servir de único elemento para conclusão da prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.° 11.343/06) ou de posse para o uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/06). Se restar comprovado nos autos que o indivíduo vendeu uma pequena quantidade de droga, tratar-se-á de tráfico. Por outro lado, se ele portava uma grande quantidade de droga que se destinava, exclusivamente, ao seu uso, é o caso de posse de droga para uso próprio.

Não obstante, pelo menos num primeiro momento, ainda que de forma provisória, já que o entendimento majoritário é de que, no momento do oferecimento da denúncia, vige o princípio *in dubio pro societati*, o promotor de justiça precisa saber o que caracteriza "grande quantidade de droga". Alguns julgamentos já foram feitos discorrendo sobre o tema, a saber:

> "TJRS. TÓXICOS. TRAFICÂNCIA. 7,24g de cocaína e 7,03g de maconha não constituem pequena quantidade, porque permitem, respectivamente, 144 a 145 carreirinhas e 9 a 10 baseados. Substância acondicionada em papelotes e saquinhos. [...] A conjugação de todos esses dados autoriza a condenação nos lindes do art.12 da Lei de Tóxicos (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 69.300.827-8. Relator: Des. Luis Carlos de Carvalho Leite. Porto Alegre, 4 de maio de 1993. RJTJRS 159/192)".

> "TACRIM-SP. A quantidade de 14g de maconha é razoável e suficiente para exteriorizar ato de tráfico. Notadamente se repartido em pacotinhos, denotando o intuito de venda. (TACRIM-SP – Apelação Criminal nº196.517 – Rel. Geraldo Gomes – TR 543/382)".

Importante ressaltar ainda que, no que tange a cocaína, é preciso se ter ideia do que seja a dose letal de droga, já que a apreensão de um peso muito superior a tal porção é um indicativo de que se está diante de uma grande quantidade.

O médico psiquiatra e professor regente de medicina legal na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Goiás Renato Posterli, a respeito da dose letal de cocaína, assim se manifestou:

> "A dose letal para o homem é em torno de 1,2 gramas por via oral (pura). Aplicada localmente nas mucosas, pode ser letal em doses menores, em torno de 20 mg por via parenteral, endovenosa. Pode ser letal em doses ainda menores, se considerarmos o perigo de ação anafilática, segundo orienta o Dr. Alberto Corazza"[1)].

Por sua vez, é possível se falar em dose elevada de anfetamina, cujo tipo mais popular se denomina ecstasy, no caso da ingestão de 150 a 250 mg/dia. A esse respeito, transcreve-se trecho do livro *Toxicologia Forense*: Teoria e Prática:

> "A maioria dos usuários toma a droga [anfetamina] por via oral. Começa com uma sensação de bem estar, melhora do humor, aumento da atividade, redução da fadiga, logorréia (necessidade mórbida de falar que apresentam certos alienados, falando indefinidamente, sem razão aparente e às vezes sem darem conta disso), inquietude e insônia. Doses maiores apresentam apreensão, tremores e hiperexcitabilidade. Fisicamente, observa-se dilatação pupilar, sudorese, respiração acelerada, pressão arterial aumentada, taquicardia, rubor, secura de boca e vômitos. Como a tolerância aos euforizantes desenvolve-se de modo rápido, a dose é aumentada gradualmente de 5 a 10 mg/dia para grandes quantidades como 150 a 250 mg/dia"[2)].

Também se pode falar em dose elevada de LSD a partir de 10 mg. Nesse sentido, importa salientar um trecho do livro Toxicologia Forense: Teoria e Prática, que trata da Dietilamida do Ácido Lisérgico (LSD):

>

> "O LSD é bem absorvido por via oral (sublingual), sendo que a absorção provoca efeitos que aparecem de 35 a 45 minutos, permanecendo por aproximadamente 6 horas. Depois de absorvido é intensamente biotransformado em metabólicos inativos. Cerca de 1% da dose é excretada de forma inalterada na urina e a meia-vida biológica é de aproximadamente 3 horas. Doses de 200 a 400 µg (microgramas) determinam intenso efeito alucinógeno; porém, não é rara a ocorrência de doses muito elevadas (10 mg) que causam intensas intoxicações"[3].

Alguns países europeus, como é o caso de Portugal, têm estabelecido uma política de "redução de danos", segundo a qual o porte para consumo pessoal de drogas deixou de ser punido como crime e passou a ser tratado como uma espécie de infração administrativa. O critério para se estabelecer se ocorre porte para uso de drogas (espécie de infração administrativa denominada pelos portugueses de contraordenação) ou posse de grande quantidade de drogas (para caracterizar o crime de tráfico de drogas) é a quantidade apreendida em poder do indivíduo. Os volumes de referência estabelecem como parâmetro para fazer a supracitada diferenciação o equivalente a 10 (dez) dias de consumo para as substâncias ilícitas.

Na realidade tal política é equivocada, já que muitos traficantes de droga portam pequenas quantidades para efetuar a venda aos usuários e acabam sendo presos por terem sido observados por policiais em pleno comércio ilícito, fato que muitas vezes é comprovado pelo próprio usuário que comprou e que é conduzido à delegacia de polícia, confessando a compra efetuada e apontando o vendedor. De qualquer forma, para o presente estudo, é interessante saber o que é considerado em Portugal como a quantidade suficiente para 10 (dez) dias de consumo de droga, para auxiliar o promotor de justiça a ter uma noção do que seja pequena ou grande quantidade de substância entorpecente. Assim, trazemos a lume parte do artigo do promotor de justiça Charles Emil Machado Martins intitulado "Uso de drogas: Crime? Castigo?":

> "As quantidades de referências estão estimadas no equivalente para 10 dias de consumo, para todas as substâncias. A Lei 30/2000 remete à Portaria n.º 94/96 que no artigo 9º estipula as doses médias diárias individuais para várias substâncias ilícitas. Assim, as quantidades de referência são 10 vezes as doses diárias, nomeadamente para as mais comuns:
>
> | Quantidades de referência | |
> |---|---|
> | Cocaína | 2 g - Cloridrato
0,3 g - Base |
> | Speed | 1 g |
> | MDMA | 1 g |
> | LSD | 500 µg |
> | Cannabis | 5 g - Haxixe (resina)
25 g - Erva
2,5 g - Óleo de haxixe |
> | Opiáceos | 1 g - Heroína e Metadona
2 g - Morfina
10 g - Ópio |
>
> Abaixo destas quantidades é normalmente considerado 'contra-ordenação'; acima destas quantidades aumenta a possibilidade de ser considerado crime"[4].

É importante ressaltar, como dito alhures, que a quantidade apreendida na posse do indivíduo é apenas um dos elementos de prova que devem ser aferidos para se concluir se o fato se amolda à figura do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 ou ao art. 33 desta mesma lei.

---

1) POSTERLI, Renato. **Tóxicos e comportamento delituoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 80
2) PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia forense**: teoria e prática. Campinas: Millenium, 2008. p. 118
3) PASSAGLI, 2008, p. 173
4) CALLEGARI, André Luís; WEDY Miguel Tedesco et al. **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83

3.4. A tipicidade do tráfico de drogas na Lei nº 11.343/2006

Artigo 33 da Lei n.º 11.343/06

Trata-se do denominado crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, no qual são descritas duas ou mais condutas, perfazendo-se o crime com a realização de qualquer delas. É claro que o magistrado, no caso da prática de mais de uma conduta, verificando a maior lesividade causada pelas diversas ações típicas perpetradas em um único contexto, deverá levar em conta, na fixação da pena, o maior perigo social que as condutas representam. Por esta razão, o art. 33 possui uma pena de reclusão de 5 a 15 anos, além de multa.

Não obstante o exposto, é possível a ocorrência de concurso de crimes, mesmo se tratando de delito de ação múltipla, quando as condutas ocorrerem em contextos fáticos diversos. A respeito da possibilidade da ocorrência de concurso, trazemos à baila a lição dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "O presente delito é clássico exemplo de tipo misto alternativo, aplicando-se o princípio da alternatividade caso o agente, dentro de um mesmo contexto fático, pratique mais de uma conduta. Assim, no caso de importar e vender a mesma cocaína, responderá por apenas um crime. Porém, caso os contextos fáticos sejam diversos, responderá por concurso de crimes. Portanto, se importa maconha e vende cocaína, responderá por dois crimes, em concurso" [1)].

Nesse sentido encontra-se, também, a lição do procurador de justiça criminal do MPRS Gilberto Thums e do advogado criminalista Vilmar Pacheco:

> "É possível que ocorra uma situação de concurso de crimes de entorpecentes (concurso material, crime continuado). Supondo a hipótese de um agente preso em flagrante por tráfico de drogas e, uma semana após fugir do presídio, sendo novamente preso por outra conduta de tráfico. Nesse caso, se o intervalo de tempo entre um crime e outro for igual ou inferior a 30 dias, pode-se reconhecer a figura do crime continuado. No caso de mediar tempo superior a este parâmetro, tem-se a figura do concurso material de crimes. Não se pode confundir com a situação de quem comete várias condutas típicas num único contexto fático, hipótese de crime único. Nem se pode imaginar que, uma vez preso o agente por tráfico de drogas, possa continuar a traficar sem cometer nova figura típica. É o caso de quem foi preso em flagrante por tráfico e, no presídio, continua a desenvolver o mesmo comportamento. Haverá, neste caso, concurso de crimes. Esta situação também se caracteriza no caso de haver crimes conexos, como roubo, homicídio etc."[2)].

Insta observar que é possível que o elemento faça parte de mais de uma associação para o tráfico, sendo tais delitos praticados em circunstâncias diversas e com criminosos diferentes, o que caracteriza o concurso material e afasta a alegação de crime continuado. Nesse sentido a jurisprudência mineira:

> "AGRAVO EM EXECUÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - HABITUALIDADE CONSTATADA - RECURSO NÃO PROVIDO.
> - Constatado que a agravante exercia o tráfico de drogas em associação com grupos alternados, inexistindo identidade de corréus nos processos de origem e, verificado que o *modus operandi* empregado era distinto, não há que se falar em reconhecimento da continuidade delitiva, haja vista a inexistência de identidade entre o tempo, o modo, e o lugar da execução dos delitos distintos.- O crime continuado não se confunde com a delinquência habitual ou profissional, não podendo ser o agente, contumaz na prática delitiva, contemplado com o instituto." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo Execução Penal nº 1.0481.11.012092-2/001 - 0795692-31.2012.8.13.0000 (1). Relator: Des. Nelson Missias de Morais. Belo Horizonte, 20 de setembro de 2012. Minas Gerais, 01 out. 2012)".

> "TRÁFICO - CONDUTAS DIFERENTES - DENÚNCIAS DISTINTAS - CABIMENTO - COISA JULGADA - NÃO

> OCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO.
> - Se a agente, em dias distintos, mediante diferentes ações tenta introduzir drogas em estabelecimento prisional, não há que se falar que uma conduta é meramente o desdobramento da outra, devendo ela responder penalmente por ambos os atos, pouco importando que já tenha sido condenada no processo mais antigo." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0395.07.016593-5/001 - 0165935-93.2007.8.13.0395 (1). Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Belo Horizonte, 26 de abril de 2012. Minas Gerais, 04 maio 2012)".

Por outro lado, na hipótese de a polícia apreender droga em depósito na residência de elemento preso com grande quantidade de droga na rua, a jurisprudência mineira já entendeu estar diante de crime continuado, apesar de as figuras típicas "trazer consigo" e "manter em depósito" estar ocorrendo sob o mesmo lapso temporal. Nesse sentido:

> "TRÁFICO. RÉU QUE PORTAVA ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES EM VIA PÚBLICA. APREENSÃO DE DROGAS EM SUA RESIDÊNCIA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. HARMONIA COM A PROVA COLIGIDA. CRIME CONTINUADO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A apreensão de elevada quantidade de entorpecentes em poder do réu, que a portava em local público, bem como a localização de drogas em sua residência constituem ocorrências distintas que, pelas condições de tempo e lugar, configuram o crime continuado. - Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do regime prisional integralmente fechado, deve ser modificado o regime, permitindo-se a progressão, cuja possibilidade deve ser examinada na Execução." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0243.06.900002-0/001 - 9000020-38.2006.8.13.0243 (1) – Relator: Des. Herculano Rodrigues. Belo Horizonte, 15 de março de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 04 abr. 2007.)".

Impende consignar que, no que diz respeito ao tipo entregar a consumo, no caso de tal entrega ser efetuada a criança ou adolescente e a substância entregue não possuir princípio ativo de nenhuma droga, prevista no rol das substâncias proibidas, está-se diante do crime previsto no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse diapasão, os ensinamentos dos rocuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "O sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa, salvo em relação ao verbo-núcleo prescrever, que é próprio daqueles profissionais que podem receitar drogas (geralmente médico e dentista). O sujeito passivo é a coletividade, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Caso a droga seja entregue a criança ou adolescente, responderá o agente pelo crime do art. 33. Porém, se a substância entregue não possuir princípio ativo de qualquer droga listada (exemplo, "cola de sapateiro", cujo princípio é o tolueno), responderá o agente pelo art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990), cuja pena atualmente é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa"[3].

Verifica-se, ainda, que as condutas criminosas previstas no art. 33 da Lei n.° 11.343/06 não exigem o denominado dolo específico. Assim, não precisa ficar caracterizado que a droga se destinava ao comércio para que ocorra o delito. A esse respeito as brilhantes manifestações do procurador de justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e do advogado criminalista João Daniel Rassi, quando discorrem sobre o crime em comento:

> "O artigo não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico. O que anteriormente se sustentava, na vigência da redação primitiva do Código de 1940, de que apenas o fim de tráfico ou de comércio caracterizava o delito, ficou superado em face das modificações do Decreto-Lei n.° 385 e da Lei n.° 5.726. A mesma interpretação ainda permaneceu sob a vigência da Lei n.° 6.368/76 e deve permanecer em relação à lei nova. O dolo específico aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direitos especialmente previstas pela Lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita." [4].

Artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei n° 11.343/06

Nota-se que, em relação ao revogado art. 12, § 1°, inciso I, da Lei n° 6.368/76, o legislador trouxe uma importante inovação. Enquanto a Lei n° 6.368/76 incriminava, tão somente, as condutas típicas em relação à matéria-prima, a atual lei menciona, ainda, o insumo ou o produto químico utilizado para produção da droga. A esse respeito a explicação dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "A alteração legislativa, além de afastar qualquer discussão, evitará a necessidade de ampliação demasiada do conceito de "matéria-prima", como fazia a jurisprudência anterior, equiparando a tal conceito os de insumo e de produtos químicos destinados à produção da droga.Hoje, portanto, não há qualquer dúvida, pois toda substância que possa ser utilizada para a produção da droga, seja exclusivamente ou eventualmente, será abrangida pela norma em comento.
> Agora, portanto, ao lado da matéria-prima, incrimina a nova Lei, expressamente, o insumo e o produto químico. Matéria-prima é a substância principal da qual se extrai a substância entorpecente. Insumo é o elemento que, apesar de não ter a aptidão de dele se extrair a substância entorpecente, será utilizado para a produção da droga, ao ser agregado à matéria-prima. Por exemplo, o bicarbonato de sódio, quando somado aos restos da cocaína, dará origem ao crack. Por sua vez, produto químico destinado à produção da droga é a substância identificada quimicamente que é utilizada no processo de elaboração da substância entorpecente, sem se agregar à matéria-prima. O exemplo clássico seria a acetona para a produção e refino de cocaína"[5].

A respeito do assunto, o procurador de justiça criminal do MPRS Gilberto Thums e o advogado criminalista Vilmar Pacheco trazem importante contribuição para se diferenciarem insumos químicos de produtos químicos:

> "Insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de drogas: Atualmente constam da lista D-2 da resolução RDC 15/2007; exemplificativamente, pode-se citar o tolueno (solvente utilizado na fabricação da gasolina), acetona, éter etílico, permanganato de potássio, ácido sulfúrico, etc. Produto químico destinado à preparação de drogas: Não há lista oficial com esta denominação, porém a ANVISA editou a lista D-1, onde constam as substâncias precursoras de drogas. Certamente essa lista terá nova denominação. Podem-se citar exemplificativamente: efedrina, ácido lisérgico (não é o LSD, que é droga de uso proscrito no Brasil), ácido fenilacético, isosafrol, etc."[6].

É importante ressaltar que a lista D-2 vem sofrendo atualizações, razão pela qual é importante trazer à baila o elenco da última edição:

> "LISTA - D1
>
> LISTA DE SUBSTÂNCIAS PRECURSORAS DE ENTORPECENTES E/OU PSICOTRÓPICOS (Sujeitas a Receita Médica sem Retenção)
>
> 1.1-FENIL-2-PROPANONA
> 2.3,4 - METILENDIOXIFENIL-2-PROPANONA
> 4. ACIDO ANTRANÍLICO
> 6. ÁCIDO FENILACETICO
> 7. ÁCIDO LISÉRGICO
> 8. ÁCIDO N-ACETILANTRANÍLICO
> 13. EFEDRINA
> 14. ERGOMETRINA
> 15. ERGOTAMINA
> 18. ISOSAFROL
> 21. PIPERIDINA
> 22. PIPERONAL
> 23. PSEUDOEFEDRINA

> 24. SAFROL
>
> ADENDO:
> 1. *ficam também sob controle, todos os sais e isômeros das substâncias enumeradas acima.*

> LISTA - D2
>
> LISTA DE INSUMOS QUÍMICOS UTILIZADOS COMO PRECURSORES PARA FABRICAÇÃO E SÍNTESE DE ENTORPECENTES E/OU PSICOTRÓPICOS (Sujeitos a Controle do Ministério da Justiça)
> 1. ACETONA
> 2. ÁCIDO CLORÍDRICO
> 3. ÁCIDO SULFÚRICO
> 4. ANIDRIDO ACÉTICO
> 5. CLORETO DE METILENO
> 6. CLOROFÓRMIO
> 7. ÉTER ETÍLICO
> 8. METIL ETIL CETONA
> 9. PERMANGANATO DE POTÁSSIO
> 10. SULFATO DE SÓDIO
> 11. TOLUENO

> *ADENDO:*
> *1. produtos e insumos químicos, sujeitos a controle da Polícia Federal, de acordo com a Lei n.º 9.017 de 30/03/1995, Decreto n.º 1.646 de 26/09/1995, Decreto n.º 2.036 de 14/10/1996, Resolução n.º 01/95 de 07 de novembro de 1995 e Instrução Normativa n.º 06 de 25/09/1997;*
> *2. o insumo químico ou substância CLOROFÓRMIO está proibido para uso em medicamentos (http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html - acesso em 27.02.2014)"*[7].

Cumpre observar que existe o entendimento de que a supracitada lista não é taxativa, podendo outros insumos ou produtos químicos ser considerados como objetos do tipo, desde que destinados à produção de drogas.

Não se pode olvidar que o tipo sob análise possui 2 (duas) correntes favoráveis à necessidade de se exigir para sua configuração a existência de dolo genérico ou de dolo específico.

Para a corrente minoritária, que entende necessária a existência do dolo específico no tipo, o legislador optou por utilizar a expressão: "destinado à preparação de drogas", razão pela qual será preciso provar, para caracterizar o crime, que o insumo, por exemplo, era destinado à produção de drogas. Nesse sentido esclarecem os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Porém, para a incriminação do agente, será necessário demonstrar que a matéria-prima, o insumo e o produto químico eram destinados à produção de drogas, como já o exigia a jurisprudência sob a égide da anterior Lei de Tóxicos. Portanto, não será qualquer pessoa que seja apreendida, por exemplo, com éter que será punida nas penas deste dispositivo. Será necessário comprovar que a sua destinação era a produção de substância entorpecente, cabendo destacar que este ônus, nos termos do art. 156, primeira parte, do CPP, incumbe à acusação. [8].

Por outro lado, a corrente majoritária argumenta que o tipo não exige a caracterização do dolo específico, bastando o dolo genérico. Neste diapasão os ensinamentos do procurador de justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e do advogado criminalista João Daniel Rassi:

> "Elemento subjetivo do tipo. O dolo é genérico, basta que o agente tenha vontade livre e consciente de praticar uma das ações previstas, sabendo que a matéria-prima tem condições de ser usada na preparação de entorpecentes. É irrelevante a circunstância de destinar o agente a matéria-prima para o

> comércio ou para a preparação caseira com o fim de uso próprio. A expressão 'destinado à preparação de drogas...' poderia levar à interpretação de que o tipo exigiria dolo específico. A destinação, contudo, a nosso ver não é a colocada como fim pelo agente, mas a que normalmente pode prestar-se a substância. A possibilidade de ser transformada em entorpecente não é condição subjetiva do agente em relação à matéria-prima, insumo ou produto químico, mas o conjunto de qualidades químicas que a tornem apta para aquele fim. Em outras palavras, não há necessidade para a configuração do crime de que o agente queira destinar a matéria-prima, o insumo ou o produto químico à produção de droga, bastando que saiba terem eles as qualidades necessárias para tal."[9].

O promotor de justiça César Dário Mariano da Silva também defende que o art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06 se caracteriza, tão somente, com a ocorrência do dolo genérico:

> "Elemento subjetivo do tipo. O crime é eminentemente doloso, mas prescinde de qualquer finalidade especial. Não é exigido que o sujeito queira que o objeto material seja destinado à produção de droga, mas que ele tenha ciência de que pode ser empregado para esse fim"[10].

Artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei n° 11.343/06

A novidade consiste na necessidade de se fazer a distinção deste crime para a nova conduta típica descrita no art. 28, § 1°, da Lei n° 11.343/06, lembrando que o elemento subjetivo "para seu consumo pessoal" faz parte do art. 28, § 1°, da Lei n° 11.343/06.

Questão controversa é a conduta de simplesmente portar sementes de maconha. Note-se que ainda não ocorreu a semeadura, que é o ato de lançar/deitar as sementes sobre a terra para fazê-las germinar, o que caracterizaria o art. 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06. Neste caso a jurisprudência se divide em 2 (duas) correntes, levando em consideração a existência ou não de princípio ativo.

Para a primeira corrente, se a perícia toxicológica encontra princípio ativo nas sementes de maconha, o tipo do art. 33 da Lei n° 11.343/06 está caracterizado, já que as próprias sementes constituem a droga. Nesse sentido:

> "Se a perícia toxicológica encontra em sementes de maconha o princípio ativo do vegetal responsável pelo seu poder intoxicante (tetrahidrocanabinol), a posse ou guarda de tais sementes tipifica a infração penal. É que tais sementes podem ser utilizadas através da mastigação, trituração, redução a pó e aspiração, por exemplo, como rapé"[11].

Para a segunda corrente, a ínfima quantidade de material ativo não caracteriza o delito do art. 33 da Lei n° 11.343/06:

> "A simples posse de sementes de maconha não configura o delito de porte. A jurisprudência firmou-se no sentido de que tais sementes não configuram princípio ativo. Há dúvidas, inclusive, quanto a sua potencialidade para causar dependência físico-psíquica, dada a ínfima quantidade de material ativo que conteriam." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 28.123-3, 2ª Câmara. São Paulo, 28 de maio 1984. Relator: Des. Weiss de Andrade. RT 597/301).

Questiona-se se, no caso de as sementes serem periciadas e não se constatar a presença de princípio ativo, seria possível se falar na prática da conduta insculpida no art. 33, § 1º, inciso I, da Lei n° 11343/06. A dúvida recai sobre se as sementes seriam matéria-prima. Os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho tecem relevante explanação sobre tal situação, a saber:

> "A situação que mais trará controvérsias ocorrerá quando o laudo pericial não conseguir identificar, nas sementes apreendidas, a presença de uma das substâncias proibidas, caracterizadas como drogas pela Portaria SVS/MS 344/1998. A nosso ver a ausência da substância proibida não impede que as sementes

> sejam consideradas matéria-prima para a produção de drogas, nos termos do art. 33, §1°, I. Ao se referir a matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à produção de drogas, a Lei deixa clara a intenção de criminalizar todo o processo produtivo da droga, desde o seu primórdio e não apenas a partir da existência do princípio ativo. O significado de produzir a partir da matéria-prima não se resume ao simples processo de extração do princípio ativo das plantas; na realidade, engloba toda a cadeia produtiva, que pode sim ter início com a aquisição de sementes para plantação. As sementes constituirão a matéria-prima a partir da qual ocorrerá a lavra da planta e, em seguida, a extração da droga. Nesse sentido, decidiu recentemente o STJ. Acrescente-se que, se com a nova Lei fica claro que até mesmo a guarda de simples acetona com o objetivo de preparar drogas já é considerado crime, evidentemente também o será o depósito de sementes a serem semeadas visando à produção de drogas. Portanto, a apreensão de sementes de plantas cujo objetivo era a produção de drogas poderá ser enquadrada no crime de tráfico equiparado, previsto no art. 33, §1°, I, mesmo que o laudo pericial não revele a presença de substância caracterizada como droga"[12)].

Não obstante o exposto, tal assunto é controverso, existindo entendimento de que as sementes de maconha não podem ser consideradas matéria-prima. Nesse sentido veja-se julgado com base, ainda, na Lei anterior de drogas:

> "EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGOS 12 - § 1º -I, DA LEI Nº 6.368/76).SEMENTES DE MACONHA.
> A guarda ou posse de semente de maconha não configura o delito do artigo 12 - § 1º - I, da lei nº 6.368/76. *A semente de maconha não é matéria-prima, pois esta seria a substância que deve ser submetida a trabalho industrial antes de ser tornada própria ao consumo.Não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não da indústria humana.* EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70019927193, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 3 de agosto de 2007, grifo nosso).

Artigo 33, § 1º, inciso III, da Lei n.° 11.343/06

A grande inovação da lei foi o fato de não mais tipificar a conduta de ceder local para que se faça uso indevido de substância que determine dependência física ou psíquica (redação do revogado art. 12, § 2°, inciso II, da Lei n.° 6.368/76). A respeito da redação do art. 33, § 1°, inciso III, da Lei n.° 11.343/06, discorrem os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "É de se questionar: houve verdadeira *abolitio criminis* em relação à conduta daquele que utiliza local de sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize para o uso de drogas? Apesar de alguns posicionamentos neste sentido, entendemos que nem todas as situações tornaram-se atípicas. Temos, portanto, que distinguir. Aquele que utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo próprio de drogas praticará apenas a conduta do art. 28 da nova Lei, pois aquela conduta é atípica perante a nova Lei. Por outro lado, aquele que ceder local ou bem de sua propriedade ou posse para consumo de drogas de terceiros poderá estar auxiliando o uso indevido de drogas, incidindo, eventualmente, nas penas do § 2° do art. 33 da nova Lei. É de se destacar que, na redação prevista no art. 14 § 2º, do Projeto de Lei 7.134/2002, constava como forma de auxílio o consentimento para que bem de sua propriedade fosse utilizado para o consumo de drogas. A redação que acabou por ser aprovada, porém, substituiu este consentimento pela palavra auxílio, mais ampla e que continua incluindo em seu conceito a conduta de ceder bem imóvel ou móvel de sua propriedade para uso de drogas por terceiros. De qualquer sorte, como a pena do delito de auxílio ao uso é bem inferior ao do tráfico, deverá retroagir para condenações ou processos sob a égide da legislação anterior"[13)].

Importante, ainda, ressaltar a situação da esposa do traficante de drogas, que muitas vezes tem filhos com este e que sabe que seu marido se utiliza da moradia para traficar drogas, embora não tenha participação direta na atividade ilícita. A dúvida recai sobre se estaria tal esposa obrigada a denunciar seu marido. A jurisprudência

tem se manifestado no sentido de ser inexigível da esposa, que não tem nenhuma participação na conduta ilícita, delatar seu marido que trafica drogas. Veja-se o escólio pretoriano:

> "APELANTE - TRÁFICO DE DROGAS - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - AUSÊNCIA DE PROVAS DO COMÉRCIO ILÍCITO - DÚVIDAS SOBRE A PROPRIEDADE - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. É necessário, além da apreensão das drogas, que provas sejam produzidas acerca da inequívoca propriedade ou posse das substâncias proibidas e do comércio para que o réu seja condenado pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/06. Ninguém pode ser condenado por fato de outrem. Esta é a premissa do constitucional princípio da responsabilidade pessoal do qual deriva o postulado da auto-responsabilidade. Assim, a circunstância da acusada ser esposa do co-réu que está envolvido com drogas, não faz dela traficante. Nem participação omissiva pode ser cogitada por lhe faltar o dever jurídico de agir"[14].

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu da mesma forma em caso semelhante:

> "O fato de tentar livrar-se da droga pertencente ao esposo, jogando-o no vaso sanitário e puxando a descarga, não significa, por si só, a conduta subsumida no art. 12 da Lei 6368/76. *Defronta-se, sim, com uma tentativa sua de dificultar a coleta da prova no intuito de inviabilizar a prisão do companheiro, pai de seus filhos. Configuração de mero favorecimento pessoal, impunível.* Outrossim, inexigível era-lhe conduta diversa, segundo tem entendido os tribunais pátrios. Proveram a sublevação para absolvê-la, forte no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal. Unânime." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 697116408, Câmara de Férias Criminal. Espumoso. Relator: Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal. Porto Alegre, 17 de julho de 1997, grifo nosso).

O mesmo ocorre com a genitora do traficante de drogas, da qual não se pode exigir que delate seu filho. Assim orienta o escólio pretoriano:

> "*Ementa*: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. PENA REDUZIDA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONSENTIMENTO DE UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL PARA A PRÁTICA DO *TRÁFICO* DE DROGAS (ART. 33, § 1º, III, DA LEI DE TÓXICOS). *MÃE* DO RÉU. CONDUTA NÃO COMPROVADA. CONJUNTO PROBATÓRIO DUVIDOSO E INSUBSISTENTE. MEROS INDÍCIOS. INSUFICIÊNCIA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. IN DUBIO PRO REO.*ABSOLVIÇÃO* MANTIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O *TRÁFICO* DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO PERMANENTE E ESTÁVEL. *ABSOLVIÇÃO* MANTIDA. PERDIMENTO DE BEM. IMPOSSIBILIDADE. VEÍCULO QUE NÃO É DA PROPRIEDADE DO RÉU. RESTITUIÇÃO DEVIDA. - PRIMEIRO RECURSO NÃO PROVIDO. SEGUNDO RECURSO PROVIDO EM PARTE. TERCEIRO RECURSO PROVIDO. - As circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado impõem a fixação da pena-base no mínimo legal. - O agente primário não pode ser considerado contumaz na prática delitiva ou mesmo integrante de organização criminosa, sem a existência de elementos seguros que amparem tal assertiva. Requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos preenchidos. - A incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos afasta a hediondez do delito de *tráfico* de entorpecentes, tornando possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que atendidos os requisitos do art. 44 do CP, bem como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diversamente do fechado. - Não havendo prova concreta de que a **mãe** do acusado consentiu com a prática da traficância dentro de sua residência, ou de que tenha tirado proveito de tal situação, impõe-se seja mantida a sua *absolvição* em relação ao delito do art. 33, § 1º, III, da Lei de Tóxicos, uma vez quea existência de meros indícios não autoriza o decreto condenatório. - A condenação pela prática do delito de associação para o *tráfico* de drogas exige prova da existência de vínculo associativo, de forma estável e permanente, visando o comércio ilegal de drogas. Não comprovados tais requisitos, a *absolvição* se impõe. - Inexistindo provas suficientes de que o bem apreendido esteja relacionado ao *tráfico* de drogas e não sendo o acusado, condenado pelo delito de *tráfico*, o proprietário do veículo, não é possível decretar o perdimento do bem"[15].

Ainda com igual teor:

> "Ainda que sabedora da condição de traficante de seu filho, a mãe não tem o dever jurídico de denunciá-lo à polícia. Ausentes provas de sua participação no crime, seu silêncio não implica em co-autoria, em face da inexigibilidade de conduta diversa e da conseqüente exclusão de sua culpabilidade." (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0000.00.192.453-9/00 - Comarca de Cataguases - Apelante(s): Celma Espíndola dos Santos Gomes, ou Celma Espíndola dos Santos - Apelado(s): Ministério Público Estado Minas Gerais, Pj V Cr Menores. Comarca Cataguases. Relator: Des. Roney Oliveira. Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2001).

Artigo 33, § 2°, da Lei n° 11.343/06

A novidade consiste no fato de o legislador resolver privilegiar algumas condutas que a Lei n° 6.368/76 considerava crime equiparado ao tráfico e com a mesma pena do revogado art. 12. Trata-se de *novatio legis in mellius*, já que a pena de 01 (um) a 03 (três) anos e multa, nos termos do art. 89 da Lei n° 9.099/95, admite a suspensão do processo, desde que presentes os demais requisitos elencados na citada norma.

Cumpre ressaltar que a conduta do indivíduo que se utiliza de um apito para alertar os usuários de droga da presença da polícia caracteriza o delito do art. 33, § 2, da Lei nº 11.343/06, o que não se confunde com a conduta do elemento que usa do mesmo artifício para avisar o traficante de drogas da presença da polícia, já que esta enseja o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 29 do Código Penal Brasileiro. A esse respeito, esclarecem os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Por sua vez, em relação às pessoas que sejam encontradas auxiliando traficantes, com uso de pipas, apitos ou fogos de artifício para avisarem da chegada da Polícia, tal conduta não será considerada atípica, pois, em razão da norma de extensão do art. 29 do CP, serão estas agentes enquadrados no disposto no *caput* do art.33 da nova Lei de Drogas. Por outro lado, se o apito for utilizado para alertar eventuais usuários, a conduta será tipificada no art. 33, § 2º"[16].

Questão controversa que não poderia deixar de ser citada no presente tópico é se a conduta perpetrada pelos organizadores da polêmica "marcha da maconha" poderia ser enquadrada no art. 33 § 2º, da Lei nº11.343/06. O STF, ao julgar a ADI nº 4.274/DF, deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 33, § 2º, da Lei nº 11.343/06 para o fim de ele excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas. Manisfestou-se o excelso pretório:

> "O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta, ajuizada pela Procuradora-Geral da República em exercício, para dar interpretação conforme a Constituição ao § 2º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ["Art. 33 [...] § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga. Pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa"], com o fim de dele excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas. Rejeitou-se, de início, a preliminar de não-conhecimento da ação. Aduziu-se que o preceito impugnado estaria servindo como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos — popularmente chamados de "Marcha da Maconha" — de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes. Assim, destacou-se que o dispositivo comportaria pluralidade de sentidos, sendo um deles contrário à Constituição, a possibilitar a aplicação da técnica de interpretação com ela conforme. No mérito, reiterou-se o que afirmado quando do julgamento da ADPF 187/DF (acórdão pendente de publicação, v. Informativo 631) em que assentado que essas manifestações representariam a prática legítima do direito à livre expressão do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião. O Min. Ayres Britto, relator, enfatizou que as liberdades de pensamento, de expressão, de informação e de comunicação fariam parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional, tidos como emanação direta do

> princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Registrou que o direito de reunião seria insusceptível de censura prévia e poderia ser visto como especial veículo da busca de informação para uma consciente tomada de posição comunicacional. Salientou, por outro lado, que a única vedação constitucional, relativamente a esse direito, diria respeito a convocação cuja base de inspiração revelasse propósitos e métodos de violência física, armada ou beligerante. O Min. Luiz Fux relembrou que deveriam ser considerados os seguintes parâmetros: 1) que se tratasse de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não existisse incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorresse o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público e 4) que não houvesse a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização. Por sua vez, o Min. Celso de Mello reafirmou que as liberdades de expressão e de reunião possuiriam interconexão e que deveriam ser exercidas com observância das restrições que emanariam do próprio texto constitucional. Realçou,ademais, que a Constituição objetivara subtrair da interferência do Poder Público o processo de comunicação e de livre expressão das idéias, mesmo que estas pudessem eventualmente ser rejeitadas por estamentos dominantes ou por grupos majoritários dentro da formação social. Asseverou que a defesa em espaços públicos da legalização das drogas não caracterizaria ilícito penal — quer sob a égide do Código Penal, quer sob o que estabelecido na regra em comento —, mas sim o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, sendo irrelevante, para o efeito de proteção constitucional, a maior ou a menor receptividade social da proposta. De outro lado, o Min. Gilmar Mendes fez ressalva no sentido de não se poder depreender deste julgamento que o texto constitucional permitiria toda e qualquer reunião. No ponto, o Min. Cezar Peluso, Presidente, consignou que a análise sobre a liberdade de reunião para efeito de manifestação do pensamento deveria ser feita caso a caso, para se saber se a questão não implicaria outorga ou proposta de outorga de legitimidade a atos que repugnariam a consciência democrática, o próprio sistema jurídico constitucional de um país civilizado." (BRASIL. Superior Tribunal Federal, Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011).

Artigo 33, § 3°, da Lei n° 11.343/06

É o denominado tráfico privilegiado. Sobreleva notar que, para a caracterização deste novo tipo, é preciso estarem presentes todos os requisitos para sua configuração, ou seja, é preciso oferecer droga: 1) eventualmente (não pode ter caráter habitual, sob pena de descaracterizar o presente tipo e fazer incidir o crime insculpido no art. 33, *caput*, da Lei n°11.343/06); 2) sem objetivo de lucro; 3) a pessoa de seu relacionamento (não estará caracterizada a hipótese se o agente cedeu a droga para a pessoa que acabou de conhecer em uma festa); 4) para juntos a consumirem (basta ter a intenção de usar a droga adquirida de forma compartilhada, não é necessária a efetivação do uso). A ausência de um destes requisitos faz incidir o tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n° 11.343/06, ou seja, "fornecer droga, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Nesse sentido a jurisprudência mineira:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDUTA LESIVA À SAÚDE PÚBLICA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO OU PARA USO COMPARTILHADO - INADMISSIBILIDADE - PENA EXARCEBADA - ADEQUAÇÃO. 01. Demonstradas, quantum satis, a materialidade e a autoria do injusto de tráfico ilícito de drogas, a condenação, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 02. O tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, classificado como de perigo abstrato, dispensa, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico. Logo, a prática de qualquer das condutas descritas no tipo penal, independentemente da quantidade da droga apreendida, ofende o bem tutelado pela norma. Ademais, essa modalidade de crime revela, em geral, especial periculosidade do agente, provoca alarma social mais intenso, aumenta o sentimento de vulnerabilidade das pessoas, traz inúmeras consequências nefastas à saúde individual, bem como à saúde pública, além de fomentar a prática de inúmeros outros delitos. Assim, a incriminação mais rigorosa nessa espécie de crime, faz-se necessária, eis que altamente perniciosa à sociedade, eis porque não há falar-se na aplicação do princípio da insignificância. 03. Havendo prova da traficância, não há falar-se na desclassificação para o tipo previsto

> no art. 28 da Lei 11.343/06, nem para aquele previsto no § 3º do art. 33 da Lei Antidrogas, eis que, *para a caracterização do uso compartilhado, mister seja o oferecimento da droga eventual, sem objetivo de lucro e feito a pessoa do relacionamento habitual do agente*. 04. A sanção penal, medida de exceção, deve ser aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do injusto, eis porque, se aplicada com exagero, deve ser reestruturada. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0342.10.005248-5/001 - 0052485-35.2010.8.13.0342 (1). Relator: Des. Fortuna Grion. Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. Minas Gerais, 30 mar. 2011).

Artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06

Trata-se de *novatio legis in mellius*, já que permite ao juiz, à vista do caso concreto, efetivar uma diminuição considerável na pena do traficante de drogas que, ao exercer pela primeira vez (pelo menos em tese) o delito em questão, foi surpreendido pelos agentes policiais do poder estatal.

Para gozar do benefício, é preciso que estejam presentes todos os requisitos legais. A esse respeito os ensinamentos do promotor de justiça César Dario Mariano da Silva:

> "O § 4º do artigo 33 prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu caput e §1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinqüir não merece atenuação da pena"[17].

A primariedade é verificada por exclusão, ou seja, aquele que não é reincidente (art. 63 do Código Penal) é primário, portanto, tal requisito é objetivo e verificável através da certidão de antecedentes criminais. É importante consignar que a condenação no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 gera reincidência. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme se observa pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso Especial nº 430105, em 13 de fevereiro de 2007:

> "A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário"[18].

Já no que se refere ao conceito de bons antecedentes, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto a sua caracterização. Nesse sentido a explicação dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Em relação ao conceito de bons antecedentes, grassa divergência na doutrina e jurisprudência. Para uma corrente, inquéritos em curso e processos em andamento poderiam ser considerados maus antecedentes, assim como condenações não definitivas e aquelas em que já se ultrapassou o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Para outra, à luz do princípio da presunção de inocência, somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado que não possuírem força para caracterizar reincidência, em razão de ter sido ultrapassado o período depurador, poderiam ser utilizadas para fins de maus antecedentes.Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444.Porém, a questão continua controversa até mesmo no STF. Preferimos a primeira posição, pois não se pode equiparar, para fins de aplicação de pena, o agente criminoso que possui diversos apontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir de morte o princípio da isonomia"[19].

A respeito do tema, o juiz federal Flávio Oliveira Lucas assim se manifestou em sua obra:

> "O conceito de maus antecedentes não é pacífico, mas, em linhas gerais permite duas linhas de interpretação: a) para a constatação dos maus antecedentes poderia ser considerado tudo o que consta na folha de antecedentes da pessoa, inclusive inquéritos policiais em andamento e ações penais não concluídas; b) somente seriam levados em conta as condenações com trânsito em julgado que não mais seriam aptas a gerar a reincidência. A nosso juízo, o conceito de maus antecedentes deve ser analisado segundo a primeira linha jurisprudencial, sem que isso viole o princípio da presunção de inocência. Na doutrina, sustenta posição semelhante LUIZ VICENTE CERNICCHIARO"[20].

O *Informativo de Jurisprudência* nº 411 do Supremo Tribunal Federal noticiou a decisão tomada no julgamento do HC nº 84.088, que adotou o supracitado posicionamento mais gravoso, razão pela qual se colaciona tal decisão:

> "Princípio da não culpabilidade e maus antecedentes. Concluído julgamento de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que indeferira igual medida ao fundamento de que o paciente, condenado por porte ilegal de arma (Lei 9.437/97, art. 10, §§ 2º e 4º) à pena de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa, em regime semi-aberto, não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, na redação dada pela Lei 9.714/98, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a sua folha de antecedentes penais - v. Informativo 390. Alegava-se, na espécie, constrangimento ilegal consistente na fixação de regime inicial mais gravoso, bem como na negativa de substituição da pena aplicada. A Turma, por maioria, indeferiu o writ por reconhecer que, no caso, inquéritos e ações penais em curso podem ser considerados maus antecedentes, para todos os efeitos legais. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, tendo em conta que a fixação da pena e do regime do ora paciente se lastreara única e exclusivamente na existência de dois inquéritos policiais e uma ação penal, concedia o habeas corpus"[21].

Insta ressaltar que o STF reconheceu a repercussão geral da questão no Recurso Especial nº 593.818/RG (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº 593.818/RG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2009. **Dje**, n. 64, 3 abr. 2009). Perlustrando-se o andamento de tal processo, verifica-se que, na data de 13/08/2009, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo "conhecimento e provimento do recurso extraordinário" e, no dia 26/06/2013, ocorreu a mudança de relator, passando a ser relator o Min. Roberto Barroso.

Ainda, no que tange a tal controvérsia, não se pode olvidar que, desde a decisão tomada no HC nº 100.848 do STJ, a qual deu supedâneo a posterior edição da Súmula nº 444 do STJ, muitos tribunais brasileiros têm entendido que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, razão pela qual trago a lume tal decisão:

> "PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS SIMPLES CONSUMADO E TENTADO. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. AUSÊNCIA DE CONSIDERAÇÃO DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUPOSTOS MAUS ANTECEDENTES TOMADOS COM BASE EM PROCESSOS INSTAURADOS SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO PERSONALIDADE VOLTADA À CRIMINALIDADE. PERSONALIDADE QUE TEVE COMO BASE PRESUMIDOS CRIMES ANTERIORES. CONDUTA SOCIAL CONFUNDIDA COM MOTIVAÇÃO DO DELITO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA NÃO-COMPROVADOS POR CERTIDÃO CARTORÁRIA JUDICIAL. CONFISSÃO CONSIDERADA PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DA REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE GENÉRICA. CONCURSO FORMAL. UMA ÚNICA AÇÃO. DUAS VÍTIMAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO. A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso bis in idem, repudiado pela doutrina e jurisprudência, As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.*Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.* Maus antecedentes e reincidência não-comprovados por certidão cartorária judicial não podem ser considerados para fins de fixação da pena. Se a sentença considera as declarações do réu para a condenação, impõe-se a redução da pena pela atenuante genérica. Se num único contexto duas pessoas têm seu patrimônio ameaçado, sendo que uma delas foi efetivamente roubada, configura-se concurso formal de crimes em sua forma homogênea. Ordem parcialmente concedida para anular parcialmente o acórdão e a decisão de primeiro grau, no que se refere à dosimetria das penas; para reconhecer a existência da atenuante da confissão espontânea e, de ofício, excluir a agravante da reincidência e reconhecer a ocorrência do concurso formal entre os crimes de roubo tentado e consumado; penas reestruturadas"[22].

Quanto ao requisito de não se dedicar a atividades criminosas, os promotores de justiça e procuradores de justiça da área criminal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reunidos em congresso no município de Araxá/MG, em outubro de 2006, editaram a Emenda n° 5, que assim dispõe:

> "A dedicação à atividade criminosa, requisito impeditivo da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei n.° 11.343/06 consiste na caracterização do modo de viver do autor do fato, voltado, ainda que não exclusivamente, para a prática de infração penal".

Existe divergência na doutrina quanto ao ônus de comprovar tal requisito, ou seja, se cabe ao Ministério Público provar que o réu se dedica à atividade criminosa ou à defesa provar que ele exerce atividade lícita e habitual. A esse respeito, é possível postular que cabe ao réu comprovar atividade lícita e habitual. Encontramos no magistério dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho o mesmo posicionamento:

> "Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e condutas voltadas para o crime"[23].

Por sua vez, o procurador de justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema:

> "*Os problemas das condições negativas*. Dispõe o parágrafo, em sua parte final, sobre as condições negativas de que o agente não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público no sentido de demonstrar a reincidência, os maus antecedentes e a participação em atividades criminosas ou organização criminosa. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu, que, por sua vez, tem o direito de

> não ser condenado a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda”[24].

Já o promotor de justiça César Dario Mariano da Silva possui posicionamento diverso sobre a questão da comprovação da reincidência e dos maus antecedentes para usufruir tal benefício:

> “Aliás a primariedade e bons antecedentes deverão ser demonstrados pelo acusado, ao passo que caberá ao Ministério Público o ônus de provar que o réu dedica à atividade criminosa ou que pertence à organização criminosa. Não cabe ao réu a prova dos fatos negativos, mas a quem alega, no caso, o Ministério Público.
> A primariedade e os bons antecedentes criminais deverão ser comprovados por meio de folhas de antecedentes e certidões cartorárias. Para isso, o réu, por meio de seu defensor, poderá diretamente juntá-las aos autos ou requerer ao juízo sua requisição”[25].

De qualquer forma, se o acusado é condenado, também, pelo art. 35 da Lei n.º 11.343/06, está mais do que comprovado que ele se dedicava à atividade criminosa. Nesse sentido o magistério do juiz federal Flávio Oliveira Lucas:

> “De qualquer maneira, mesmo que não integre uma organização criminosa, ou que seja primário e de bons antecedentes, não será possível a diminuição de pena quando o agente se dedicar às atividades criminosas. Essas, a toda evidência, são aquelas pelas quais o agente foi condenado e que sejam tipificadas na Lei n.º 11.343/06. A dedicação do agente a elas pode se configurar concretamente ou então pelo próprio tipo penal em nome do qual se operou a condenação, como, por exemplo, quando o agente for condenado nas penas do art. 35 da Lei”[26].

Entretanto, se o próprio réu declarar que vinha perpetrando a mercancia ilícita há razoável lapso temporal, ficrá caracterizada sua dedicação à atividade criminosa, não sendo possível, portanto, a incidência do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

A propósito, trazemos à baila decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> “EMENTA -DIREITO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - ATENUANTE - NÃO-DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES, AINDA QUE NÃO REDUZIDAS AS PENAS - INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS - REGIME INICIAL FECHADO - VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. I - Confessando o acusado a prática do delito de tráfico de drogas e diante da apreensão, em seu poder, de grande quantidade e variedade de drogas, não há que se cogitar de desclassificar sua conduta para a de mero uso. II - A confissão espontânea e a menoridade do agente devem ser reconhecidas como atenuantes de suas penas, ainda que não sejam aptas a reduzir suas pena-bases aquém do mínimo legal fixado na sentença. III - *Se o denunciado confessa que vinha praticando o crime de tráfico há cerca de 05 (cinco) meses, não pode ser beneficiado pela diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, posto ter se dedicado a atividades criminosas*. IV - A pena privativa de liberdade do condenado por tráfico de drogas deve começar a ser cumprida no regime fechado, não fazendo ele jus, ainda, à sua substituição”[27].

No que tange ao requisito de não integrar organização criminosa, pergunta-se se é necessário que o agente atue com habitualidade para caracterizar sua condição de partícipe da organização criminosa. Em resposta a essa dúvida, existem 02 (dois) posicionamentos:

Uma abordagem argumenta que a dedicação à atividade criminosa (a qual pressupõe certa habitualidade na prática delitiva) é requisito impeditivo autônomo que não se confunde com a participação na organização criminosa, já que esta exige apenas que se adira ao objetivo comum; basta, para isto, o exercício de determinado papel na divisão de tarefas adredemente estabelecida. Nesse diapasão, traz-se a lume recente

decisão da 2ª turma do STF:

> "Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Precedentes. Ordem denegada".[28)].

Outra proposta salienta que, no que diz respeito ao requisito de não integrar organização criminosa, é importante que fique delineado no processo uma certa habitualidade, ainda que não seja de forma exclusiva, para se afastar o gozo de tal benesse. A esse respeito, o procurador de justiça aposentado e advogado criminalista Vicente Greco Filho e o advogado criminalista João Daniel Rassi assim dispõem sobre o tema:

> **"O problema dos verbos 'dedicar-se' e 'integrar-se'**. O terceiro problema é o conceito de 'dedicar-se' ou de 'integrar-se'. Dedicar-se, segundo os dicionários, é 'consagrar sua afeição e/ou seus serviços a alguém; consagrar-se; dar-se', o que significa um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva; integrar significa 'juntar-se; fazer parte integrante, participar de'. E essas circunstâncias, ainda que não exclusiva habitualidade e a participação como membro de organização criminosa, devem ser provadas suficientemente para exclusão do benefício"[29)].

Importa observar que a grande quantidade e a variedade de drogas são uma circunstância que pode ser levada em consideração para afastar o benefício do § 4ª do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em virtude de indicar a dedicação à atividade criminal. Neste sentido o escólio pretoriano:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. (omissis).
> *2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.*
> *3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.*
> 4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
> 5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento"[30)].

> "*HABEAS CORPUS*. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO ENTRE AS LEIS ANTIGA E NOVA. PACIENTE QUE, CONTUDO, NÃO PREENCHE OS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.
> 1. Esta E. Corte aceita a combinação entre as leis antiga e nova regulamentadoras do tráfico ilícito de entorpecente e aplica o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.
> 2. *Todavia, se o sujeito ativo não preenche os requisitos previstos pela nova lei, exercendo intensa*

> *atividade criminosa, do que se deduz da significativa quantidade de entorpecente apreendida, como no caso, a redução não pode ser concedida.*
> 3. Ordem denegada"[31)].

> "*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.
> 1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
> 3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.
> 4. Ordem denegada"[32)].

Nesse diapasão, trazemos à baila o voto do Desembargador Eduardo Brum, na Apelação Criminal nº 1.0145.05.278997-4/001:

> "É que existem casos em que, mesmo sendo o acusado primário, sem antecedentes e sem provas seguras de que pertença a organização criminosa estável, o arcabouço probatório coligido durante a instrução demonstra, com segurança, que referido indivíduo faz da vida criminosa uma profissão, uma atividade habitual. E da análise que fiz, verifico que esta é a situação dos autos [...]"[33)].

Seguindo o posicionamento retro, vale evidenciar o voto da Desembargadora Márcia Milanez, no acórdão nº 1.0024.08.181069-9/001(1), publicado em 09/07/2010, sobre a aplicação da causa de diminuição de pena:

> "Neste contexto, na esteira do entendimento esposado pelo ilustre Juiz de 1º grau, não vislumbro como acolher a pretensão defensiva, porquanto se mostra nítido nos autos não ter sido a prática aqui analisada um ato isolado na vida do apelante, situação em que o agente não faz jus à aplicação da minorante em tela, consoante já me manifestei em diversas oportunidades".
> Apesar de se tratar de réu primário e possuidor de bons antecedentes, a própria quantidade de cocaína com ele apreendida, droga esta de alto potencial ofensivo à saúde pública e de expressivo valor pecuniário, está a denotar seu envolvimento pretérito com o tráfico de drogas. O próprio réu, em seu interrogatório, disse ser lavador de carros, e nesta condição, somente pode ter adquirido tamanha quantidade de drogas se há muito já estivesse se dedicando ao tráfico, de forma a obter tal lucro, ou mesmo como meio de conseguir a confiança dos traficantes que porventura lhe tenham repassado o entorpecente para revenda"(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.08.181069-9/001(1). Relatora: Desª. Márcia Milanez. Belo Horizonte, 18 de maio de 2010. **Minas Gerais**, 9 jul. 2010.)).

Corroborando tal entendimento, transcreve-se trecho do voto do ilustre desembargador Eli Lucas de Mendonça:

> "[...] Noutro giro, com razão o *Parquet* quando pugna pelo afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da citada lei.
> Com efeito, trata-se de uma causa de diminuição de um sexto a dois terços, incidente desde que o agente seja primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
> *In casu, embora reconhecida a primariedade e os bons antecedentes, restou comprovado que o apelado se dedica à atividade criminosa, caracterizada pela própria quantidade (5.855g de maconha), natureza e forma como a droga foi apreendida, já dolada, pronta para o exercício da atividade ilícita do tráfico de entorpecentes* [...]"[34)].

A grande quantidade de entorpecentes carregada pelo transportador da droga por grandes distâncias (vulgo mula) pressupõe sua atuação numa organização criminosa e por consequência afasta o benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nesse sentido já decidiu o STJ:

> "*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM AEROPORTO. "MULA". DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. WRIT DENEGADO.
> 1. As circunstâncias do caso concreto – Paciente de nacionalidade estrangeira e que transportava 2.070 (dois mil e setenta) gramas de cocaína, abordada ao tentar embarcar para Lisboa – evidenciam sua dedicação a atividades criminosas.
> 2. Assim, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, o referido fato é circunstância que, de per si, impede a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.
> 3. *Habeas corpus* denegado."[35].

Outro assunto a ser abordado quando se refere à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 diz respeito à polêmica levantada quanto ao seu caráter hediondo. Os que defendem que o citado artigo perdeu seu caráter hediondo tomam por base o homicídio qualificado privilegiado, contudo, não é possível comparar as circunstâncias que retiram o caráter hediondo do homicídio qualificado privilegiado com o tráfico de drogas, quando aplicável a minorante acima mencionada.

Isso porque as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado dizem respeito à conduta criminosa perpetrada pelo agente, a qual, quando consumada, não gera as características que a tornariam uma ação hedionda.

Diferentemente, a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4°, da Lei Antidrogas diz respeito ao autor e não à conduta por este efetivada. Nesse sentido:

> "PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/2006 - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, CONFORME FIXADO NA SENTENÇA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. - *A causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente infrator, quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, mas o crime por ele praticado continua a ser equiparado a hediondo*. V.V.P"[36].

Com efeito, o réu foi condenado como incurso no artigo 33, caput, da Lei Antitóxicos, tendo-lhe sido aplicada a minorante inserta no § 4º do referido dispositivo. Assim, in casu, não há que se falar em "tráfico privilegiado", figura esta prevista no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06.

No magistério de Guilherme de Souza Nucci, encontram-se os pertinentes ensinamentos sobre o tema em questão:

> "[...] o fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incursa no art.33, caput e §1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, conforme se pode observar pelas proibições enumeradas no art. 44 da Lei 11.343/006 [...]"(NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330.)).

Nesse mesmo sentido:

> "INFORMATIVO 429 DO STJ - TRÁFICO. DIMINUIÇÃO. PENA. HEDIONDEZ. O crime de tráfico de drogas (caput e § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006), por expressa disposição constitucional (art. 5º, XLIII, da

> CF/1988), é figura equiparada, sem ressalvas, aos crimes hediondos tal como definidos em lei (Lei n. 8.072/1990), daí se sujeitar ao tratamento dispensado a esses crimes. Assim, não se justifica afastar essa equiparação pelo só motivo de que incidente a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois tal incidência não implica desconsiderar as razões que levaram o próprio texto constitucional a prever tratamento rigoroso ao tráfico. Acrescente-se que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também prevista no § 4º do referido artigo de lei, presta-se a demonstrar que a previsão da redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime. Nem sequer o alegado paralelo com o homicídio privilegiado mostra-se pertinente, visto que, contrariamente ao que ocorre nos crimes contra a vida, no impropriamente nominado 'tráfico privilegiado', as circunstâncias que se consideram para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar: a aplicação da referida causa de diminuição da pena do tráfico interfere na quantidade da pena, não na qualificação ou natureza do malsinado crime. Sendo assim, na hipótese em questão, é descabida a pretensão de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como de fixar o regime inicial aberto (arts. 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990). Precedentes citados do STF: liminar no HC 102.881-SC, DJe 11/3/2010; do STJ: HC 143.361-SP, DJe 8/3/2010”[37].

Artigo 34 da Lei n° 11.343/06

O mais importante que se deve saber sobre tal tipo é a necessidade, decorrente de se tratar de crime material, de se fazer perícia para que se possa constatar a aptidão do objeto que se destina à consecução dos fins propostos no tipo.

A apreensão de uma balança de precisão sem evidência de que se destina aos objetivos especificados no tipo não caracteriza, por óbvio, o delito, já que os mencionados objetivos representam fatos constitutivos da imputação.

Há dúvidas sobre se o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 absorve o crime do art. 34 da Lei nº 11.343/06.

Uma corrente qualifica o art. 34 da Lei nº 11.343/06 como subsidiário ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual o tráfico de drogas absorve o outro delito. A esse respeito, o magistério dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> “Este tipo penal, subsidiário em relação ao art. 33, já existia de maneira semelhante na lei 6368/76 e visa, precipuamente, antecipar a repressãocriminal para abarcar aquelas situações em que ainda não se caracterizou o tráfico propriamente dito”[38].

Nesse sentido a jurisprudência pátria:

> “Embargos de Declaração. Oposição contra Acórdão que não apreciou, de ofício, a subsidiariedade do art. 34 da Lei de Drogas. Vício de omissão. Ocorrência. Equivocidade. Concurso entre o art. 33, caput, e art. 34, ambos da Lei n 11.343/06. Inadmissibilidade. ?Transportar? e ?trazer consigo? drogas e utensílios próprios para a preparação de entorpecentes. Lesividade prevista no art. 34 abrangida pela do art. 33, caput. Lex primaria derrogat legi subsidiariae. Reconhecimento da omissão para declarar o acórdão, atribuindo-lhe, excepcionalmente, efeito infringente. Embargos defensivos parcialmente acolhidos para dar parcial provimento ao apelo, absolvendo o embargante quanto ao delito previsto no art. 34 da Lei de Drogas, nos termos do art. 386, III do CPP. Mantida afastada a incidência do art. 33, § 4º da Lei de Drogas. Matéria pré-questionada”[39].

Outra corrente argumenta que não ocorre a absorção do delito do art. 34 da Lei n° 11.343/06 pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, pois se trata de delitos distintos. Nesse sentido o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> “*Figura autônoma e delito equiparado a hediondo*: não se trata de tipo subsidiário ao art. 33 (art. 12 da

> Lei 6.368/76), de modo que, aplicado este, desapareceria o crime do art. 34 (antigo art.13 da Lei 6.368/76). São figuras distintas e, igualmente, importantes. Se o agente, por exemplo, importar maconha e fabricar, no Brasil, cocaína, deve responder por dois delitos. Não há nenhum fundamento, em nosso entendimento, nem sequer de política criminal, para haver a absorção do delito do art. 34 pelo crime previsto no art. 33. O crime do art. 34 não está contido no art. 33, de forma que se afasta a susididiariedade. Por outro lado, os dois são igualmente relevantes, razão pela qual também não deve haver, como já mencionado, a absorção. Cuida-se de autêntico concurso material de crimes"(NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 377-378.)).

Segue neste mesmo sentido:

> "Apelação Criminal Artigo 33, caput, artigo 33, § 1º, inciso I, artigo 34, todos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 70, do Código Penal; e, na forma do artigo 69, do Código Penal – Artigo 16, caput, artigo 16, parágrafo único, inciso IV, artigo 14, todos da Lei nº 10.826/03, sendo estes três crimes na forma do artigo 70, do Código Penal - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova Depoimento de policiais civis Validade Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente *Impossibilidade de absorção dos crimes previstos no artigo 33, § 1º, inciso I, artigo 34, pelo previsto no art. 33, caput, todos da Lei nº 11.343/06 - Três delitos da lei de drogas são figuras distintas - Crimes previstos no art. 33, § 1º e art. 34, não são subsidiários ao previsto no art. 33, caput, da mesma lei* - Absorção do crime de porte de munição quanto ao calibre da arma apreendida (pistola de calibre .40) - Quantidade de munição encontrada com o réu é superior à capacidade da arma de fogo que estava sob a posse dele.PENAS Pena-base quanto ao tráfico fixada acima do mínimo legal em razão da grande quantidade de entorpecentes apreendida Demais penas no mínimo legal Afastamento do aumento quanto à reincidência por não ter estar comprovada nos autos Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 Réu que é integrante de organização criminosa. *Concurso formal entre os delitos da lei de drogas e lei de armas Concurso material* O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07 - Recurso parcialmente provido"[40].

Artigo 35 da Lei n° 11.343/06

É fundamental se saber que somente se está diante do delito de associação nos casos previstos na supracitada norma, ou seja, art. 33, *caput* e § 1º e art. 34 da Lei nº 11.343/06. Nesse diapasão, não se caracterizará a associação para o tráfico se os delitos visados forem os previstos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, 37, 38 e 39 da Lei de Drogas.

Quanto à necessidade de estabilidade para caracterizar o crime, existem duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A primeira exige a estabilidade e a permanência do vínculo para caracterização do crime; por ser majoritária, não há necessidade de se colacionarem julgados ou se transcreverem trechos dos livros que defendem tal tese.

A segunda corrente, minoritária, dispensa a estabilidade e a permanência do vínculo e, em razão de tal circunstância, torna-se necessário transcrevê-la para conhecimento.

O juiz de direito do Estado do Espírito Santo, Sérgio Ricardo de Souza, adepto de tal teoria, assim discorre sobre o assunto:

> "Verifica-se que em relação à associação para a prática de qualquer dos crimes previstos na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, bem como no art. 34 desta Lei, a tipificação da conduta exige apenas o requisito objetivo do número de pessoas (duas ou mais pessoas) e o requisito subjetivo de que a associação seja para o fim específico de 'praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e art. 34 desta Lei', *havendo expressa afirmativa de que não se exige reiteração da conduta (reiteradamente ou não)*,

> nisso se assemelha à causa de aumento prevista na primeira parte do inciso III, do art. 18 da Lei nº 6.368/76, a qual foi também por ele incorporada, tanto que ela não faz parte do rol de causas de aumento previstas no art. 40 desta Lei"[41].

Nesse mesmo sentido, o voto do eminente relator desembargador Paulo Cezar Dias, em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "[...] A Lei 11.343/06 não faz, em seu art. 35, qualquer distinção entre a associação eventual ou duradoura, punindo-as com o mesmo vigor. Motivo que não há que se falar em absolvição, vez que está provado que ambos tinham a posse da droga destinada a venda"[42].

Ainda quanto ao assunto, impende salientar mais uma jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. - TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - *ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76* - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO -NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. *Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos)*. De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores"[43].

Artigo 36 da Lei nº 11.343/06

Existe muita crítica na doutrina quanto à opção do legislador de utilizar os verbos financiar e custear, existindo mesmo o caso daqueles que entendem serem expressões sinônimas, enquanto outros entendem ter sido desnecessário inserir no tipo tais comportamentos. De qualquer sorte, transcreveremos a lição dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho que diferenciam tais expressões:

> "Os verbos-núcleo do tipo são financiar e custear. Financiar, no contexto da lei, é prover o capital necessário para o tráfico. A Lei se utilizou também da expressão custear. Apesar de os termos possuírem próxima sinonímia, entendemos que o legislador os utilizou em sentidos diversos, sob pena de terem por inúteis as palavras do legislador. Portanto, custear, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é prover os custos, as despesas, os gastos. Custear não é, diante disso, apenas fornecer dinheiro para que o traficante possa desenvolver sua atividade, mas também fornecer outros bens móveis, como armas, munição, veículos. Veja que foi relevante o tipo penal ter previsto a conduta de custear, valendo-se da entrega de bens, pois do contrário o agente que entregasse dinheiro para a compra de carros responderia por financiamento, enquanto aquele que entregasse os próprios carros responderia por tráfico, com a diversidade de tratamento existente entre as figuras penais sem que haja qualquer diversidade de desvalor entre as condutas.De qualquer sorte, não é imprescindível a busca por lucro, embora este seja o fim mais comum"[44].

Questiona-se ainda se é preciso que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, todos da Lei nº 11.343/06, os quais foram financiados ou custeados pelo agente, sejam efetivamente perpetrados para que seja

caracterizado delito do art. 36 da Lei nº 11.343/06.

Existem dois posicionamentos quanto a tal questão.

O primeiro argumenta que o delito de financiamento é formal, bastando que o dinheiro ou o bem entrem na esfera de disponibilidade do financiado. Os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho posicionam-se nesse sentido:

> "Meditando melhor sobre o tema, entendemos que se trata de delito formal, bastando que o dinheiro ou bem entre na esfera de disponibilidade do agente para que se consume o delito. Realmente, como leciona Samuel Miranda, 'O legislador quis punir [...] o mero financiamento, daí que se o agente efetivamente financia a aquisição de droga, mas a operação não chega a completar-se, por qualquer motivo, o tipo do art. 36 já está perfeito, pois o que se exige é a mera disponibilização do recurso, para o fim de praticar os crimes arrolados no artigo'"[45].

O segundo defende que o delito de financiamento é material, portanto, torna-se indispensável para caracterização do tipo penal a prova de existência dos crimes dos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, todos da Lei nº11.343/06. Nesse sentido o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> *"Indispensabilidade da materialidade dos delitos previstos nos arts. 33 e 34:* a prova de existência da infração penal, no tocante às figuras típicas dos arts. 33 e 34, desta Lei, parece-nos fundamental. Não há a menor segurança em se punir o financiador da prática do tráfico ilícito de entorpecentes, sem que exista prova alguma de ter havido ou estar ocorrendo tal espécie de crime. O tipo do art. 36, que, como expusemos na nota anterior, não precisaria existir de maneira autônoma, deve contar com o seu total preenchimento para se dar a punição, vale dizer, é preciso provar que há o financiamento ou custeio e que há o objeto dessa conduta, o tráfico ilícito de drogas, nas formas dos arts. 33 e 34. Mesmo que não se consiga punir o traficante diretamente envolvido, ao menos a existência do delito, meta do financiamento ou custeio precisa estar evidenciada"[46].

Não se sabe ao certo se delito sob análise é habitual ou não. A doutrina se divide sobre tal questão. O promotor de justiça César Dario Mariano da Silva, defendendo o caráter habitual de tal conduta criminosa, assim se manifesta:

> "Questão que vem causando controvérsia é se o crime em estudo é ou não habitual.
> Entendido como habitual, não ocorrendo a reiteração de condutas, o sujeito será partícipe do crime por si financiado ou custeado (arts. 33, *caput*, §1º ou 34) com a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VII (o agente custear ou financiar a prática do crime).
> Por outro lado, entendido como crime instantâneo, não poderá ser aplicada a causa de aumento de pena (art. 40, VII) para aquele que estiver incurso no crime do artigo 36, a fim de evitar a dupla valoração (*bis in idem*) proibida no direito penal.
> Pensamos ser o delito habitual, haja vista a existência de causa de aumento de pena para aquele que financiar ou custear a prática do crime (art. 40, VII). O único motivo razoável para a existência da majorante em questão é entender que o delito em apreço exige a reiteração de condutas. Aliás, isto se mostra compatível com a figura da associação para o financiamento ou custeio para o tráfico de drogas (art. 35, parágrafo único), que pressupõe, para sua caracterização, o propósito de reiteração do crime"[47].

Por sua vez, os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho defendem a posição doutrinária de que tal delito seja instantâneo:

> "O delito de financiamento não se enquadra no conceito de crime permanente. Primeiro porque a consumação, em regra, não se protrai no tempo, haja vista que os verbos financiar e custear não possuem tal natureza.
> Ademais o agente financiador não poderá fazer cessar a prática delitiva por ato de sua vontade.

> Realmente, embora quem receba a quantia possa utilizá-la por um período de tempo que se estenda no tempo (dois ou três meses utilizando a verba recebida), o financiador, no momento da tradição, deixa de ter disponibilidade sobre o dinheiro e, como se disse acima, a cacterísitica do crime permanente é justamente a possibilidade de o agente, com sua conduta, cessar a prática delitiva, o que não ocorre nesta hipótese.
> Também não entendemos que se trata de delito habitual. Segundo Nelson Hungria, o 'crime habitual consiste na reiteração da mesma ação, de modo a constituir um hábito de vida que incide sob a reprovação penal (ex.:curandeirismo). Se o agente procede *lucri faciendi* causa, fala-se em crime profissional (ex.: rufianismo). Ao contrário do crime continuado, as ações repetidas, aqui consideradas isoladamente, não constituem crime (somente a reiteração é que faz surgir o crime). Portanto, crime habitual é aquele formado pela reiteração de atos que, em si, são atípicos, demonstrando um estilo de vida do agente. No caso, a conduta de financiar o delito de tráfico sempre foi típica, mesmo que não existente este tipo penal autônomo, pois restaria cacterizada a participação no crime de tráfico. Ademais, o tipo penal não exige qualquer reiteração criminosa para que fique caracterizado o delito de financiar"[48].

Artigo 37 da Lei nº 11.343/06

O mais importante no tipo é ter conhecimento de que o delito restará configurado mesmo que a colaboração se dê para um concurso eventual de agentes. Neste sentido a lição dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Veja, portanto, que quando o legislador fala em grupo ou organização não está se referindo a uma associação permanente e estável, pois para esta reservou termo próprio (associação). Assim, restará configurado o delito em estudo se a colaboração for para um concurso eventual de agentes, sem ânimo associativo, que estejam reunidos para a prática de apenas um delito de tráfico.
> Porém, não é tipificada neste artigo a conduta do agente que presta informações para um único traficante, que não esteja praticando o delito em concurso com outros agentes. Apesar de a regra ser a união dos agentes para a prática delitiva, nada impede a existência de um traficante solitário, que não pratique o crime em grupo, organização ou associação. Como a nova Lei de Drogas restringiu a conduta típica aos que contribuem com grupo, organização e associação, o informante não se enquadraria no presente artigo. Neste caso, como responderia o informante de um traficante solitário? Sua conduta não será típica, pois em razão do disposto no art. 29 do CP, ele estará auxiliando o traficante e, como tal, deverá responder pelo delito por este praticado, como partícipe. Se, por exemplo, presta informações para um traficante solitário sobre o melhor local para a venda de drogas ou para a aquisição de drogas, responderá pelo crime de tráfico posteriormente executado. Porém, tal solução fere de morte o princípio da isonomia, pois neste caso receberá pena de cinco a 15 anos, enquanto se tivesse contribuído com um grupo de traficantes receberia pena de dois a seis anos. Não há razão para distinguir, principalmente porque a situação de quem contribui com apenas um traficante é menos grave do que aquela de quem contribui com um grupo de traficantes. A solução, justamentepor isto, é a aplicação da analogia *in bonam partem*, de forma a ser alcançado pelo presente tipo penal também aquele que contribui com apenas um traficante, em razão da lacuna da Lei"[49].

É importante esclarecer que a conduta do indivíduo que colabora como informante de associação criminosa formada só por adolescentes que perpetram o ato infracional análogo ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 não caracteriza o delito do art. 37 da Lei nº 11.343/06. Nesse sentido a jurisprudência mineira:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - COLABORAÇÃO PARA O TRÁFICO - ""OLHEIRO"" - EXISTÊNCIA DE DÚVIDAS NOS AUTOS - IN DUBIO PRO REO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ABSOLVIÇÃO. I
> - O tipo penal descrito no art. 37 da **lei 11343/06** pune o informante que colabora com grupo, organização ou associação criminosa, que constituem todas estas, reuniões de pessoas. Deste modo, atípica é a conduta daquele que colabora com o traficante, isoladamente considerado, que não integra qualquer grupo. »II - Se o colégio que compõe grupo, organização ou associação é todo formado por menores e sendo o informante maior, não cometerá este crime algum, já que escapa à estrutura da

> tipicidade, a prática de **atos infracionais** análogos aos crimes do art. 33, caput, §1º e art. 34, da **Lei** nº 11.343/2006, respeitando-se o princípio da taxatividade, pois não seria escorreito ser feita a extensão à expressão ”“crimes”“ aos **atos infracionais** III - A dúvida não pode ser levada em desfavor do réu já que não se pode admitir condenação criminal lastreada em presunções contrárias ao acusado. Aliás, se presunção se admite no processo penal é da inocência”[50)].

Insta observar que, quando o agente solta foguetes para avisar o grupo ou a associação de traficantes de drogas da presença da polícia no local de venda de drogas, possibilitando com isto a fuga dos criminosos, comete o delito do art. 37 da Lei nº 11.343/06. Neste sentido a jurisprudência do STF:

> “Ementa: PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 12, § 2º, INCISO III, DA LEI 6.368/76 (CONTRIBUIÇÃO PARA O TRÁFICO, COMO 'FOGUETEIRO'). REVOGAÇÃO DA LEI6.368/76 PELA LEI 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. INEXISTÊNCIA. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 37 DA LEI REVOGADORA. LEX MITIOR. RETROAÇÃO. ART. 5º, INC. XL, DA CF.
> 1. A conduta do 'fogueteiro do tráfico', antes tipificada no art. 12, § 2º, da Lei 6.368/76, encontra correspondente no art. 37 da Lei que a revogou, a Lei 11.343/06, não cabendo falar em *abolitio criminis*.
> 2. O informante, na sistemática anterior, era penalmente responsável como coautor ou partícipe do crime para o qual colaborava, em sintonia com a teoria monística do art. 29 do Código Penal: 'Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'.
> 3. A nova Lei de Entorpecentes abandonou a teoria monística, ao tipificar no art. 37, como autônoma, a conduta do colaborador, aludindo ao informante (o 'fogueteiro', sem dúvida, é informante), e cominou, em seu preceito secundário, pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, e o pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa, que é inferior à pena cominada no art. 12 da Lei 6.368/76, expressando a mens lege que a conduta a ser punida mais severamente é a do verdadeiro traficante, e não as periféricas.
> 4. A revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a manutenção de condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como *in casu*, correspondência na lei revogadora.
> 5. Reconhecida a dupla tipicidade, é imperioso que se faça a dosimetria da pena tendo como parâmetro o quantum cominado abstratamente no preceito secundário do art. 37 da Lei 11.343/06, de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, *lex mitior* retroativa por força do art.5º, XL, da Constituição Federal, e não a pena in abstrato cominada no art. 12 da Lei6.368/76, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão.
> 6. Ordem denegada nos termos em que requerida, mas concedida, de ofício, para determinar ao juízo da execução que proceda à nova dosimetria, tendo como baliza a pena abstratamente cominada no art. 37 da Lei 11.343/06, observando-se os consectários da execução decorrentes da pena redimensionada, como progressão de regime, livramento condicional etc.”[51)].

Por outro lado, quando o fogueteiro atua em favor do traficante de drogas solitário, o crime perpetrado é do art. 33 da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 29 do Código Penal Brasileiro. Valem, no presente caso, as observações alhures citadas quanto à possibilidade de se aplicar a analogia *in bonam partem* para fazer incidir o art. 37 da Lei nº 11.343/06.

A solução para a hipótese do indivíduo que atua como “suposto” informante de adolescentes que perpetram o ato infracional análogo ao tráfico de drogas é denunciá-lo no art. 33 combinado com o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06; afinal, na maioria dos casos, na realidade, ele está se utilizando dos adolescentes para perpetrarem o tráfico de drogas para si, valendo-se do artifício de não manter contato com a droga para poder justificar sua presença no local com o álibi de se tratar de usuário de drogas disposto a comprá-las.

O delito é formal, portanto, independe, para sua caracterização, da apreensão de droga; basta a comprovação da efetiva colaboração do agente.

A conduta do informante colaborador necessariamente deve ser individual sob pena de vir a incidir na violação do preceito proibitivo do art. 35 da Lei nº 11.343/06. Nesse norte a doutrina dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Apesar de não expresso no dispositivo legal, entendemos que a conduta do informante colaborador necessariamente precisa ser eventual. Seria somente a conduta daquele agente que, sem estabelecer qualquer vínculo associativo com os destinatários das informações, contribui eventualmente com informes, seja mediante remuneração ou por qualquer outra vantagem. Comprovando-se que a contribuição não se mostra eventual, mas permanente e estável, com o estabelecimento de verdadeira *societatas sceleris* com os destinários da informação a conduta não mais se tipificará no delito em estudo, mas sim na associação para o tráfico. Por exemplo, se um agente público corrupto, que tenha acesso a informações sensíveis, ajustado com outros comparsas, passa a transmiti-las aos demais criminosos de maneira permanente e estável para que estes possam praticar crime de tráfico de entorpecentes, não restará caracterizado o presente delito. Neste caso, este agente é verdadeiro integrante da associação criada e não teria sentido considerá-lo como mero informante"[52].

Artigo 38 da Lei nº 11.343/06

Trata-se de crime culposo, portanto, só se caracteriza quando houver imprudência, negligência ou imperícia.

O delito é apontado pela doutrina como crime próprio. Neste sentido o magistério de César Dario Mariano da Silva:

> "Na conduta de prescrever, o delito só poderá ser cometido por médico ou dentista. Na ministrar, por médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem. É, pois, crime próprio, uma vez que somente estes profissionais estão habilitados a prescrever ou ministrar remédios à base de substâncias ou produtos capazes de causar dependência.
> Diferentemente do delito que era previsto no artigo 15 da Lei nº 6368/976, o tipo penal não diz expressamente quem pode praticar as condutas. No entanto, a interpretação da norma nos leva á conclusão de que o delito é próprio e somente pode ser praticado por médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem, do mesmo modo que ocorria com a norma revogada. As condutas de prescrever e ministrar pressupõem condição especial do sujeito ativo,isto é, somete podem ser praticadas pelos sujeitos ativos que atuam na área da saúde.
> Caso o sujeito que prescreva ou ministre a droga não tenha habilitação legal para fazê-lo, como um falso médico, um veterinário ou um psicólogo, o crime será de tráfico de drogas (art. 33, *caput*)"[53].

Com o devido respeito a todos os doutrinadores que defendem o posicionamento supracitado, aqui se faz uma pequena observação quanto à possibilidade de ocorrer na modalidade "ministrar" a prática do crime insculpido no art. 38 da Lei nº 11.343/06 por profissionais que não sejam da área da saúde, como é o caso do cuidador de idoso. Hoje em dia é muito comum os idosos serem tratados em suas residências por "cuidadores de idosos" em vez de profissionais da saúde, e nestes casos é comum tais profissionais ministrarem remédios de uso controlado para idosos, fato que é do conhecimento do médico e dos próprios familiares do atendido. Não faria sentido, diante de tal circunstância, o cuidador, ao ministrar a droga de forma excessiva, agindo, portanto, de forma culposa, ser enquadrado no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Por outro lado, alegar a atipicidade da conduta, nestas circunstâncias, por se entender que tal delito é próprio e se destina, tão somente, a profissionais da saúde, não é uma resposta razoável, após a modificação da redação do antigo art. 15 da Lei nº 6.368/76 (que fazia menção a médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem) para aquela descrita atualmente no art. 38 da Lei nº 11.343/06. Assim, é possível discordar, neste ponto, da assertiva de que, na modalidade ministrar, o delito é próprio da categoria dos profissionais de saúde.

Nesse diapasão, é importante observar que está tão disseminada na sociedade a circunstância de o cuidador do idoso ministrar-lhe medicamentos (seja de qual tipo for) que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil, em 2008, editou, para distribuição gratuita, o Manual do Cuidador da Pessoa Idosa, organizado por Tomiko Born. Essa publicação reconhece a responsabilidade do cuidador da pessoa idosa (e também de seus familiares) de ministrar medicação prescrita por médico. Nesse sentido existe um tópico que alerta para os cuidados a serem tomados:

> "Considerações sobre o uso de medicações em pessoas idosas
>
> O uso de medicações pelos idosos torna-se preocupante na medida em que estes desenvolvem múltiplos problemas de saúde, levando-os ao consumo de uma grande variedade e quantidade de medicamentos. Com o envelhecimento o número de doenças crônicas tende a aumentar, e para cada doença crônica são utilizadas em média 1 ou 2 medicações.
> Os pacientes idosos usam em média três a quatro tipos diferentes de medicamentos ao dia, em horários diversos. Sabe-se também que quanto maior o número de medicamentos utilizados, maior a chance de erro na sua administração, seja na dose, no horário ou no tipo de remédio. Isso pode acontecer tanto por parte do idoso, na auto-administração da medicação, quanto por parte do cuidador, que pode estar sobrecarregado com outras tarefas.
> Muitos idosos costumam consultar com médicos de diferentes especialidades, recebendo múltiplas prescrições. Muitas vezes, nem todos os médicos envolvidos sabem de todos os medicamentos que os idosos estão tomando, o que pode levar a redundâncias e interações medicamentosas (quando um medicamento intensifica ou diminui os efeitos do outro, podendo prejudicar o paciente).
> O uso incorreto de medicações entre os idosos é uma importante causa de internações, e até mesmo de morte. Estudos mostram que menos de 30% dos idosos usam suas medicações corretamente.
> A atenção com o idoso dementado deve ser redobrada pelo cuidador, pois se trata de uma pessoa que não preserva suas capacidades funcionais, entre elas a habilidade e a memória necessárias para a auto-administração de medicamentos.
> Grande parte dos cuidadores ajuda os amigos ou familiares na administração de medicamentos. Muitos cuidadores de pessoas com a doença de Alzheimer ou outros tipos de demência relatam problemas para administrar a dose certa no horário correto a esses pacientes.
> As mudanças que ocorrem com o envelhecimento e as incapacidades fazem com que as pessoas sofram mais facilmente problemas relacionados às medicações. Contudo, esses problemas podem ser prevenidos na maioria das vezes, desempenhando o cuidador papel fundamental nesta prevenção, ajudando a identificar quando um determinado problema pode estar relacionado a alguma medicação em especial.
> Um problema comum entre as pessoas idosas e pessoas com incapacidades é o uso de múltiplos medicamentos ao mesmo tempo. Sabe-se que quanto mais medicações uma pessoa usa, maior o risco de ocorrerem problemas relacionados ao uso de medicações (interações medicamentosas)"[54].

Assim, na modalidade ministrar, entendemos que a mudança de redação ocorrida na Lei nº 11.343/06 possibilita a tipificação no art. 38 não só de profissionais da saúde, como sustentado pela doutrina.

Artigo 39 da Lei nº 11.343/06

Preliminaremnte, não se pode olvidar que a condução de embarcação em águas públicas por pessoa em estado de embriaguez alcoólica, colocando em perigo a segurança alheia, não configura tal crime, conforme explicita César Dario Mariano da Silva:

> "Com efeito, a condução de embarcação em águas públicas por pessoa em estado de embriaguez alcoólica, colocando em perigo a segurança alheia, não caracteriza este delito, mas a infração contravencional prevista no artigo 34 da Lei das Contravenções Penais. Isso porque o álcool não é considerado droga para fins penais, não podendo ser enquadrado no presente dispositivo. (art. 33, caput)"[55].

Existe discussão na doutrina quanto ao fato de este crime ser de perigo concreto ou abstrato. Assim, sua caracterização, no caso concreto, dependerá da tese a ser adotada.

Artigo 40 da Lei nº 11.343/06

Algumas considerações a respeito de tal causa de aumento de pena devem ser mencionadas. A primeira observação a ser feita é de que é possível a incidência de mais de uma das causas de aumento em um mesmo crime, sem que se possa alegar a ocorrência de *bis in idem*.

Por outro lado, não se pode olvidar que referido dispositivo legal, ao mencionar a incidência de tais causas de aumento de pena aos tipos descritos no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, não excepcionou nenhuma das condutas ali descritas, como bem esclarecem os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Importante verificar que, como o legislador não fez distinção, as causas de aumento se aplicam a todas as situações descritas no art. 33, inclusive ao auxílio ao uso (§ 2º) e ao uso comprtilhado (§3º). Assim, por exemplo, se o pai oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, ao seu filho, para consumo conjunto, incindirá a causa de aumento prevista no inciso II (poder familiar). Da mesma forma, se este delito for praticado nas imediações de uma escola (inciso III)"[56].

Artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06

Insta observar que a jurisprudência pátria firmou o entendimento de que somente restará caracterizado o tráfico internacional quando a droga for proibida no país de sua procedência. A esse respeito esclarecem Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

> "É pertinente observar que, para ser reconhecido o tráfico internacional por importar, a droga procedente do exterior também deve ser considerada ilícita no país de origem, do contrário, será tráfico simples.É o caso do cloreto de etila, principal componente do"lança perfume" procedente da Argentina, onde é utilizado como aromatizador de ambientes.O mesmo se dá em relação à nacionalidade do autor do delito, pois conforme a jurisprudência dominante, a simples circunstância de o acusado ser estrangeiro não remete a competência do processo à justiça federal, que é a competente para a persecução penal dos casos de tráfico internacional"(THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 109.)).

Artigo 40, inciso II, da Lei nº 11.343/06

Neste caso, é imprescindível a existência do nexo de causalidade entre a função pública exercida e o crime praticado para caracterizar a circunstância de estar o agente "prevalecendo-se da função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância". A esse respeito os ensinamentos de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Continua sendo necessária a demonstração do nexo de causalidade entre a função pública exercida e o crime praticado, pois é imprescindível que este seja cometido prevalecendo-se daquela função. Assim, a partir da nova Lei, incindirá a causa de aumento de pena se um médico contratado pelo SUS, valendo-se de sua qualidade funcional, desviar morfina que esteja armazenada no laboratório do nosocômio, com o fito de revendê-la.
> Mais severa a pena também quando o agente praticar o crime no desempenho de missão relacionada à educação (professor traficando no colégio em que leciona), poder familiar (pai fornecendo droga para seus filhos), guarda (farmacêutico que vende clandestinamente a droga que possui em seus depósitos) ou vigilância (funcionário de uma clínica de tratamento de dependentes de drogas fornecendo-as para os internos). A nova Lei inovou ao incluir a missão de educação e poder familiar, antes não previstas expressamente. Justifica-se a apenação mais gravosa em todos esses casos, pois o agente subverteu a sua própria missão, que deveria ser de combate irrestrito à disseminação das drogas, desviando-se para o caminho do crime. Se o agente praticar o crime no desempenho de missão de educação e nas dependências ou imediações de estabelecimento de ensino (inc. III), entendemos que deverão incidir as duas causas de exasperação, pois o objeto de proteção de cada inciso é diverso. Enquanto aqui se pune

> mais severamente o agente que se afasta de suas funções, quando deveria ser um espelho para o educado, no caso do inc.III, quer-se apenar o agente que se vale de lugares em que há maior número de pessoas e perigo maior para a saúde pública”[57].

Artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06

No que diz respeito a tal inciso, a título ilustrativo, são colacionadas as jurisprudências que dizem respeito aos casos que têm deixado mais dúvida, a saber:

a) A prática do delito nas imediações de bar caracteriza referida majorante. A propósito, o desembargador José Antonino Baía Borges, relator da Apelação Criminal n° 1.0024.07.432204-1/001, em seu voto, entendeu correta a aplicação da majorante em questão pelo fato de o tráfico realizar-se em um bar, recinto de diversão; seu voto foi acompanhado pelos desembargadores Reynaldo Ximenes Carneiro e Herculano Rodrigues:

> “[...] Correta também está a aplicação da majorante do art. 40, III, uma vez que a droga estava sendo comercializada em um recinto destinado à diversão, no caso um bar. [...]”[58].

b) A prática do delito nas imediações de rodoviárias, onde transitam diversas pessoas e onde se desenvolve trabalho coletivo, também caracteriza essa majorante. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> “PENAL - APELAÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - IMPROVADO - DECOTE DA MAJORANTE - TRANSPORTE PÚBLICO - NEGADA - PENAS CORRETAMENTE APLICADAS - VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. Comprovadas autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes impõe-se a manutenção da condenação. Demonstrado que o acusado tinha plena ciência de que transportava droga, inviável a aplicação do art. 21 do CP (erro sobre a ilicitude do fato).*Ocorrendo o delito de tráfico em uma Rodoviária, local em que trabalham diversas pessoas, e sendo preso o agente quando embarcava em ônibus intermunicipal resta caracterizada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. [...] Acórdão [...] Para que ela ocorra, é necessário apenas que o crime seja cometido em local de trabalho coletivo, o que restou comprovado, pois o acusado transportou a droga na Rodoviária de Belo Horizonte, local em que notoriamente trabalham diversas pessoas, e em transporte público, tendo em vista que foi preso na posse da droga quando embarcava no ônibus para Teófilo Otoni.*[...][59].

c) A prática do delito no interior de táxi, que é transporte público, também enseja a majorante em comento. Nesse diapasão, o TJMG:

> “TRÁFICO - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - ART. 40, III, DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06 - FLAGRANTE DENTRO DE TÁXI - INTEGRAÇÃO. *Se o agente é flagrado transportando drogas dentro de táxi, não há dúvida de que a causa especial de aumento de pena encontra integração*, na medida em que o art. 30, V, da Constituição Federal, confere monopólio para a concessão do serviço de transporte coletivo destinado ao público em geral, e não a particular específico, pouco importando se o serviço é objeto de permissão, ou de realização direta, porque público.[60].

---

1) MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2012. p. 99.
2) THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 46.
3) MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 101.
4) GRECO FILHO , Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n°11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 81.
5) MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 103-104.

[6] THUMS; PACHECO, 2007, p. 79.
[7] BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual do Ministério da Saúde. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1988.
[8] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 104.
[9] GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 93.
[10] SILVA,César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57-58.
[11] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 168650-3, 1º Câmara Criminal. Relator: Des. Jarbas Mazzoni. São Paulo, 6 de março de 1995. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça** 171/311.
[12] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 104-105.
[13] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 107.
[14] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0525.07.102874-6/001 - 1028746-54.2007.8.13.0525 (1). Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. **Minas Gerais**, 23 fev. 2008.
[15] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0372.09.045597-6/001 - 0455976-26.2009.8.13.0372 (1). Relator: Des. Doorgal Andrada. Belo Horizonte, 02 de fevereiro de 2011. **Minas Gerais**, 16 fev. 2011.
[16] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 115.
[17] SILVA, 2011, p. 69.
[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 430105. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Dje**, 27 abr. 2007.
[19] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 121-122.
[20] GOMES, Abel Fernandes et al. **Nova lei antidrogas**: teoria, crítica e comentários à Lei n.° 11.343/06. Niteroi: Impetus, 2006, p. 91-92.
[21] BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84088/MS. Relator original: Min. Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Brasília, DF, 28 nov./3 dez. 2005. http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo411.htm
[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 100848/MS 2008/0042187-0. Relatora: Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG). Brasília, DF, 21 de abril de 2008. **DJ**, p. 1, 12 maio 2008.
[23] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 122.
[24] GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 102.
[25] SILVA, 2011, p. 70.
[26] GOMES, Abel Fernandes et al. **Nova lei antidrogas**: teoria, crítica e comentários à Lei n° 11.343/06. Niterói: Impetus, 2006, p. 93.
[27] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.07.680258-6/001(1). Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 05 de agosto de 2008. **Minas Gerais**, 15 ago. 2008, grifo nosso.
[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 101265/SP. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. *Dje*, nº 153, 6 ago. 2012.
[29] GRECO FILHO; RASSI, 2007, 103 p.
[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 94806/PR. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Primeira Turma. Brasília, DF, 9 de março de 2010. **Dje**, 16 abr. 2010. Ementa parcial, grifo nosso.
[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 125747/SP. Relator: Min. Celso Limongi. Sexta Turma. Brasília, DF, 1º de junho de 2010. **Dje**, 21 jun. 2010.
[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 148331/SP Relator: Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília, DF, 16 de março de 2010. **Dje**, 05 abr. 2010, grifo nosso.
[33] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0145.05.278997-4/001. Relatora: Des. Márcia Milanez. Belo Horizonte, 3 de abril de 2007. **Minas Gerais**, 14 abr. 2007.
[34] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0686.07.198344-5/001. Relator: Des. Eli Lucas de Mendonça. Belo Horizonte, 26 de março de 2008. **Minas Gerais**, 18 abr. 2008, grifo nosso.
[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 148.148 - SP (2009/0184180-6). Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 26 de novembro de 2009. **Dje**, 15 dez. 2009.
[36] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0056.07.150127-6/001(1). Relator: Des. Hélcio Valentim. Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. **Minas Gerais**, 22 set. 2008, grifo nosso.
[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 149.942-MG. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 6 de abril de 2010. **Dje**, 3 maio 2010.
[38] MENDONÇA; CARVALHO, 2012. p. 136.
[39] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos Declaratórios nº 224486520108260050 SP 0022448-65.2010.8.26.0050. Relator: Des. Otávio de Almeida Toledo. São Paulo, 28 de fevereiro de 2012. **Dje**, 1 mar. 2012.
[40] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 784366820098260224 SP 0078436-68.2009.8.26.0224. Relator: Des. Machado de Andrade. São Paulo, 24 de março de 2011. **Dje**, 30 mar. 2011.
[41] SOUZA, Sérgio Ricardo de. **A nova lei antidrogas**: comentada e anotada. Niterói: Impetus, 2006. p. 47, grifo nosso.
[42] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.07.446713-5/001(1). Relator: Des. Paulo Cézar Dias. Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2007. **Minas Gerais**, 16 jan. 2008.

[43] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.06.031585-0/001(1). Relator: Des. Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 3 de maio de 2007. **Minas Gerais**, 17 maio 2007, grifo nosso.
[44] MENDONÇA; CARVALHO, 2012. p. 146-147.
[45] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 150.
[46] NUCCI, 2010, p. 381.
[47] SILVA, 2011, p. 89.
[48] MENDONÇA; CARVALHO, 2012. p. 148-149.
[49] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 153-154.
[50] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.09.578088-8/001 - 5780888-03.2009.8.13.0024 (1). Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 24 de agosto de 2010. **Minas Gerais**, 10 set. 2010.
[51] BRASIL. STF. Processo: *Habeas Corpus* nº 106155 RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 4 de outubro de 2011. **Dje** n. 218, 17 nov. 2011.
[52] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 154.
[53] SILVA, 2011, p. 93-94.
[54] BORN, Tomiko (Org.). **Cuidar Melhor e Evitar a Violencia**: Manual do Cuidador da Pessoa Idosa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2008, p. 232.
[55] SILVA, 2011, p. 97.
[56] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 170.
[57] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 175-176.
[58] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n° 1.0024.07.432204-1/001. Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Belo Horizonte, 29 de novembro de 2007. **Minas Gerais**, 22 jan. 2008.
[59] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n° 1.0024.06.306515-5/001. Relator: Des. Walter Pinto da Rocha. Belo Horizonte, 1º de agosto de 2007. **Minas Gerais**, 15 ago. 2007, grifo nosso.
[60] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1.0024.06.254694-0/001(1) Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 25 de setembro de 2007. **Minas Gerais**, 2 out. 2007, grifo nosso.

3.5. Gravação da imagem e do som ambiental no processo de tráfico de drogas

O Estado tem lançado mão de todos os meios para combater o crime, e uma das últimas novidades é a instalação de câmeras pelos logradouros públicos, o que tem sido alvo de muita polêmica. A gravação ambiental, que tanto pode ser do som como da imagem, ou ambas conjuntamente, deve ser diferenciada quanto a seu aspecto legal em duas situações diversas: a gravação de um local público ou aberto ao público e de um local privado. A esse respeito, os ensinamentos do professor Adalberto José de Camargo Aranha:

> "Quando a gravação do som ou imagem que é feita em local público ou aberto ao público, não há qualquer divergência possível: trata-se de prova lícita, pois o local é de exposição livre e pública quanto ao som ou a imagem de uma pessoa ou de um acontecimento, sendo que a primeira sabia que estava em um logradouro aberto e de acesso livre, ao menos para certo número de pessoas, ainda que restrito. Aliás, é técnica conhecida usada por portarias de edifícios, por meios de transportes, bancos, supermercados, lojas, etc. e cuja validade nunca se pôs em dúvida"[1)].

Conforme se deflui, nas filmagens realizadas em locais públicos, não há que se falar em violação dos preceitos constitucionais da intimidade, da vida privada e da imagem.

Como é cediço, são consideradas provas ilícitas as obtidas

- mediante tortura ou em decorrência de qualquer prática degradante, como chantagem, constrangimento físico ou moral, ameaças, etc. (art. 5º, III);
- com violação da intimidade ou da privacidade das pessoas (art. 5º, X);
- com desrespeito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI);
- com desrespeito à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII); e
- com violação do direito de propriedade (art. 5º, XXII).

O presente caso não se enquadra em nenhuma das situações supracitadas, visto que a filmagem foi efetuada em *via pública*, razão pela qual não se pode, nem mesmo, alegar a denominada violação a intimidade ou privacidade, isto porque a *filmagem da prática de um crime em via pública independe de prévia autorização judicial*. Na realidade as polícias têm-se utilizado de meios tecnológicos para fornecer ao julgador as provas das práticas delitivas, no que hoje se denomina de atividades de inteligência. A esse respeito, escreveu o Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, procurador de justiça de Minas Gerais e Professor de direito processual penal Denilson Feitoza Pacheco:

> "Quanto à validade das provas obtidas na busca (operação de inteligência), todas as provas obtidas pelas atividades de inteligência em geral e pelas operações de inteligência podem, em princípio, ser utilizadas na investigação criminal, desde que sujeitas às limitações de conteúdo e de forma estabelecidas pela lei processual penal.
> Essa possibilidade de utilização decorre do princípio da liberdade probatória do processo penal. Tal aplicabilidade ocorre mais intensamente na fase de investigação criminal, tendo em vista sua finalidade de servir de base à propositura de ações penais e às medidas cautelares pessoais (prisões provisórias, busca apreensão pessoal) e reais (seqüestro, arresto, busca-apreensão de coisas etc.). *Assim, uma filmagem com som, feita em público, em que o indiciado declara que irá fugir, inclusive com detalhamento da fuga, servirá para que um juiz criminal decrete sua prisão temporária ou preventiva, conforme o caso, não importando se a filmagem foi feita por uma operação de inteligência ou por uma investigação criminal* [...]"[2)].

A respeito da desnecessidade de prévia autorização judicial para gravação de imagens em vias públicas, esclarece o Doutor em direito processual pela *Universidad Complutense de Madrid* e promotor de justiça do

Estado de São Paulo Marcelo Batlouni Mendroni:

> "*Ocorrendo o fato em qualquer área pública ou de acesso ao público, a gravação é permissível, pois a própria natureza do local elimina a sua privacidade.* Se por outro lado a situação acontecer em local privado em que o agente captador das imagens não estiver autorização a participar ou ingressar e cuja presença for de desconhecimento das personagens, deverá revestir-se da competente autorização do poder Judiciário, nos exatos termos da Lei n.º 10271/201, pois neste caso invade a privacidade protegida pela Constituição Federal"[3].

Insta observar que, por mais de uma vez, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela validade, como prova, de filmagens feitas em via pública. Nesse sentido:

> "TÓXICOS - TRÁFICO - AGENTES FLAGRADOS POR CÂMERA NO CENTRO DA CIDADE EXERCENDO O COMÉRCIO ILÍCITO - DELITO CARACTERIZADO - PROVA - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CAUSA DE AUMENTO DO ART.18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - REVOGADO PELA NOVA LEI DE TÓXICOS - *Inconcussa a prova do art.12, da Lei nº 6.368/76, se os agentes são presos após serem flagrados por câmera instalada pela polícia, em conhecido ponto de tráfico de drogas, no meio da madrugada, guardando 'crack' e trazendo consigo mais de duzentos reais em espécie cuja procedência não souberam explicar.* - Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral. Somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador. - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. - Recursos conhecidos e parcialmente providos os da defesa"[4].

> "TRÁFICO. REEXAME DE PROVAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. FATOS QUE COMPROVAM A TIPICIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO DESPROVIDO. - Os depoimentos prestados por policiais merecem crédito, como os de qualquer outra testemunha, principalmente quando descrevem complexa operação que resultou na prisão dos réus, inexistindo provas capazes de infirmar suas conclusões.
> O policial Sérgio Luiz Alves da Cunha, às fl. 171/172, descreve com detalhes como se deu a operação policial que originou o flagrante, afirmando que somente presenciou o réu vendendo drogas pela filmagem feita na ocasião, relatando, ainda, que o apelante confessou a mercancia ilícita praticada.
> Assim, o que se vê é que a prova coligida em juízo está a confirmar o teor da prova indiciária, notadamente as declarações prestadas pelos usuários abordados na operação, que declararam, às fl. 50/51, 52/53, 54/55, terem comprado drogas da pessoa do réu.
> Ademais, a complexidade da operação montada, atestada pelos que dela participaram, não deixa dúvidas a respeito dos fatos apurados, que não podem ser desconsiderados e que não poderiam ser fraudados, merecendo a consideração e apreciação de suas conclusões, ao contrário do que alega a combativa defesa"[5].

Ainda quanto ao assunto, trazemos à baila as seguintes jurisprudências publicadas por outros tribunais pátrios:

> "153074637 – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 12 CAPUT DA LEI 6.368/76 – PRELIMINARES – FILMAGEM DE LOCAL PÚBLICO – *Inexistência de violação ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Prova lícita*. Flagrante preparado. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Autoria e materialidade plenamente comprovadas. Investigação policial. Ponto de venda de drogas. Depoimentos coerentes e descomprometidos dos policiais civis. Valor probante. Acusada presa em flagrante em posse da droga apreendida. Tráfico plenamente configurado. Condenação e apenamento mantidos. Recurso desprovido"[6].

> "65025982 – TÓXICOS – AUTORIA E CO-AUTORIA – PROVA – FILMAGEM NÃO AUTORIZADA – EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE – USO RESTRITO – ASSOCIAÇÃO EVENTUAL – *É válida a prova obtida por meio de filmagem não autorizada, se externa, de uso restrito no processo, e se fundada em suspeita de crime, sem ferir a*

> *garantia de inviolabilidade da intimidade*. Mostra-se inseguro a indicar a co-autoria de crime de tráfico ilícito de entorpecentes o contexto probatório fundado em laudo de filmagem inconclusivo na identificação dos agentes, tanto quanto na prática do ilícito, por isso que temerário imputá-la sem mais elementos de prova"[7].

Situação diversa se verifica quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem são feitas em local privado. A esse respeito, valemo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Adalberto Aranha:

> "Situação diferente ocorre quando a captação e a gravação de um som ou de uma imagem é feita em local provado, como, a título de exemplo, uma residência. Nessa hipótese, a prova será ilícita por que violado o princípio constitucional da defesa da intimidade, resguardado expressamente pelo art. 5°, X, da Constituição Federal.
> 'Como sabemos, o direito à intimidade pode ser traduzido como aquele que nos protege em nossa vida e refúgio privados, sem ser arrastado para o cenário dos acontecimentos mundanos. É a nossa privacidade protegida, sem que sejamos levados à ribalta da vida. 'A esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais', no dizer de René Ariel Dotti.
> Costa Júnior oferece a seguinte definição de direito à intimidade: 'é o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, sem o importuno da curiosidade ou indiscrição'. E, ao depois, arremata com sabedoria: 'O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido em sua intimidade. Direito ao recato, portanto, não é direito de ser recatado, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, bem como o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera de intimidade' (Agressões à intimidade, p. 12).
> Ora, quem capta som ou imagem de um local privado, sem o consentimento de quem deseja estar só, viola gritantemente a intimidade, resguardada por preceito constitucional, com o que a sua exibição por meio de gravação em processo, de qualquer natureza, ainda que administrativo, será induvidosamente uma prova ilícita.
> Há, todavia, uma exceção legal prevista no art. 2° da Lei n.9.034/95, que cuida dos crimes praticados por organizações criminosas. O art. 2°, IV, da citada lei, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.10.217/2001, preceitua: *'Em qualquer fase de persecução criminal serão permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: IV- a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial'. O que se exige é apenas a prévia autorização judicial. Ressalta-se que referido dispositivo legal, a toda evidência, diz respeito aos ambientes privados, pois nos locais públicos a gravação é livre, sem a necessidade de qualquer autorização*"[8].

Nesse diapasão, as gravações de imagens e som ambiental são válidas como prova, não podendo ser olvidadas no curso de uma ação penal.

---

[1] ARANHA, Adaberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 293.

[2] PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 3. ed. Belo Horizonte: Impetus, 2005. p. 974, grifo nosso.

[3] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 96-97, grifo nosso.

[4] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.05.844310-2/001 (1). Relator: Des. Gudesteu Biber. Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2006. **Minas Gerais**, 10 jan. 2007, grifo nosso.

[5] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.03.089930-6/001(1). Relator: Des. Herculano Rodrigues. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2005. **Minas Gerais**, 4 nov. 2005, grifo nosso.

[6] PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apr. 0308701-0 – 3ª Câmara Criminal. Relatora: Des(a). Sonia Regina de Castro. Curitiba, 9 de fevereiro de 2006, grifo nosso.

[7] RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação Criminal nº 100.002.2004.005684-0. Relator: Des. Eliseu Fernandes. Porto Velho, 12 de abril de 2006, grifo nosso.

[8] ARANHA, 2006, p. 293-294.

3.6. A comunicação e a conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva

O art. 50 da Lei nº 11.343/06 estabelece que, ocorrendo a prisão em flagrante delito, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao Órgão do Ministério Público, em 24 horas.

Referido procedimento tinha por objeto a análise da homologação ou não do flagrante delito. Assim, pergunta-se se a homologação da prisão em flagrante delito se dava antes ou depois da manifestação do Ministério Público.

Alguns autores, à época, posicionaram-se no sentido de que a decisão judicial acerca da homologação ou não da prisão em flagrante deveria ser proferida antes da vista dos autos ao Ministério Público. A esse respeito o magistério do juiz federal Zenildo Bodnar:

> "Uma questão que pode suscitar controvérsias na interpretação do dispositivo legal supracitado é se é necessária a oitiva prévia do Ministério Público como condição para a homologação ou o relaxamento da prisão em flagrante. Isso em função de o art. 52 estabelecer que do auto de prisão em flagrante delito será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. Pela análise sistemática e teleológica da norma antes referida e principalmente buscando adequá-la à melhor interpretação constitucional, tem-se que a decisão judicial acerca da homologação ou do relaxamento do flagrante deverá ser proferida antes da vista dos autos ao Ministério Público para que sejam assegurados em plenitude e com brevidade necessária às garantias constitucionais do acusado. Essa interpretação deve prevalecer tendo em vista que entre o direito da acusação de ter vista dos autos para eventualmente resguardar a efetividade da jurisdição e os direitos fundamentais da pessoa humana acusada (dignidade humana, não consideração prévia de culpabilidade, liberdade provisória, dentre outras), estes devem ser prestigiados. Ademais, a manifestação opinativa do Ministério Público, apenas com base nos elementos probatórios constantes na comunicação do flagrante, não irá alterar o quadro fático existente. Também nada impede que após o relaxamento do flagrante seja determinada a prisão preventiva do investigado quando esta for realmente necessária"[1)].

A jurisprudência pátria também apresenta decisões neste sentido:

> "Ementa
> *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MEDIDAS CAUTELARES.
> Subtração de utensílios de trabalho, mediante arrombamento. O decreto que ordenou a prisão do ora paciente está adequadamente fundamentado. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. A nova redação do art. 310, CPP, dá ao Juiz três opções ao receber o auto de prisão em flagrante. Adequação do dispositivo do Código ao preceito constitucional, de privilégio à liberdade (art. 5º, LXV). *Ausência de previsão legal para a prévia manifestação do Ministério Público. Ao contrário, a previsão legal é de que a decisão seja simultânea.* Inviável admitir lapso temporal de onze dias entre a homologação do APF, e, somente após manifestação do Ministério Público, converter em prisão preventiva. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME"[2)].

> "Ementa
> *HABEAS CORPUS*. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ART. 155 § 4º, INC. I. FURTO QUALIFICADO. FATO E AUTORIA.
> Furto qualificado à residência, com rompimento de obstáculo. PRISÃO EM FLAGRANTE - CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. Não há dúvida de que, uma vez homologado o auto de prisão em flagrante, independente de qualquer manifestação do Ministério Público, viável a conversão em prisão preventiva, da mesma forma que a liberdade provisória pode ser concedida sem manifestação da Defesa. PRISÃO PREVENTIVA. Prisão cautelar suficientemente fundamentada, no sentido de preservar a ordem pública, e a conveniência da instrução criminal, mencionando também as características dos fatos, bem como os indicativos da autoria, especialmente considerando a condição de reincidente (duas condenações transitadas em julgado). ORDEM DENEGADA. UNÂNIME"[3)].

Seguindo este raciocínio, o fato de, naquelas circunstâncias, a homologação pelo magistrado ocorrer antes da manifestação ministerial não causava nenhum prejuízo, seja ao autuado, seja à atuação do titular da ação penal. Caso o promotor de justiça entendesse que o tipo não se enquadrava na tipificação provisória dada pela autoridade policial, em sua manifestação poderia requerer o relaxamento da prisão, restando ao juiz a opção de concordar com o ato ou remeter os autos, com as razões de sua discordância, para o procurador-geral de justiça, fazendo analogia ao art. 28 do CPP. Se o magistrado relaxasse a prisão por entendê-la arbitrária, caso o *Parquet* discordasse de tal posicionamento, poderia ajuizar o recurso em sentido estrito (art. 581, inciso V, do CPP) e o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Tal entendimento, no entanto, era objeto de discordância por parte de alguns operadores do direito, que entendiam que caberia ao magistrado, primeiramente, abrir vista ao promotor de justiça para que este se manifestasse sobre a homologação ou não da prisão em flagrante, para, tão somente depois, o juiz de direito, emitir sua decisão. Isto porque o magistrado não poderia, sob pena de ferir o sistema acusatório, homologar a prisão em flagrante delito sem ouvir o órgão responsável pela acusação, o qual poderia entender que nem sequer deveria ser ajuizada ação penal em face do autuado e, por consequência, requerer o relaxamento da prisão em flagrante delito. Nestas circunstâncias, a prisão cautelar que estaria mantendo o autuado preso, na fase inquisitorial, teria sido decretada de ofício pelo magistrado, com base em uma representação formulada pela autoridade policial, que, por não ser parte da lide processual, não possui legitimidade para pleitear tal medida judicial sem o aval do titular da ação penal.

Antes que o debate a respeito de tal assunto pudesse esquentar, o referido procedimento que tinha por objeto a análise da homologação ou não do flagrante delito sofreu algumas alterações em razão da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011. Em razão de tal diploma legal, foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico as denominadas medidas cautelares diversas da prisão. A prisão em flagrante delito tem natureza jurídica de ato administrativo, praticado pela autoridade de polícia judiciária e, por isso, dependia da homologação do Poder Judiciário para ser válida no curso do processo. Com o advento da Lei nº 12.403/11, por força da nova redação do artigo 310 do CPP, a prisão preventiva passou a ser a única existente no ordenamento jurídico a se poder decretar no curso do processo, ou seja, doravante, ninguém pode permanecer preso no curso do processo por força de uma prisão em flagrante delito. Assim, o art. 50 da Lei nº 11.343/06 deve ser aplicado em conjunto com a nova redação do art. 310 do CPP. Nesse sentido os ensinamentos de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Por fim vale destacar que uma vez recebido o auto de prisão em flagrante, deverá a Autoridade Judicial aplicar o art. 310 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011. Abrem-se, portanto, três alternativas para o magistrado: a) relaxar a prisão em caso de ilegalidade; b) converter a prisão em flagrante delito em preventiva, caso preenchidos os fundamentos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal ou a decretação da prisão temporária ou; c) conceder liberdade provisória sem fiança(uma vez que o tráfico de drogas é infração inafiançável). Em outras palavras, o magistrado não deve simplesmente homologar o flagrante, como era costume até então. Isto é importante, pois a prisão em flagrante possui duração e finalidade cautelar limitada no tempo. Uma vez impedida a continuidade da prática delitiva e lavrado o auto de prisão em flagrante não se justifica mais a manutenção da prisão em flagrante por si só, perdendo seu caráter cautelar autônomo. Deve o magistrado, para manter a prisão, socorrer-se na prisão preventiva ou temporária, caso preenchidos seus pressupostos, requisitos e fundamentos"[4].

Insta observar que a autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, deverá fazer a comunicação do ato ao juiz de direito competente, bem como, por força do art. 306 do CPP, ao Ministério Público (ressaltando-se que a comunicação da prisão em flagrante diretamente ao Ministério Público já era estabelecida no art. 10 da Lei Complementar n° 75, de 20/05/1993) e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Importa destacar que, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral do auto de prisão em flagrante delito deverá ser encaminhada à Defensoria Pública.

Cabe, em seguida, ponderar como ficou a questão do momento em que deve ser dada vista ao Ministério Público para manifestação, desta vez, acerca da conversão ou não da prisão preventiva.

Alguns autores alegam que, também no novo procedimento, a análise da conversão ou não da prisão em

flagrante delito deve ser feita imediatamente pelo magistrado, para depois se abrir vista ao promotor de justiça da decisão tomada por aquele. Neste sentido o magistério de Luiz Flávio Gomes:

> "Uma vez concluído o auto de prisão em flagrante, deve a autoridade policial fazer a imediata comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia daquele documento. Também deve haver a comunicação à Defensoria Pública, quando o preso não informar o nome do seu advogado (Lei n.º11.449/2007). Comunicação imediata significa a mais pronta possível, a mais rápida possível. Terminado o auto de prisão, não pode haver delongas nem demoras injustificadas, sob pena de se macular a legalidade da prisão. Copia do auto de prisão em flagrante é mandada ao juiz para que ele examine a legalidade do ato. Não estando em termos, cabe ao juiz relaxar a prisão. A finalidade última da comunicação da prisão ao juiz consiste precisamente nisto: é para o juiz supervisionar a legalidade do ato. Havendo ilegalidade patente, de plano cabe o relaxamento (*podendo ser decretada, eventualmente, a prisão preventiva, quando presentes os seus requisitos legais - art. 312 e s.s do CPP.*)"[5].

A corrente contrária a tal posicionamento, seguindo os mesmos argumentos utilizados para afirmar que, no procedimento anterior que previa a homologação da prisão em flagrante delito, a vista deveria ser dada ao Ministério Público antes da decisão judicial, fortaleceu-se para sustentar tal ponto de vista também no procedimento de conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva. Alegam tais doutrinadores que o magistrado, ao converter a prisão em flagrante delito em preventiva, sem a provocação do titular da ação penal, está ferindo de morte o sistema acusatório, o que torna o ato ilegal. Nesse sentido o magistério de Renato Brasileiro:

> "Leitura apressada do art. 310, inciso II, do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/11, pode levar à conclusão (equivocada) de que o magistrado pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, independente de provocação do titular da ação penal. Ora, ao tratarmos do procedimento para a decretação das medidas cautelares, vimos que não é possível que o juiz determine de ofício a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, aí incluída a prisão, durante a fase pré-processual, mas somente na fase processual sob pena de evidente violação ao sistema acusatório.
> Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, na fase investigatória, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a intimidade, assim como a liberdade de locomoção. Portanto, o art. 310, inciso II, do CPP, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 306, caput, do CPP, que inseriu no CPP a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, e com o arts. 282, § 2º, e 311, que prevêem que na fase investigativa, ao juiz só é dado decretar uma medida cautelar se for provocado nesse sentido. Enfim, a conclusão a que se chega é a de que o Ministério Público deve se apresentar em Juízo para reivindicar a decretação da prisão preventiva (ou temporária), caso entenda necessária a manutenção da privação da liberdade do acusado, ou, ainda no sentido da imposição de medida cautelar diversa da prisão.
> Em síntese, para que seja possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos termos do art. 310, inciso II, do CPP, que não pode ocorrer de ofício, sob pena de violação ao sistema acusatório, é indispensável prévia representação da autoridade policial, referendada pelo *Parquet*, ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido - neste caso, apenas nos crimes de ação penal privada"[6].

Neste sentido também é o posicionamento da juíza Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro em seu artigo intitulado "Da Inconstitucionalidade da Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, de Ofício, pelo Magistrado, na fase Investigatória":

> "A presente análise restringe-se somente ao artigo 310, II do CPP, que determina que o juiz, antes do recebimento da denúncia, converta, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva. Data máxima vênia, entendo que, em fase inquisitorial, não cabe ao magistrado, de ofício, antes sequer da manifestação ministerial, decretar prisão preventiva, sob pena de nítida violação ao sistema acusatório, sistema este salvaguardado na nossa Lei Maior.
> Andou muito bem o legislador ordinário, quando da redação do art. 311 do CPP (alterado pela Lei nº 12.403/11), pois determina que, na fase de investigação, a prisão preventiva pode ser requerida pelo

> Ministério Público e por representação da autoridade policial e somente pode ser decretada pelo magistrado, de ofício, no curso do processo penal, ou seja, com o recebimento da denúncia.
> É evidente que o juiz não pode decretar prisão preventiva *ex officio* no curso da investigação, sob pena de violação ao sistema acusatório adotado na Constituição da República de 1988. Afastar o juiz das funções investigatórias, certamente preserva ao máximo sua imparcialidade. Neste momento e para essas funções investigatórias, foram instituídos o Ministério Público (artigos 127 e seguintes da CR/88) e a Polícia Judiciária (artigo 144 da CR/88). Não é por outro motivo ser vedada a decretação da prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89), de ofício, pelo juiz, já que a citada medida cautelar tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial.
> Ocorre que, não obstante tais considerações, o art. 310 e seus incisos do CPP, com a nova redação dada pela mencionada lei, dispõem que o juiz, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante delito, poderia: relaxar a prisão, se ilegalmente realizada, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar (ou converter) a prisão em flagrante em prisão preventiva em desfavor do indiciado. Salvo melhor juízo, entendo que, no que tange à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a lei é inconstitucional, ante a ausência de requerimento por parte do MP e por não se tratar de fase processual. A interpretação literal de leis infraconstitucionais quase nunca é a que mais serve aos propósitos constitucionais, sendo preciso ser realizada a devida "filtragem constitucional". Em assim procedendo, a outra conclusão não chego que a inconstitucionalidade da determinação contida no art. 310, II, do CPP, quando comanda ao juiz "converter" a prisão em flagrante em prisão preventiva"[7].

Quanto a tal discussão, nosso posicionamento é no sentido de que a vista deve ser imediata ao magistrado, mas este só pode analisar a legalidade ou não da prisão cautelar com o escopo de decidir pelo relaxamento ou não da prisão em flagrante delito. Ultrapassada tal etapa, verificada se tal prisão ocorreu de forma regular, ele (o juiz de direito) abre vista do procedimento ao titular da ação penal para que este se pronuncie sobre o mérito da manutenção ou não da medida cautelar; só então, à vista de tal pronunciamento, o magistrado analisará a presença dos requisitos exigíveis para a prisão preventiva para poder convertê-la (caso o Ministério Público tenha requerido a conversão), conceder a liberdade provisória sem fiança ou, caso exista requerimento do promotor de justiça, aplicar as medidas cautelares diversas da prisão preconizadas no art. 319 do CPP.

Nesse diapasão, alguns documentos devem acompanhar a comunicação da prisão em flagrante delito pelos crimes da Lei nº 11.343/06

Nos delitos especificados nesta Lei, em que ocorra a apreensão de droga, deve-se encaminhar em tal comunicação o laudo preliminar de constatação da droga, a nota de culpa, os depoimentos colhidos durante a lavratura do APFD, o auto de apreensão e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a fotocópia do ofício expedido à Defensoria Pública.

Insta observar que a jurisprudência mineira já entendeu que a falta de comunicação da prisão em flagrante delito à Defensoria Pública constitui mera irregularidade e não tem o condão de relaxar a prisão em flagrante delito quando, no caso concreto, estiverem presentes os requisitos que autorizam a medida. Neste sentido:

> "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE *COMUNICAÇÃO* DA *DEFENSORIA PÚBLICA* SOBRE A *PRISÃO* EM *FLAGRANTE*. MERA IRREGULARIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA USO. VIA IMPRÓPRIA. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Eventual ausência de *comunicação* da *Defensoria Pública* acerca da *prisão* em *flagrante* constitui mera irregularidade, que não tem o condão de macular a *prisão* em *flagrante* ou conduzir à soltura dos pacientes. 2. O habeas corpus não constitui via adequada para se apurarem alegações que necessitem de dilação probatória. 3. Havendo nos autos prova da materialidade do delito e indícios suficientes a vincular os pacientes à prática do delito, inexiste constrangimento ilegal na manutenção da **prisão** preventiva, a bem do resguardo da ordem **pública**, mormente quando abalada pela reiteração criminosa"[8].

> "TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *PRISÃO* EM *FLAGRANTE*. RELAXAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. *COMUNICAÇÃO* DA *PRISÃO* Á *DEFENSORIA PÚBLICA*. MERA IRREGULARIDADE REQUISITOS PARA MANUTENÇÃO DA *PRISÃO* PREVENTIVA PRESENTES.- A suposta ausência de *comunicação* da *prisão à Defensoria Pública*, não constitui vício capaz de invalidar o ato, mas apenas mera irregularidade.- Diante da nova redação do art. 2º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dada pela Lei 11.464/2007, que

> excluiu a vedação legal da concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, foi restituído aos acusados o direito de esperar o julgamento em liberdade, mas, tão somente se não preenchidos os requisitos autorizadores da sua *prisão* preventiva.- Contudo, não há constrangimento ilegal no indeferimento de liberdade provisória, suficientemente fundamentado na garantia da ordem *pública*, quando o a decisão está motivada em dados concretos do processo e o agente revela propensão ao cometimento de delitos, não havendo segurança de que solto não voltará a delinqüir"[9].

Da mesma forma, o retardamento da comunicação da prisão em flagrante delito ao juízo competente, dependendo do caso concreto, não ensejará o relaxamento da prisão do custodiado. Neste sentido a jurisprudência pátria:

> "HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRISÃO EM FLAGRANTE - *NÃO COMUNICAÇÃO DA PRISÃO AO JUIZ NO PRAZO LEGAL - MERA IRREGULARIDADE* - LIBERDADE PROVISÓRIA -IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06 - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - APLICAÇÃO DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - PRESUNÇÃO - IMPOSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. *A comunicação da prisão fora do prazo legal constitui mera irregularidade, apta somente a configurar possível ilícito administrativo, sem, contudo, prejudicar a validade do ato, mormente se não existir a demonstração de eventuais prejuízos*. 2. Embora a Lei nº 11.464/07 tenha dado nova redação ao art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, retirando do seu texto a expressão liberdade provisória, esta não pode ser concedida ao agente acusado da prática do delito de tráfico de drogas, em razão da vedação prevista no art. 44, da Lei nº 11.343/06. 3. O art. 44, da Lei 11.343/06 não é inconstitucional, tampouco foi revogado pela Lei 11.464/07, em face do princípio da especialidade. 4. O indeferimento do pedido de Liberdade Provisória decorre do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que considera inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, preceito este recepcionado pelo art. 323, I, do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº 12.403/11. 5. A presença nos autos de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito de tráfico de drogas aponta para a necessidade da manutenção da custódia cautelar, como forma de garantia da ordem pública, nos termos do estatuído no art. 312 do Código de Processo Penal. 6. A existência de condições pessoais favoráveis, por si só, não é suficiente para autorizar a concessão da liberdade provisória, já que tais condições devem ser analisadas diante do contexto dos autos. 7. A presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao Paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar em violação de tal presunção. 8. É impossível fazer ilações sobre a perspectiva de pena in concreto, uma vez que a fixação desta, assim como do regime prisional decorre da ponderação dos elementos de prova a serem produzidos na instrução criminal e, além disto, esta é uma questão que dependerá da análise completa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, no momento de prolação da sentença, sendo, portanto, inviável a concessão de Habeas Corpus por presunção"[10].

Por outro lado, é imprescindível ressaltar a importância do laudo preliminar, conforme leciona o promotor de justiça César Dario Mariano da Silva:

> "O laudo de constatação constitui condição de procedibilidade da Polícia Judiciária para lavratura do auto de prisão em flagrante. O mesmo pode ser dito para que o Ministério Público ofereça denúncia e para que o Juiz possa recebê-la e dar andamento aos demais atos processuais, com exceção da sentença, em que é exigido o laudo de exame químico toxicológico"[11].

Outro ponto que tem gerado polêmica diz respeito à necessidade ou não de o magistrado, após a conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva, expedir ou não o mandado de prisão. O desembargador carioca Paulo Rangel tece relevantes considerações a respeito da questão:

> "Os magistrados estão na dúvida se a conversão é automática ou não, isto é, se simplesmente dizem fundamentadamente que "convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva" sem a necessidade da expedição de mandado de prisão, ou se o fazem expedindo o respectivo mandado de prisão. Pensamos que há necessidade da expedição do mandado de prisão preventiva até para fins de controle dos órgãos próprios (corregedoria, CNJ, Cartório, etc). Inclusive, o Código de Processo Penal é claro, por força da própria Lei n. 12.403/11, em exigir a expedição do mandado de prisão e registro no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *in verbis:*

> "Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade (sem grifos no original).
> [...]
> § 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.
> E mais: como diz o §6º acima o *CNJ* regulamentou o registro do mandado de prisão na Resolução nº 137, de 13 de julho de 2011, *in verbis:*
> Art. 1º. Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 289-A do Código de Processo Penal, o Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP, para fins de registro dos mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias (sem grifos no original)"[12)].

Insta observar que, caso venha a ser convertida a prisão em flagrante delito em preventiva de qualquer pessoa estrangeira, o promotor de justiça poderá, nos termos da Resolução CNJ nº 162, de 13 de novembro de 2012, recomendar ao magistrado que comunique tal prisão à missão diplomática do estado de origem do custodiado ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores e ao Ministério da Justiça.

Por último, resta a indagação sobre se poderia a prisão em flagrante delito ser convertida em prisão temporária. A esse respeito o magistério de Renato Brasileiro de Lima:

> "[...], é oportuno destacar que, apesar de o art. 310, inciso II, do CPP, fazer menção apenas à conversão da prisão em flagrante em preventiva, parece-nos ser plenamente possível a conversão em prisão temporária (Lei nº. 7960/89), desde que haja requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial nesse sentido. Com efeito, se o art. 310, II, do CPP, autoriza a conversão do flagrante em preventiva, não há razão lógica para não autorizar, por meio da analogia, a mesma conversão para a temporária. Afinal, onde impera a mesma razão, impera o mesmo direito. Considerando a vocação da prisão temporária para assegurar a eficácia das investigações, é plenamente possível a conversão da prisão em flagrante em temporária, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) demonstrada a imprescindibilidade da prisão do agente para assegurar as investigações; b) a infração penal deve ser crime hediondo ou equiparado (Lei n.º 8072/90, art. 2º, § 4º) ou um dos crimes listados no art. 1º, III, da Lei n.º7960/89; c) requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial postulando a conversão do flagrante em temporária; d) demonstração da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão." [13)].

---

1) GOMES, Abel Fernandes et al. **Nova lei antidrogas**: teoria, crítica e comentários à Lei n.° 11.343/06. Niterói: Impetus, 2006. p. 173-174
2) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70052782539. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2013, grifo nosso.
3) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70057836348. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 29 de janeiro de 2014.
4) MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 265.
5) GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 234, grifo nosso.
6) LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. Volume único, p. 893-894.
7) PALHEIRO, Ana Carolina Fucks Anderson. Da Inconstitucionalidade da Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, de Ofício, pelo Magistrado, na fase Investigatória. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio**

de Janeiro. Série Aperfeçoamento de Magistrados 4, Rio de Janeiro, p. 38-43, 2012. Disponivel em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_38.pdf>. Acesso em: 25 mar.2014

[8)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.12.038810-3/000 - 0388103-53.2012.8.13.0000 (1). Relatora: Desª. Maria Luiza de Marilac. Belo Horizonte, 27 de março de 2012. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 7 maio 2012.

[9)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.10.071719-8/000 - 0717198-26.2010.8.13.0000 (1). Relator: Des. Duarte de Paula. Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2011. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 4 mar. 2012.

[10)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.11.047222-2/000. Relator: Des. Rubens Gabriel Soares. Belo Horizonte, 23 de agosto de 2011. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 4 out. 2011, grifo nosso.

[11)] SILVA,César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

[12)] PAULO, Rangel. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 760-761.

[13)] LIMA, 2013, p. 895.

3.7. Diligências a serem requeridas pelo Promotor de Justiça ao tomar ciência da comunicação da prisão em flagrante delito

Uma das maiores dificuldades encontradas pelo promotor de justiça em sua atuação diz respeito a adoção de medidas eficientes que possibilitem o cumprimento de suas diligências dentro do prazo estabelecido pelo código de Processo Penal brasileiro para formação da culpa na ação penal.

Nesse diapasão, quando tiver em mãos a comunicação da prisão em flagrante delito, o promotor de justiça poderá verificar o que foi apreendido com o investigado e, desde logo, requerer aquelas diligências que servirão de supedâneo para o ajuizamento da ação penal. Assim, estes são alguns objetos rotineiramente apreendidos e as providências a serem adotadas em cada caso:

- 1. *Relação manuscrita da movimentação financeira do ponto de venda de drogas* - deve-se pedir que seja o investigado submetido, caso queira, já que não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a exame grafotécnico, para tanto, colhendo-se os seus padrões gráficos. No caso de este se negar a fornecer tais padrões aos peritos, o promotor de justiça deverá fazer constar em seu requerimento que os peritos perguntem ao periciando a razão da negativa e consignem os motivos da recusa da perícia. Com a negativa do fornecimento dos padrões gráficos, deve o promotor de justiça requerer ao juízo, com fulcro no art. 240, § 1º, alíneas “e” e “f” do CPP, a expedição de mandado de busca e apreensão para a residência do investigado, local de trabalho (se ele possuir) ou para qualquer outro local onde se possam apreender papéis que já contenham padrões gráficos do investigado.

- 2. *Telefones celulares* – é necessário requerer a perícia dos telefones celulares para se verificarem quais os números das chamadas recebidas e originadas, o conteúdo das mensagens recebidas e originadas constantes da memória do aparelho e do *chip*, bem como os nomes e números de telefones constantes da agenda do aparelho ou do *chip*. Insta observar que a perícia deve ser requerida para atestar a lisura da atuação policial e para instrumentalizar nos autos a produção de tal prova, já que existe entendimento jurisprudencial de que não há necessidade de autorização judicial para se ter acesso a tais dados existentes nos celulares que foram apreendidos em razão de flagrante delito. Neste sentido as seguintes decisões de nossos tribunais:

> “EMENTA: *HABEAS CORPUS* - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PROVA ILÍCITA - VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO (CR/88, ART. 5º, XII) - INOCORRÊNCIA - ANÁLISE DAS MENSAGENS REGISTRADAS NO APARELHO CELULAR DO PACIENTE APREENDIDO NO MOMENTO DE SUA PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDUTA LEGALMENTE PRATICADA PELOS POLICIAIS (CPP, ART. 244) ANTE A SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA. - A simples verificação, por parte dos milicianos no momento da prisão em flagrante, do teor das mensagens enviadas e constantes na memória do telefone celular apreendido em poder do paciente não configura, por si só, violação ao sigilo telefônico (CF, art. 5º, XII), desde que a apreensão do aparelho seja legítima, na forma do art. 244, do CPP. *HABEAS CORPUS* Nº 1.0000.11.082898-5/000 - COMARCA DE IPATINGA - PACIENTE(S): HERIDALTON VINICIUS SILVERIO DE SOUZA - AUTORID COATORA: JD 2 V CR PREC CR COMARCA IPATINGA - VÍTIMA: A.C.D.
> A C Ó R D Ã O
> Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DENEGAR A ORDEM.
>
> Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2012.
>
> DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO
> RELATOR.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (RELATOR)
V O T O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HERIDALTON VINICIUS SILVÉRIO DE SOUZA, preso em flagrante delito pelo crime capitulado no art.121, §2º, III e IV, do CP, apontando como autoridade coatora o MM Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e de Precatórios Criminais da Comarca de Ipatinga-MG.
Sustenta o impetrante que a denúncia oferecida, tal como a sentença de pronúncia tiveram por arrimo prova ilícita, eis que baseadas na violação de dados pela polícia militar, que violou sigilo dos dados e comunicações telefônicas do paciente sem a devida autorização judicial, o que constitui prova eivada de nulidade insanável.
Requereu a concessão de medida liminar, para que fosse determinada a suspensão do processo, até o julgamento do presente *writ*, haja vista que o julgamento pelo Plenário do Tribunal Popular do Júri foi designado para ocorrer no dia 10 de fevereiro de 2012.
O pedido liminar foi indeferido pelo eminente Desembargador Duarte de Paula às f.83/85.
Foram prestadas informações às f.89/90 pela autoridade apontada coatora, sendo que na mesma oportunidade juntou documentos de f.91/134.
Instada a se manifestar, a Cúpula Ministerial opinou pela denegação da ordem (f.136/141).
Em razão do afastamento do Desembargador Relator por motivo de férias, foram os presentes autos a mim redistribuídos (f.143).
É o Relatório.
Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da impetração.
Sustentou o impetrante que a sentença de pronúncia do paciente teve como supedâneo prova produzida com violação à intimidade (CR/88, art. 5º, X), na medida em que, quando da abordagem policial, os milicianos apreenderam um aparelho de telefone celular na posse de Heridalton Vinicius Silvério de Souza, e sem consentimento deste e desprovidos de autorização judicial, analisaram as mensagens de textos (torpedos) existentes na memória do referido telefone, violando assim, de forma insanável, sua intimidade e privacidade.
Em razão disso, destacou o impetrante que o conteúdo dos diálogos realizados através de mensagens de texto encontrados na memória do aparelho celular do paciente não poderia ter sido relevado pelo julgador a quo quando da prolação da sentença de pronúncia, uma vez que tais elementos de prova foram produzidos sem assento em decisão judicial.
Depois de analisar atentamente a matéria, não tenho como ilícita a prova produzida nos autos do processo originário.
No meu entender, a simples verificação pelos milicianos, no momento da prisão em flagrante do réu, do teor das mensagens enviadas e constantes na memória do telefone celular apreendido não enseja, por si só, violação ao sigilo telefônico (CF, art. 5º, XII), uma vez que a apreensão do aparelho foi legítima, na forma do art. 244, do CPP. (grifo nosso)
Ademais, *a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas tem por objetivo obstar a realização de escutas clandestinas por parte de agentes estatais e até mesmo particulares, vedação esta que não abraça a simples análise das mensagens registradas e enviadas na memória do aparelho, ainda que esta seja realizada por outra pessoa que não o proprietário*. (grifo nosso).
A fim de demonstrar a inexistência da ilicitude apontada pelo impetrante na inicial do presente writ, neste momento colaciono lapidar aresto oriundo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, senão vejamos:
PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, 'CAPUT', C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. CONSULTA A MENSAGENS DE TEXTO RECEBIDAS EM CELULAR. APREENSÃO LEGÍTIMA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. PROVA LÍCITA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. DOSIMETRIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. LEI N. 8.72/90. REGIME INICIAL FECHADO. *A defesa alega violação ao dispositivo transcrito pelos policiais que abordaram os acusados em operação rotineira e apreenderam seus aparelhos celulares, por meio dos quais, em razão da verificação das últimas mensagens de texto recebidas no aparelho de GILNEI, localizaram o automóvel conduzido por EDGAR que transportava a droga então apreendida. Contudo, não se caracterizou ofensa ao sigilo de comunicação telefônica protegido pela Constituição Federal e regulamentado pela Lei n. 9.296/96. Primeiramente, deve-se ressaltar a licitude da apreensão do aparelho celular em posse do corréu GILNEI em procedimento normal e regular de fiscalização realizado por*

> *policiais militares lotados junto à Polícia Rodoviária Estadual na Base de Sidrolância/MS. A consulta das últimas mensagens de texto recebidas por GILNEI em seu celular não representa quebra de sigilo telefônico, pois não houve acesso às conversas telefônicas realizadas, mas sim simples verificação de registro gravado no próprio aparelho.* (Ap. Crim. n. 0011947-59.2009.4.03.6000/MS, rel. Des. Henrique Herkenhoff, j. em 31/8/2010). (grifou-se)-(grifo nosso).
> Faz-se ainda preciso ressaltar que, conforme declinou o Ministro Celso de Mello no habeas corpus de nº. 70814/SP, 'a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas'.
> Destarte, em que pesem os brilhantes argumentos lançados pelo douto Impetrante em sua inicial, razão não lhe assiste.
> Quanto ao pedido de exclusão do exemplar do Jornal Diário do Aço dos autos do processo principal, melhor sorte não socorre o paciente.
> A simples de juntada de periódico aos autos do processo principal não configura violação à intimidade ou sigilo do processo.
> Isto, porque as partes envolvidas no feito, no exercício do contraditório, podem promover a juntada aos autos de qualquer documento que tenha interesse para o deslinde do ocorrido, na buscada verdade real, desde que se trate de prova lícita.
> E mais, o Órgão de Acusação pode tranquilamente juntar ao caderno probatório materiais provenientes de periódicos com o objetivo de provar a imputação lançada na exordial acusatória, e tal fato, a meu aviso, não constitui absolutamente violação à intimidade ou sigilo do processo.
> Reza salientar que, se o feito principal estiver tramitando sob segredo de Justiça, não vai ser a juntada de uma matéria jornalística no corpo dos autos que vai quebrar esse sigilo. De fato, não vejo razão na insurgência do impetrante.
> Isto posto, mediante tais considerações, denego a ordem.
>
> Sem custas.
>
> É como voto.
>
> DES. DUARTE DE PAULA - De acordo com o(a) Relator(a).
>
> DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o(a) Relator(a).
>
> SÚMULA: 'DENEGARAM A ORDEM'"(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 0828985-26.2011.8.13.0000. Relator: Des. Agostinho Gomes e Azevedo" [1)].

Quanto à análise das chamadas originadas e recebidas, segue decisão do STJ:

> "EMENTA CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS ELEMENTARES DOS CRIMES. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NOME COMPLETO DAS VÍTIMAS NÃO EXPLICITADO. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONVERSAS ENTRE OS RÉUS E SEUS DEFENSORES. INTERCEPTAÇÃO NOS TELEFONES DOS INVESTIGADOS. FILTRAGEM QUE NÃO DEVE SER FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL. AFRONTA AO ESTATUTO DO ADVOGADO NÃO CONFIGURADA. DOCUMENTOS QUE PODEM SER DESCARTADOS PELO JUÍZO. SENTENÇA NÃO PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.
> I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra no presente caso.
> II. Se o órgão de acusação descreveu minuciosamente os fatos praticados pelo co-réu, esclarecendo que os pacientes, juntamente com os outros dois denunciados, seriam os mandantes da prática delitiva, demonstrando por meio de provas testemunhais os motivos do delito, bem como a ligação destes com o contratado para efetuar os disparos fatais, resta evidenciada a existência de elementos suficientes a embasar a acusação, não havendo que se falar em ofensa ao art. 41 do CPP.

> III.O fato de os nomes das vítimas de outros homicídios citados na exordial não terem sido apresentados de forma completa não prejudica a defesa dos acusados, pois, além de se tratarem de delitos praticados em pequeno município, onde a comunidade tem conhecimento generalizado dos fatos que ali acontecem, a supressão destes dados não impede a associação da narrativa com a realidade fática.
> IV. Existindo vinculação mínima entre os fatos da denúncia e a conduta dos pacientes, mesmo que a autoria não se mostre claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, dentro do contexto fático de que dispõe o Ministério Público no limiar da ação penal, não sendo indispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada agente.
> V. *O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do co-réu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas.* (grifo nosso)
> VI. É dever da Autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada.
> VII. Se o Magistrado singular, ao determinar a escuta telefônica, o fez em relação às pessoas investigadas, explicitando os números dos telefones, não cabe à Autoridade policial fazer qualquer tipo de 'filtragem'.
> VIII.Mesmo que em algumas interceptações os investigados tenham recebido e feito ligações para os seus defensores, estas foram gravadas e transcritas de maneira automática, do mesmo modo como ocorreu com as demais conversas efetivadas através dos celulares dos pacientes.
> IX.Cabe ao Juiz, quando da sentença, avaliar os diálogos que serão usados como prova, podendo determinar a destruição de parte do documento, se assim achar conveniente, no momento da prolação da sentença.
> X. Ordem denegada.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. 'A Turma, por unanimidade, denegou a ordem'. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.
> SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA (P/ PACTES) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
> Brasília (DF), 05 de junho de 2007. (Data do Julgamento)(*Habeas Corpus* nº 66.368 - PA (2006/0201607-4). Relator: Min. Gilson Dipp"[2)].

Por fim, para espraiar quaisquer dúvidas, trazemos à baila o teor do Habeas Corpus nº 91.867/PA, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, no qual a 2ª Turma do STF entendeu que o acesso a registros de ligações no aparelho apreendido ou encontrado pela polícia não corresponde a "quebra de sigilo telefônico" ou a interceptação:

> "Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial-violação de registros telefônicos de correu, executor do crime, sem autorização judicial.2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência.2.2Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5ºXII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.2.3.Art.6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais,

> ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art.157 do CPP, em especial o seu §2º"(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 91.867/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 de abril de 2012).

No caso da apreensão de muitos celulares, deve ser oficiado às operadoras de telefonia para que informem quais são os titulares da linha e se existe registro de furto/roubo do aparelho, o que pode ser um indicativo de que tais objetos foram trocados por drogas.

- 3. *Armas de fogo e munições* – deve-se requerer que tanto as armas de fogo quanto as munições sejam levadas a exame de eficiência para avaliar a potencialidade lesiva de tais objetos.
- 4. *Apreensão de cheques* – é necessário requerer à autoridade policial a oitiva dos titulares do cheque. Caso necessário o endereço do correntista, poderá ser requerido judicialmente, a fim de se apurar se estes adquiriram drogas nas mãos do investigado, bem como requerer a CAC e a FAC de tais correntistas para verificar se constam em tais documentos o registro da prática do delito insculpido no art. 28 da Lei n° 11.343/06, já que tal elemento probatório, unido a outros, poderá levar à conclusão de que o investigado vendia drogas e o correntista as comprou com o cheque.
- 5. *Balanças de precisão* – requer-se que sejam periciadas para atestar o seu funcionamento.
- 6. *Documentos do investigado com CPF (se existir menção do número do CPF do investigado nos autos)* – solicita-se ao juízo a quebra do sigilo bancário de contas e investimentos financeiros que existirem em nome do investigado, explicitando a imprescindibilidade da medida para o acautelamento dos valores auferidos com a prática criminosa e para a comprovação da prática ilícita, com o encaminhamento de extrato dos últimos 5 (cinco) anos; deve ainda ser informado se o investigado figura como outorgante ou beneficiário de procuração e se é remetente ou destinatário de transferências bancárias internacionais ou de operações de câmbio, isto com fulcro no art.1°, § 4°, inciso II, da Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001, para tanto alertando-se ao magistrado que poderá utilizar-se do BACEN-JUD. De posse de tais extratos, será possível requerer o bloqueio das contas e aplicações financeiras.

É importante frisar que esta ordem seja seguida (primeiro a quebra do sigilo e depois o bloqueio) não só para que o pedido de bloqueio seja melhor fundamentado, em face da movimentação financeira suspeita, mas também para que seja possível verificar o patrimônio do investigado com o escopo de estabelecer um *quantum* (um piso) que lhe permita prover sua subsistência, a fim de que ele não ajuíze mandado de segurança alegando a necessidade de garantir a sua própria mantença.

Não obstante o exposto, muitos magistrados resistem a usar o BACEN-JUD e preferem oficiar ao Banco Central do Brasil para que sejam determinados a quebra do sigilo bancário e o bloqueio de contas e investimentos financeiros, o que acaba causando o retardamento da medida que se perde na burocracia.

O melhor caminho para solucionar tal problema é requerer, nestes casos, que o juízo requisite ao Banco Central do Brasil as supracitadas informações referentes ao investigado no Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CSS), o qual armazena dados acerca das contas de depósitos e de ativos financeiros mantidos ou administrados em instituições do Sistema Financeiro Nacional, conforme previsão do art. 10-A da Lei nº 9.613/1998. Tal cadastro, embora não contenha informações de valor, movimentação financeira, saldos de contas/aplicação e especificamente das operações realizadas, contém a identificação completa do cliente e a instituição financeira em que tem conta, podendo apontar até mesmo agência, número, tipo de conta e se consta como outorgante ou beneficiário de procuração (no caso de se utilizar de "laranjas").

Como o cadastro já é regularmente efetivado (a atualização de tais dados é diária, e seu fornecimento ao CCS pelas instituições financeiras é obrigatório nos termos do art. 3º da Circular nº 3.347, de 11 de abril de 2007), a requisição poderá ser cumprida com presteza; isso viabilizará ao magistrado, de posse de tais dados, oficiar diretamente as instituições financeiras para determinar a quebra do sigilo bancário de contas e investimentos financeiros que existirem em nome do investigado e o encaminhamento dos extratos dos últimos 5 (cinco) anos, o que possibilitará, conforme dito alhures, a análise de futuro pedido de bloqueio.

Não se pode olvidar que, mesmo que já tenha ocorrido o fim do relacionamento do cliente com a instituição financeira, os dados de transações em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários deverão estar armazenados e conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão das transações, conforme determina o art. 10, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, cujo rol de registro das operações é explicitado no art. 11 da Circular nº 3.461/2009 do Banco Central do Brasil.

Observação: Caso os autos não disponham do número do CPF do investigado, esta informação poderá ser obtida na rede INFOSEG, que possui acesso ao cadastro de veículos e condutores nacionais, e na Receita Federal. Caso o promotor de justiça tenha dúvidas em como se cadastrar na rede INFOSEG, deverá procurar o CAOCrim para receber informações de como proceder ao cadastro.

- 7. *Envolvimento de crianças/adolescentes apurado no curso do inquérito policial* – deverá ser requerido ao juízo que oficie aos cartórios de registro de pessoas naturais, do local onde o inimputável é natural, para que remetam o original da certidão de nascimento.

- 8. *Confirmação de envolvimento do investigado com o tráfico de drogas* – deve-se requerer diligência à autoridade policial para apurar o envolvimento do investigado no tráfico de drogas. Para tanto, os agentes de polícia deverão comparecer ao local onde foi apreendida a droga, bem como próximo à residência do investigado (se não se tratar do mesmo local) para ouvir populares, aos quais deve ser assegurado o anonimato, caso assim o desejem, para que prestem informações sobre o investigado. Ressalta-se que o art. 5º, inciso XIV, da Constituição da República resguarda o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional. Se possível, tais agentes de polícia devem ser arrolados como testemunhas na denúncia para prestarem depoimentos sob a forma como desenvolveram seus trabalhos, sem precisarem revelar a fonte das informações.

- 9. *Confissão, por parte de um/alguns do(s) autuado(s), da prática delitiva durante o auto de prisão em flagrante delito* – torna-se necessário arrolar a autoridade policial ou o escrivão de polícia para depor na audiência de instrução e julgamento, já que é comum alguns destes indivíduos negarem o teor de suas confissões na fase extrajudicial, afirmando terem sido coagidos pela autoridade policial para prestar tais depoimentos ou mesmo terem assinado sem ler seus depoimentos. Essa medida visa trazer esclarecimentos aos autos da forma como se desenvolveu o trabalho da polícia civil/federal na delegacia e com isto dar oportunidade à autoridade policial ou ao escrivão de demonstrar a idoneidade da coleta de tal prova. O mesmo deve ser feito no caso de associação com menores em que um destes confessa no curso da lavratura do auto de prisão em flagrante delito a associação com o imputável. Isto porque, posteriormente, muitos menores infratores são procurados por elementos da quadrilha para serem coagidos a mudar seus depoimentos em juízo. Caso a autoridade policial tenha tido o cuidado de tomar a confissão na presença de alguma testemunha, esta deverá ser arrolada no seu lugar ou no do escrivão.

- 10. *Laudo toxicológico definitivo* – parece óbvio que tal documento deve ser juntado aos autos pelo magistrado atendendo a requerimento ministerial; ocorre que alguns magistrados têm entendido que essa providência deve ser adotada diretamente pelo Ministério Público, tornando letra morta o teor do art. 56 da Lei nº 11.343/06 que estabelece, entre as medidas a serem adotadas pelo juízo, a requisição de laudos periciais. Confira-se:

> "Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e

> *requisitará os laudos periciais*". (grifo nosso).
>
> § 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo".

Neste sentido já decidiu a jurisprudência pátria:

> "Depreende-se da análise dos autos que a motivação do presente pedido adveio do indeferimento de uma diligência postulada pelo Ministério Público, com relação ao laudo definitivo de substância tóxica, requerido ao Juízo de primeiro grau para que tomasse as providências cabíveis para sua remessa. Contudo, entendeu o MM. Magistrado que o *parquet* poderia solicitar diretamente tal exame, haja vista que detém a prerrogativa de requisitar, sem intermédio, tais documentos aos órgãos públicos, ressaltando que, apenas em caso de comprovada dificuldade ou obstáculo, estaria o Órgão Ministerial impedido de exercer suas atribuições.
> *In casu*, entendo que o pedido de *parquet* merece acolhimento.
> Ressalte-se que a Lei 11.343/06 prevê no seu artigo 56: Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais. Assim, o juiz é o órgão estatal da relação processual, o sujeito que atua como figura central do processo. Ao dirigir este, ele assume deveres que lhe são inerentes não obstante a representatividade de poder que possui. Estabelece os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, enquanto trata dos impedimentos e da suspeição. Julga que os meios a serem utilizados para se verificar qual dos contendores está com a razão, não podem ficar ao livre querer do Juiz. Este, para bem desempenhar as suas funções, é investido de poderes, assume deveres e tem responsabilidades de ordem disciplinar, civil e penal. (DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: .)
>
> Com efeito, o juiz dirige o processo e deve zelar pela sua efetividade. Tem autoridade sobre a Polícia Judiciária e suas requisições necessariamente serão atendidas.
> Dessa forma, tem o poder-dever de sempre buscar pela verdade real no processo penal, não constituindo tal iniciativa desrespeito ao sistema acusatório, mas sim, aplicação deste em consonância com os princípios da eficiência e do acesso à justiça.
> Em que pese a faculdade assegurada pela Constituição Federal ao Ministério Público de requerer diligências diretamente às autoridades ou órgãos públicos, que visem à instauração ou ao prosseguimento da ação penal, nada impede que o juiz presidente atue na devida prestação jurisdicional, principalmente quando o pedido formulado pelo órgão ministerial interfere substancialmente na prova da materialidade do crime de tráfico.
> Assim sendo, o laudo toxicológico é prova substancial para a efetiva comprovação do crime, de modo que as justificativas expostas pelo Magistrado Singular, *in casu*, não subsistem diante da indispensabilidade da realização da diligência requerida pelo *parquet*, eis que esta interessa diretamente ao deslinde do fato criminoso"[3].

> "CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS DE SOLICITAR LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO JUNTO AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA. `ERROR IN PROCEDENDO'. TUMULTO PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A EXPEDIÇÃO, PELO JULGADOR DA CAUSA, DOS OFÍCIOS REQUERIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE OBJETIVAM A JUNTADA DE PESQUISA TOXICOLÓGICA SOBRE O MATERIAL APREENDIDO. RECURSO PROVIDO. A faculdade conferida ao Ministério Público de realizar as diligências que entender cabíveis, não exclui a intervenção do juiz para a determinação de providências eventualmente pleiteadas pelo parquet e reputadas imprescindíveis à busca da verdade real"[4].

Nesse diapasão, não se pode olvidar que alguns magistrados têm-se negado a determinar o cumprimento dos requerimentos ministeriais sob o argumento de que, nos termos do art. 156 do CPP, caberia ao Ministério Público a produção de tal prova. O fato de o ordenamento jurídico brasileiro adotar o princípio acusatório, por si

só, não desobriga o magistrado de deferir os requerimentos ministeriais, mormente quando a providência requerida pelo Ministério Público influenciará no deslinde da causa sob julgamento.

Este assunto voltará a ser tratado quando da análise do art. art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n° 11.343/06.

[1)] Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2012. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 3 fev. 2012.

[2)] Brasília, DF, 5 de junho de 2007. **DJ**.

[3)] PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. CP 20113015995-3. Ac. nº 103294. Castanhal. Terceira Câmara Criminal Isolada. Relatora: Desª Brigida Gonçalves dos Santos. Belém, 15 de dezembro de 2011. **DJPA**, 09 jan. 2012, p. 113

[4)] PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. IV Câmara Criminal. Correição Parcial nº 0745375-8. Relator: Des. Miguel Pessoa. Curitiba, 17 de fevereiro de 2011. **DJ**, 2 mar. 2011, n. 582.

3.8. Pedido de retorno à delegacia de polícia para cumprimento de diligências no caso de inquérito policial em que o indicado esteja preso

Preliminarmente, não se pode olvidar que, nos termos do art. 51, parágrafo único, da Lei n° 11.343/06, o prazo de 30 (trinta) dias para conclusão do inquérito policial em que o indiciado esteja preso pode ser duplicado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária. Não obstante não existir previsão legal de outra possibilidade de prorrogação de prazo, não se pode olvidar que o excesso de prazo para formação da culpa deve ser contado de forma global. Neste sentido o escólio pretoriano:

> "TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, QUADRILHA OU BANDO ARMADO, ROUBO, FURTO QUALIFICADO, RECEPTAÇÃO, POSSE, PORTE E COMÉRCIO DE ARMAS E MUNIÇÕES, RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUTOS EM PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
> - *Malgrado a gravidade dos fatos imputados aos pacientes e a complexidade da investigação, amparada por diversas interceptações telefônicas, eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo permitido ao juízo, em hipóteses de excepcional complexidade, a extrapolação dos prazos previstos na lei processual penal, cuja contagem, como sabido, deve ser feita de forma global, considerando todo o procedimento, até o término da instrução, e não cada ato isoladamente.*
> - Inexiste constrangimento ilegal na conclusão do inquérito policial, instaurado para apurar a suposta prática de crimes de complexa depuração da prova, decorrente da pluralidade de indiciados e da necessidade de diligências demoradas, e cujos autos já se encontram em poder do Ministério Público, para eventual oferecimento de denúncia"[1)].

> "*HABEAS CORPUS* – PRISÃO PREVENTIVA – PRESSUPOSTOS – GRAVIDADE DO CRIME – CABIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – ANÁLISE – Inexiste constrangimento ilegal na decisão que decreta prisão preventiva em casos de delitos considerados violentos, cometidos supostamente por quadrilha armada, a causar efetivamente clamor público perante a sociedade local. O prazo determinado pela Lei Processual para conclusão da instrução na hipótese de réu preso deverá ser contado de forma global e não individualmente, em cada fase do procedimento*. A análise de eventual incompetência do juízo não prescinde de incidente próprio, por via de oposição de exceção, não cabendo sua apreciação em sede de Habeas Corpus. Ordem que se denega*"[2)].

Nesse diapasão, o promotor de justiça pode, em casos excepcionais, requerer o retorno dos autos à delegacia de polícia, mesmo que decorrido o prazo de 30 (trinta) dias ou de 60 (sessenta) dias, para que seja cumprida diligência fundamental para o ajuizamento da ação penal. Logicamente, tal pedido de diligência deve ter seu lapso temporal calculado de forma que até o seu retorno não venha a ser extrapolado o prazo global para formação da culpa (computando-se, inclusive, a necessidade de sobrar tempo para os prazos a serem dados para a apresentação da defesa prévia e um mínimo de tempo para que o magistrado possa receber a denúncia e designar a AIJ), sob pena de redundar em constrangimento ilegal.

[1)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.12.126709-0/000 1267090-70.2012.8.13.0000 (1). Relator: Des. Duarte de Paula. Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2013. **Minas Gerais**, 07 fev. 2012, grifo nosso.

[2)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 000.308.811-9/00. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Tibagy Salles. Belo Horizonte, 5 de novembro de 2002, grifo nosso.

3.9. Prazo para formação da culpa

O Tribunal de Justiça de Minais Gerais estabeleceu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para conclusão do processo. Nesse sentido a jurisprudência:

> "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O *TRÁFICO DE ENTORPECENTES*. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PROVA DA MATERIALIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA MÁXIMA COMINADA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CUSTÓDIA CAUTELAR LEGALMENTE AUTORIZADA. EXCESSO DE *PRAZO* NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.
> 1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a conversão da prisão em flagrante em preventiva encontra-se devidamente fundamentada na prova da materialidade, em indícios de autoria e para a garantia da ordem pública.
> 2. 2. Nos termos do art. 313, I, do Código de Processo Penal, também a pena máxima cominada ao crime autoriza a custódia cautelar do paciente, porquanto presentes os pressupostos e requisitos autorizadores do art. 312, do CPP.
> 3. Segundo a jurisprudência dominante, a Nova Lei de *Tóxicos* __ampliou o **prazo** para a conclusão da instrução criminal para 180 dias, que ainda não foram ultrapassados no presente caso"[1].

> "'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 'A Nova Lei de Tóxicos, de n. 11.343/06, ampliou o prazo para o término da instrução criminal, que pode compor pelo menos 180 dias, mormente nos grandes centros urbanos. Precedentes'"[2].

Não obstante o exposto, não se pode olvidar que, quando o delito de tráfico de drogas for perpetrado, em concurso, com os delitos descritos na lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/2013), por força do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 12.850/2013, deverá ser observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal. Com isto a instrução criminal deverá ser encerrada, em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte dias) quando o réu estiver preso, prorrogável em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu. Assim, nestes casos, se a causa for complexa, o prazo máximo para encerrar a instrução criminal será de 240 (duzentos e quarenta dias).

Por fim, é importante ressaltar que alguns doutrinadores, após a entrada em vigor da Lei n º 12.850/2013, têm defendido o entendimento de que a nova lei sobre o crime organizado trouxe para o nosso ordenamento jurídico um marco legal máximo de duração da prisão cautelar. Nesse sentido, o magistério de André Nicolitt:

> "Este era o panorama antes da Lei n.º 12850/2013. Ocorre que com o advento desta, o art. 22 dispôs que os crimes nela previstos e as infrações conexas observarão o procedimento ordinário do CPP. Já o parágrafo único do dispositivo afirma que a instrução penal deverá ser encerrada em prazo razoável, que no caso de réu preso, não pode ultrapassar 120 dias, prorrogáveis por igual período por decisão fundamentada na complexidade ou em fato procrastinatório tributável ao réu.
> Desta forma, entendemos que este prazo máximo deve ser o referencial a ser seguido em todos os processos, sejam eles relacionados ou não à organização criminosa. Isto porque, este prazo foi fixado levando-se em conta o procedimento ordinário em causas complexas, como as decorrentes de organizações criminosas.
> Diante deste novo quadro, podemos sustentar que doravante o ordenamento jurídico possui um marco legal máximo de duração da prisão cautelar no primeiro grau em qualquer processo de conhecimento, seja ele ordinário, sumário ou especial, nenhuma prisão poderá ultrapassar os 120 dias, ou 240 dias, em casos excepcionalmente fundamentados nos termos do parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 12.850/2013"[3].

---

[1] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.13.001205-7/000 - 0012057-62.2013.8.13.0000 (1). Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2013. **Minas Gerais**, 14 fev. 2013, grifo nosso.

[2)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.07.451924-0/000. Relatora: Desª. Márcia Milanez. **Minas Gerais**, 17 de abril de 2007.
[3)] NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 472-473.

3.10. Obrigatoriedade da manifestação ministerial para expedição de mandados de busca domiciliar

O assunto sob análise aborda questão altamente controvertida; existem 02 (duas) correntes doutrinárias a respeito da possibilidade de se conceder a autorização judicial para execução de mandado de busca domiciliar, atendendo à representação da autoridade policial, sem que seja aberta vista ao órgão ministerial.

O nosso CPP não exige a manifestação prévia do Ministério Público antes da expedição do mandado de busca domiciliar, diversamente do que ocorre para expedição de prisão temporária (art. 2º, § 1º, da Lei nº 7.960/1989); isso não é de se estranhar, já que tal diploma legal é de 1941, razão pela qual seus dispositivos, para serem recepcionados e terem validade, devem ser interpretados conforme nossa normatização maior. Assim, apesar de o art. 241 do CPP expressamente dar permissão à autoridade policial para realizar pessoalmente a execução da medida, tal parte deste dispositivo foi considerada não recepcionada pela nossa Constituição Federal. Alertam para esta circunstância as palavras de Cleonice Bastos Pitombo:

> "A autoridade policial, agora, não pode mais, de ofício, realizar busca salvo em caso de flagrante delito. Assim, sempre que demonstrar, de forma induvidosa, a indispensabilidade do ato para a investigação criminal, deverá pleitear a ordem à autoridade judiciária"[1)].

Discorre no mesmo sentido a doutrina de André Nicolitt:

> "Sendo o domicílio asilo inviolável da pessoa, é imprescindível a autorização judicial expressa no mandado de busca. A previsão do art. 6, II, do CPP, que autoriza a busca e apreensão pela autoridade policial, não compreeende locais que estejam cobertos pela inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CRF/1988). Caso seja necessário, deverá o delegado de polícia requerer o competente mandado judicial de busca domiciliar"[2)].

Nessa toada, a análise dos dispositivos processuais penais deve sempre levar em conta os princípios constitucionais consagrados em nosso ordenamento jurídico.

No que tange especificamente ao assunto sob análise, muitos doutrinadores passam ao largo de tal discussão; outros, por sua vez, apesar de não se posicionarem claramente sobre tal questão, acabam por transparecer seu posicionamento e, por fim, já surgem entendimentos mais sólidos a respeito de tal questão, dada a sua importância.

Assim, podemos afirmar que duas correntes são esboçadas a respeito de tal questão, as quais passaremos a expor.

A primeira corrente analisa a questão sob o ponto de vista de que, apesar da similaridade da busca domiciliar com um processo cautelar, dependendo, portanto, da existência das condições da ação, o requisito da legitimidade da parte é atendido, mesmo que com a representação da autoridade policial. Nesse sentido a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fisher:

> "Trata-se de uma medida processual de fundo essencialmente instrumental, que tanto pode ser utilizada para a coleta de material probatório quanto para o acautelamento de outros bens jurídicos, como ocorre, por exemplo, com a busca e apreensão de pessoas. Por certo, mesmo nestes casos se poderá pretender prevalecer o caráter probatório da busca e apreensão, diante da certeza obtida relativamente a determinados fatos ali envolvidos (autoria, local do cárcere etc.)
> Mas essencialmente, do ponto de vista da aproximação da medida com os institutos e categorias do processo penal, a busca e apreensão se caracteriza como medida de natureza cautelar. E ainda que não se possa dizer que se trata de um *processo cautelar*, com os contornos que lhe dá o processo civil, ou seja, condicionado pela legitimidade de parte (também a polícia pode requerer a providência em nosso processo penal), interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido - condições da ação, portanto - e por elementos que caracterizam os pressupostos processuais (citação, competência, capacidade processual etc), a sua finalidade e suas conseqüências se assemelham com aquele (processo cautelar)"[3)].

Tal posicionamento, embora não perpasse sobre o ponto nevrálgico da questão, conduz ao entendimento de que o ato estaria legitimado com a representação da autoridade.

A segunda corrente, à qual se filia este artigo, vê na busca domiciliar uma medida cautelar probatória cujo escopo é a futura instrução de uma atividade jurisdicional e, por consequência, apesar de ocorrer na fase inquisitorial, possui uma relação acessória com o futuro processo, como qualquer outro meio de obtenção de prova. Em razão de tais circunstâncias, está sujeita aos mesmos critérios de validade a que devem se submeter as demais provas, inclusive ao princípio da comunhão das provas, mesmo que o contraditório neste caso, por óbvio, seja analisado a *posteriori* pela defesa, sob pena de se frustrarem os objetivos buscados pela medida.

Nesse diapasão, o Ministério Público, em razão da interpretação constitucional que deve ser dada aos postulados processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, *OBRIGATORIAMENTE* deve ratificar o pedido da autoridade policial que representou pela produção da prova, que não possui legitimidade *ad causam* e, portanto, é pessoa alheia à lide processual.

Entendimento em contrário levaria ao raciocínio de que o promotor de justiça estaria obrigado a acatar a produção da prova encetada pela autoridade policial que, muitas vezes, não corresponde às necessidades que o titular da ação penal julga pertinentes para o deslinde do processo. Por sua vez, o magistrado, apesar de fazer parte da relação processual, não pode atuar de ofício na produção de prova, antes do ajuizamento da ação, sob pena de perder a sua imparcialidade, além de ferir o princípio acusatório. Nesse sentido o magistério de Marcellus Polastri Lima:

> "Em se tratando de busca e apreensão determinada pelo Juiz na investigação, entretanto, entendemos que, em vista dos princípios da imparcialidade e do sistema acusatório, esta medida só deve ser determinada se requerida pela parte, sob pena de um atuar inconstitucional, já que o Juiz na fase inquisitorial deve se manter eqüidistante, só atuando no caso de provocação"[4)].

A atuação da polícia judiciária deve ser executada para prestar auxílio ao promotor de justiça na obtenção das provas que este repute necessárias para o ajuizamento da ação penal. Por sua vez, a execução da atividade tipicamente policial, utilizando-se das técnicas especiais de investigação, cabe à autoridade policial, que possui o preparo técnico para consecução de tal medida. Neste sentido a doutrina de Marcelo Batlouni Mendroni:

> "O cumprimento de mandado de busca e apreensão é atividade tipicamente policial. Os agentes da Polícia é que são devidamente treinados para esse tipo de tarefa, de modo a realizar de forma mais criteriosa a operacionalização da diligência. Enquanto a avaliação da pertinência do pedido de busca diz respeito à necessidade de coleta, vale dizer, da necessidade da realização da atividade probatória, corresponde de forma predominante à atuação do Ministério Público, que deve analisar 'o que necessita'('o que fazer'), a execução da busca corresponde diretamente à atividade policial, é própria da atividade policial, que deve organizar o 'como fazer'. Melhor explicando, se a questão da análise probatória é atividade típica de Promotor de Justiça, quando tenha informação da existência de material probatório em determinado lugar e decida por agir na tentativa de recolher esse material, sela (sic) execução da busca, decidindo horário de ingresso, quantidade de policiais, material a ser levado, quantidade de viaturas, estudo prévio do local, etc., se configura um atividade policial"[5)].

Insta observar que o mandado de busca e apreensão faz parte do rol das diligências policias que, modernamente, utilizam-se das técnicas especiais de investigação, conforme orientação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, que, em seu art. 11, item 2, estabelece:

> "Cada Estado Parte diligenciará para que qualquer poder judicial discricionário conferido por seu direito interno e relativos a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas na presente Convenção seja exercido de forma a otimizar a eficácia das medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar a sua prática"[6)].

Assim, ao se retirar do titular da ação penal a análise da conveniência da produção da prova (necessidade, mérito e legalidade da expedição do mandado de busca domiciliar), além de se ferirem os princípios acusatórios, da comunhão das provas e, por decorrência, do devido processo legal, redundando na nulidade processual do ato, estará o poder público atuando de forma ineficiente, com isto maculando o postulado maior buscado pelo nosso art. 37 da CF para a administração pública, que é proibição de insuficiência no exercício da atividade jurisdicional. A respeito da obrigatoriedade de se colher o parecer favorável do Ministério Público nas representações formuladas pela autoridade policial disserta Vladimir Aras, em seu artigo "Técnicas Especiais de Investigação":

> "De igual modo, deve haver formas de controle prévio (prevenção), simultâneo (monitoramento) ou posterior *(ex post facto)*, ou uma combinação deles, sobre os órgãos autorizados a empregar as TEI, com supervisão por autoridades judiciais ou por órgãos independentes como o Ministério Público, o que constitui o principio da *sindicabilidade ou controlabilidade*. Nesse tema do controle do procedimento, inclui-se o direito de o próprio investigado verificar sua legalidade e questioná-lo em juízo, no contraditório, na via recursal ou por meio de *habeas corpus*.
> O *princípio da inércia* e o *postulado acusatório* também marcam o tema. Como estamos no campo de restrição a direitos individuais, com grave risco de ofensa à privacidade, não deve o juiz, especialmente na fase de investigação criminal, determinar a aplicação de tais TEI *ex officio*, sob pena de envolver-se demasiadamente na atividade pré-processual de seleção da prova e macular sua isenção, tão necessária ao devido processo legal. Ao fazê-lo o magistrado pode comprometer-se com a tese da acusação. Esse risco foi antevisto pelo STF quando lançou no limbo o art. 3º da Lei de Crime Organizado, repudiando com todas as letras a figura do juiz-investigador. Em se tratando de TEI, ao juiz cabe controlar rigorosamente os pedidos do Ministério Público, isto é, tanto os que sejam de iniciativa do próprio Parquet quanto aqueles que veiculem 'representações' policiais. Em área tão sensível de proteção de direitos fundamentais, a Polícia deve estar sob o estrito controle judicial e do Ministério Público (art. 129, inciso VII, CF), de sorte que as TEI que dependam de alvará de autoridade jurisdicional na fase do inquérito só devem ser empregadas com o aval prévio do órgão de acusação. No modelo acusatório, a Polícia não tem capacidade postulatória em juízo Só há juiz se houver autor (*nemo iudex sine actore*). As normas que permitem à Polícia "representar" são inconstitucionais ou não recepcionadas, resquícios do modelo inquisitório do século XIX. A Polícia não pode recorrer, não pode ofertar contrarrazões, não é parte, não postula. Logo, não pode provocar diretamente decisão judicial, ainda mais em tema tão sensível (*privacy*). Suas representações devem ser dirigidas ao Ministério Público que, se verificar a necessidade da medida para a futura persecução criminal (art. 129, inciso I, CF) formalizará a pretensão em juízo, com o ônus e prerrogativas de parte. Este procedimento é uma decorrência lógica do principio da necessidade e do *due process of law*. Daí não se conclua, porém, que o juiz deva permanecer alheio a tudo conforme ensina Moro, nas investigações dos delitos de lavagem, o 'juiz não é um mero espectador de diligências probatórias'.
> A busca probatória também se rege pelo principio da causalidade ou *serendipidade* de modo que são admissíveis as provas casualmente encontradas como resultado do emprego de uma TEI. A descoberta inesperada pode ter uma relação qualquer com a prova procurada. Se a investigação tiver como objeto um crime grave, os fatos que forem descobertos durante a utilização da TEI – ainda que não pertençam a essa categoria de gravidade, ou ainda que não sejam alvo da apuração – poderão ser perseguidos com base nas provas casualmente encontradas, no que se chama de encontro fortuito de prova"[7].

Desse modo, com a devida vênia àqueles que discordam de tal entendimento, a ausência de manifestação ministerial, ou a desconsideração da manifestação contrária do promotor de justiça, no procedimento adotado para concessão de mandado de busca domiciliar pela autoridade judicial, gera nulidade do procedimento cujo prejuízo decorre da inobservância dos postulados constitucionais.

---

[1] PITOMBO, Cleonice Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 188.

[2] NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 508.

[3] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua Jurisprudência**.

2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 451.

[4] LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 529.

[5] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120.

[6] BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

[7] ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 510-511.

3.11. Liberdade provisória

Antes de se abordar o instituto da liberdade provisória, é preciso saber quando, ou seja, em que época da história da humanidade e por que surgiu o instituto da privação da liberdade.

É muito comum surgirem comentários que comparam as prisões brasileiras às masmorras da Idade Média, para demonstrar o atraso nas condições dos atuais presídios brasileiros. Tal comparação, embora bem intencionada, peca, já que as masmorras, conforme se esclarecerá adiante, não se destinavam ao cumprimento de pena de criminosos.

Preliminarmente, não se pode olvidar que a Idade Média se iniciou no ano 476, mas existe uma grande divergência sobre o seu término, como se pode constatar:

> "A data consensual para o início da Idade Média é 476, definida pela primeira vez por Bruni, e que representa o ano em que é deposto o último imperador romano do Ocidente. No contexto europeu, considera-se normalmente o fim da Idade Média no ano 1500, embora não haja um consenso alargado sobre a data. Dependendo do contexto, podem ser considerados como eventos de transição a primeira viagem de Cristóvão Colombo às Américas em 1492, a conquista de Constantinopla pelos Turcos em 1453, ou a Reforma Protestante em 1517. Por outro lado, os historiadores ingleses normalmente referem-se à Batalha de Bosworth em 1485 como referência para o fim do período. Em Espanha, é comum o recurso ao ano de 1516, quando a morte do rei Fernando II de Aragão, ou o ano da morte da rainha Isabel I de Castela em 1504, ou ainda a conquista de Granada em 1492" [1].

Na Idade Média, não existia a pena privativa de liberdade, as masmorras eram usadas como locais de custódia até que, efetivamente, fossem aplicadas as penas de morte e corporais (também denominadas de suplícios). Naquela época o corpo era o alvo principal da repressão penal. Os condenados, quando não eram mortos, tinham seus corpos supliciados, esquartejados, amputados, marcados simbolicamente no rosto ou no ombro, para serem expostos ao público, num verdadeiro espetáculo de carnificina, conforme informações abaixo:

> "*Penas ou Punição*: Eram submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do 'status' social a que pertencia o réu. A amputação dos braços, degolar, a forca, incendiar, a roda e a guilhotina, proporcionando o espetáculo e a dor, como por exemplo, a que o condenado era arrastado, seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas para que tivesse tempo de vê-las sendo lançadas ao fogo. Eram essas penas que constituíam o espetáculo favorito das multidões deste período histórico, em alguns casos também se usava como 'pena' tornar o 'réu' em escravo"[2].

No início da Idade Moderna, sob influência de Thomas Moore, começou-se a mudar a concepção da pena, ou seja, na realidade o surgimento da pena privativa de liberdade teve uma concepção "humanista", já que Moore pregava a necessidade de penas menos rigorosas e que elas fossem correspondentes à natureza dos delitos. A respeito de tal sistema, esclarecem Valter Fernandes e Newton Fernandes:

> "Thomas Moore (1478-1535) – Morus ou Moro − era um inglês, chanceler de Henrique VIII. Publicou uma obra de grande importância para estes estudos e de consulta interessante até os dias atuais, intitulada *Utopia*, onde descreve um torrencial de crimes que assolava a Inglaterra à época de sua existência, outrossim, estigmatizada pelas arbitrariedades e violências da Justiça, que sistematicamente aplicava a pena de morte aos criminosos submetidos a julgamento.
> Cita-se que, ao tempo de Moore, a Inglaterra teria quatro milhões de habitantes e que no decorrer de 25 anos teriam sido condenados à morte e devidamente executados cerca de 70 mil criminosos, desde os praticantes de delitos de menor gravidade até os mais graves, como o homicídio, o latrocínio etc.
> A média de execuções era de dez por dia"[3].

Interessante observar que, apesar dos esforços de Thomas Moore para que as penas de morte deixassem de ser impostas aos condenados, as penas de suplícios e trabalhos forçados continuaram a ser aplicadas até o começo do século XIX, conforme noticia Michel Foucault:

> "No fim do século XVIII e começo do XIX a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas − condenados com coleiras de ferro, em vestes multicolores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injurias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade − são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas − 'cena repugnante', dizia Real: ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um 'fecho' ao crime mantinha com ele afinidades espúrias; igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a freqüência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração"[4].

Dessa forma, percebe-se que a primeira penitenciária surgiu em 1552, como é possível ver abaixo:

> "A primeira Penitenciária Construída no Mundo
>
> A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, 'como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependerem da falta cometida, reconciliando-se com Deus'. Essa idéia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no Século XVIII.
> Porém, a privação da liberdade, como pena, no Direito leigo, iniciou-se na Holanda, a partir do século XVI, quando em 1595 foi construído Rasphuis de Amsterdã"[5].

O método de prevenção do crime por meio da aplicação da pena privativa de liberdade, que no início possuía apenas um caráter intimidatório para os propensos criminosos, passou a adotar modelos distintos que evoluíram buscando justificar a razão de tal reação social. A respeito de tais modelos, esclarece Nestor Sampaio Penteado Filho:

> "[...] Da evolução das reações sociais ao crime prevalecem hodiernamente três modelos: *dissuasório, ressocializador e restaurador* (integrador).
>
> *Modelo dissuasório (direito penal clássico)*: repressão por meio da punição ao agente criminoso, mostrando a todos que o crime não compensa e gera castigo. Aplica-se a pena somente aos imputáveis e semi-imputáveis, pois aos inimputáveis se dispensa tratamento psiquiátrico.
>
> *Modelo ressocializador*: intervém na vida e na pessoa do infrator, não apenas lhe aplicando uma punição, mas também lhe possibilitando a reinserção social. Aqui a participação da sociedade é relevante para a ressocialização do infrator, prevenindo a ocorrência de estigmas.
>
> *Modelo restaurador (integrador)*: recebe também a denominação de "justiça restaurativa" e procura restabelecer, da melhor maneira possível, o *status quo ante*, visando a reeducação do infrator, a assistência à vítima e o controle social afetado pelo crime. Gera sua restauração, mediante a reparação do dano causado"[6].

Nesse diapasão, com o tempo, apesar de em sua origem histórica ser a privação de liberdade um grande avanço que afastou as penas de morte e de castigos corporais, dada a preocupação não só de a pena servir de punição, mas também se tendo em vista que esta deveria fomentar a ressocialização do infrator, a prisão passou a ser mal vista pela sociedade, chegando a ser descrita como uma das causas institucionais da criminalidade. Nesse sentido o magistério de Valter Fernandes e Newton Fernandes:

> "Não foge ao menos avisado dos indivíduos e não pode escapar à percepção das autoridades competentes que a forma de cumprimento da pena na maioria das prisões, dadas às particularidades que as cercam, não contribui, de maneira alguma, para a reeducação ou recuperação do preso. Não fosse, outrossim, a promiscuidade absoluta o cartão de visita dessas cadeias! Aliás, suas condições intrínsecas (onde a capacidade do espaço físico é absolutamente antípoda ao número de indivíduos nele recolhidos) são totalmente incompatíveis com os mais comezinhos aspectos de reeducação da pena. Apenas servem, essas prisões, para que novos crimes sejam ali aprendidos, planejados para o futuro e arquitetados, quase à perfeição, em face das experiências trocadas pelo colégio de marginais, dos mais diferentes crimes, que sem nenhuma racionalização são agrupados em expiação a seus delitos. A cadeia, então, em vez de instrumento de custódia para recuperação de presos, passa a ser verdadeira escola de graduação e, não raro, pós-graduação para o cometimento de toda espécie de delituosidade"[7].

A sociedade amadureceu seu conceito de pena, abandonando o modelo dissuasório, para enxergar no criminoso um ser humano que necessita ser regenerado. Nessa toada, a Constituição Federal Brasileira de 1988, ao adotar o Estado Democrático de Direito, deu maior ênfase à valorização dos direitos fundamentais do homem e, por consequência, agregou o princípio da humanidade da pena. A esse respeito esclarece Alberto Silva Franco:

> "[…] O princípio da humanidade da pena permite detectar, sob a ótica da dimensão histórica, uma gradativa propensão na humanização das penas que tornaram-se, no transcorrer dos tempos, menos rígidas no seu tempo de duração e tiveram reduzidas, sobremaneira, sua carga aflitiva. O confronto entre o momento atual e o passado não muito distante basta para comprovar a realidade desse progressivo abrandamento. Nos atuais modelos jurídicos de Estado, *máxime nos* de contextura democrática, o principio da humanidade da pena encontra ampla ressonância, em nível constitucional, com a proibição expressa de pena de norte, das penas de caráter perpetuo, das penas corporais, das penas desumanas, das penas degradantes e das penas exemplificadoras. Assim, o principio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direito de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana. Assim, de um lado, o principio da humanidade da pena está introjetado na proibição da tortura e do tratamento cruel ou degradante (art. 5º, III) e na proibição da pena de morte, da pena de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII); de outro lado está refletido no processo individualizador da pena, na sua fase executória (art. 5º, XLVI), no asseguramento aos presos do respeito à integridade física ou moral (art. 5º, LXIX); no direito ao preso de cumprir a pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); no asseguramento às presidiárias de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L). O principio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada"[8].

Até então falamos sobre a prisão como pena, ou seja, a sanção decorrente de um processo criminal transitado em julgado, a cujo pedido restritivo de liberdade contido na ação penal foi dado provimento. No entanto, a prisão também pode ter seu caráter provisório, caracterizando uma espécie de medida cautelar pessoal. A humanidade, há muitos anos, utiliza essa espécie de restrição da liberdade para garantir o objetivo final do processo, que naquela época era a pena corporal (pena de morte e/ou de suplícios). Acerca dessa questão, esclarece Frederico Marques, citado por Marcellus Polastri Lima:

> "A prisão como pena data, ao que parece, do século XVI. Outrora, sua função era tão-só cautelar, como se vê de conhecido texto de Ulpiano: *carcer ad continendos homines non ad puniendus*. Foi o direito

> canônico que transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouço, diz Braas: 'para a salvaguarda moral dos presos e também com o fito de levar o condenado, com a inatividade obrigatória, a purificar sua alma'. Nos Tribunais espanhóis da Inquisição, como lembra Oneca, havia, por isso, o *carcer custodiam* (prisão preventiva) e o *carcer ad poenam* (prisão punitiva)"[9].

Interessante observar que o Código de Processo Penal de 1941, por adotar a prisão como regra, confundia prisão cautelar com a própria prisão pena, como se vê nos comentários de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> "Como se percebe ao simples exame do Título IX do CPP, 'Da Prisão e da Liberdade Provisória', o ordenamento processual de 1941 (Código de Processo Penal), na configuração de seu sistema de prisões antes do trânsito em julgado, partia de uma premissa básica: a prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força suficiente para a manutenção da custódia do aprisionado como decorrência única da situação de flagrante. Por isso, a atribuição do predicado provisória para a liberdade, e não para a prisão. É claro que havia exceções, já desde aquela época, como por exemplo, na hipótese do caput do art. 310 do CP, e de crimes afiançáveis. Prestada a fiança, quando cabível, o aprisionado poderia então gozar de uma liberdade denominada previamente provisória. É dizer: provisória porque provavelmente a condenação, ao final do processo, viria pôr fim àquela situação de liberdade tolerada"[10].

A sistemática adotada pelo Código de Processo Penal de 1941 também sofre críticas de Luiz Flávio Gomes:

> "O antigo CPP previa a prisão como decorrência da sentença condenatória assim como da pronúncia. Eram prisões praticamente automáticas, porque se partia da presunção da culpabilidade do agente, mesmo antes de uma sentença condenatória definitiva. A violação ao princípio da presunção de inocência era mais do que evidente.
> Estávamos diante de situações de prisão *ex vi legis*. Antecipava-se o juízo de culpabilidade. Antecipava-se o cumprimento da pena. O sistema de prisões do CPP (de 1941) não se preocupava, em regra, com a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado final"[11].

Nesse diapasão a própria expressão liberdade provisória não se coaduna com a atual sistemática processual, já que a regra é o estado de liberdade e a exceção é a privação de liberdade. A esse respeito as críticas de Paulo Rangel:

> "A liberdade provisória é um direito constitucional que não pode ser negado se estiverem presentes os motivos que a autorizam.
> Em verdade, ao tratarmos de liberdade será ela sempre definitiva, pois esta é a regra num Estado Democrático de Direito. A prisão sim, *lato senso* falando, será provisória, ou seja, mesmo que condenado a 15 anos de reclusão esta pena será provisória.
> Todavia, 'o uso do cachimbo deixa a boca torta', isto é, de tanto que falaram em 'liberdade provisória' e 'prisão provisória' para distinguir a contra cautela e a cautela, respectivamente, acabaram criando a falsa ideia de que a liberdade no sistema brasileiro é provisória e a prisão em decorrência de sentença penal condenatória irrecorrível é definitiva. Equívoco fruto do autoritarismo que informou todo o sistema processual penal brasileiro ao longo dos últimos 70 anos, desde a vigência do CPP de 1941"[12].

A supracitada narrativa histórica da origem da prisão é importante para que se possam entender as transformações ocorridas no processo penal, no que tange às medidas cautelares, mormente após o advento da Lei nº 12.403/2011, que teve repercussão no instituto da liberdade provisória. Assim, conforme dito anteriormente neste manual, uma vez recebido o auto de prisão em flagrante delito, deverá a autoridade judicial analisar a legalidade da prisão e, caso esta seja legal, concederá a liberdade provisória, salvo quando for o caso de se aplicar(em) a(s) medida(s) cautelar(es) pessoal(is), o que pode abranger desde a conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva (neste caso, em regra, deve tal medida ser aplicada isoladamente) até a aplicação isolada ou cumulativa com as outras medidas cautelares pessoais trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/2011. Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, ou se relaxava a prisão

provisória em caso de ilegalidade (art. 5º, inciso LXV, da CF), ou se concedia a liberdade provisória no caso de prisão em flagrante delito (também havia a possibilidade de revogar a prisão preventiva anteriormente decretada pelo Juízo).

Questão controversa que merece ser mencionada é a que diz respeito à proibição expressa em determinadas leis da concessão da liberdade provisória. O art. 5º, inciso LXVI, da CF preconiza:

> "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Se for feita a interpretação a contrario sensu desse dispositivo constitucional, será possível concluir que qualquer pessoa poderá ser levada à prisão ou nela mantida quando a lei não admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.Tal interpretação guarda similitude com o disposto nos incisos XLII, XLIII e XLIV, todos do art. 5º da CF, abaixo transcritos:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

Nota-se que a própria Constituição Federal veda a liberdade provisória com fiança nesses casos e daí a indagação se poderia o legislador infraconstitucional, por meio da supracitada interpretação do art. 5º, inciso LXVI, da CF, elencar outros casos de crimes inafiançáveis. Esta questão foi apreciada pelo STF no julgamento da ADI nº 3112, que analisou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n° 10.826/03, cujo acórdão se transcreve:

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inocorrente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de 'porte ilegal de arma de fogo de uso permitido' e de 'disparo

> de arma de fogo', mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - *Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão* ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.* VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (grifo nosso)".

Insta observar que, no dia 25 de julho de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.072, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, XLIII, da CF. Tal lei entrou em vigor no dia 26 de julho de 1990 e seu escopo era elencar os denominados crimes hediondos e estabelecer um tratamento mais rigoroso para estes delitos e seus assemelhados. O art. 2º de da norma legal, na época, estabelecia:

> "Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I – anistia, graça e indulto;
> II – fiança e liberdade provisória
> § 1° A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.
> § 2° Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade".

Nota-se que a Lei n 8.072/90, que define os crimes hediondos e determina outras providências, vedava expressamente a liberdade provisória e estabelecia que a pena por esses delitos e assemelhados deveria ser cumprida em regime integralmente fechado.

Naquela época, vários operadores do direito se insurgiram contra o fato de essa norma estabelecer o regime integralmente fechado para o cumprimento das penas de tais crimes e o fato de existir a proibição expressa da liberdade provisória (com ou sem fiança). Serão analisadas primeiramente as transformações sofridas pela Lei nº 8.072/90 no que tange à proibição da progressão de regime.

Os argumentos contra a proibição do regime integralmente fechado eram muitos, entre eles a inconstitucionalidade em virtude de o dispositivo ferir a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e de que tal norma feria a dignidade da pessoa humana ao retirar do condenado a esperança de passar para um regime menos rigoroso. Posteriormente novo argumento somou-se aos anteriores, tendo os operadores do direito alegado que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi revogado pelo art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual foi ratificado pelo Brasil, em 24/01/1992. Em 07 de abril de 1997, foi sancionada a Lei n.º 9.455, que define os crimes de tortura e dá outras providências. Este diploma legal estabelecia em seu art. 1º, § 7º que o condenado pelo crime de tortura iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado. Em razão de tal norma expressamente modificar o tratamento dado aos condenados pelo crime de tortura, passou-se a alegar que essa normatização havia revogado o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 no que tange à proibição da progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e tráfico de drogas (o terrorismo não possui tipificação penal). Nesse sentido os argumentos de Alberto Silva Franco:

> "Agora, no entanto, em face da Lei nº 9455/97, estabeleceu-se uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo (ainda não articulado tipicamente) e o tráfico Ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. A colisão entre as duas posições é flagrante, evidenciando uma desuniformidade de perspectivas que contraria o sentido emprestado ao texto constitucional. O ordenamento jurídico constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há lógica que justifique a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e se negue, ao mesmo tempo,

> igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos, por terrorismo ou por tráfico ilícito de entorpecentes. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave em confronto com os crimes já referidos. Ao contrário, considerado isoladamente, o crime de tortura é o mais grave dos delitos constantes do rol constitucional." [13)].

O Supremo Tribunal Federal, julgando a mesma questão, editou a Súmula nº 698:

> "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura."

Os operadores do direito, inconformados, continuaram a usar os referidos argumentos para abolir do ordenamento jurídico a proibição da progressão do regime para os crimes hediondos e de tráfico de drogas (já que o crime de terrorismo não está tipificado na legislação penal).

No dia 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do STF, julgando um *Habeas Corpus*, mudou seu entendimento anterior, por 01 (um) voto de diferença, para afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento de pena para os condenados por crime hediondo; transcreve-se a ementa de tal decisão:

> "Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90" [14)].

É importante ressaltar que tal decisão não produziu efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição com a nova redação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Não obstante esse fato, vários Juízes passaram a adotar esse posicionamento, razão pela qual, na época ajuizei a apelação *infra*, na qual questionei tal situação *(o número da petição, os nomes dos acusados e o endereço dos fatos foram trocados para preservar os envolvidos)*:

> "COMARCA: BELO HORIZONTE
>
> PROCESSO: N.º 024.xxxxxxxxx
>
> APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
>
> APELADO: TÍCIO
>
> RAZÕES DE APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
>
> EGRÉGIO TRIBUNAL
>
> COLENDA CÂMARA CRIMINAL
>
> DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
>
> O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através de seu Promotor de Justiça, com atribuição nesta Vara, irresignado, "data venia", com a v. sentença de fls. XXX, vem, tempestivamente, apresentar suas razões de apelo, fazendo na forma abaixo exposta.

DOS FATOS

Iniciou-se a presente ação penal através de denúncia apresentada pelo Ministério Público. Consta em tal peça que no dia ... de ... de ...., por volta das .... horas, policiais militares, após receberem informações via rádio, repassadas pelo sistema “Olho Vivo” referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, deslocaram-se até a Rua Xavante , região central desta Capital.
Em busca pelo local, os milicianos lograram êxito em abordar um indivíduo, de alcunha Febronio, o qual apresentava características semelhantes ao homem descrito nas informações recebidas. Após busca pessoal foi arrecadado em poder do mesmo 03 (três) pedras de “crack”. Diante disso, Febronio informou aos referidos policiais que havia adquirido a droga de um casal na rua retromencionada.
Dando prosseguimento às investigações, os militares foram até local indicado por Febronio e abordaram a co-ré Violeta, sendo encontrado em seu poder 01 (um) invólucro da mesma substância acima citada, um cachimbo e mais a quantia de R$ 10,00 (dez reais). Com o co-réu Tício foi encontrada a quantia de R$ 28,65 (vinte e oito reais e sessenta e cinco centavos).
Ato contínuo os milicianos conseguiram abordar o outro co-réu Astrogildo, identificado pelo sistema 'Olho Vivo' como sendo um terceiro indivíduo que perpetrava o tráfico naquela mesma região, sendo arrecadado com o mesmo a quantia de R$ 34,06 (trinta e quatro reais e seis centavos).
Por não estarem portando nada de valor incriminatório, haja vista Violeta ter asseverado que a substância apreendida era para seu próprio uso, e por Febronio não ter reconhecido na Delegacia os co-réus Violeta e Tício, como sendo o casal que lhe teria vendido a droga, nenhum dos acusados foi mantido preso.
Assim, ante as circunstâncias, o local da apreensão e a forma de acondicionamento da substância entorpecente apreendida, os co-réus Violeta, Tício e Astrogildo foram denunciados como incursos nas iras dos arts. 12, *caput*, c/c 18, inciso III, ambos da Lei 6.368/76.

DO PROCESSO

Oferecida a denúncia, o processo tramitou regularmente. Encerrada a instrução processual, foi prolatada a sentença de fls.118/134, julgando procedente a peça acusatória e condenando o apelado Tício como incurso nas sanções do artigo 12 c/c art.18, III, ambos da Lei n.º 6.368/76, às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 54 (cinqüenta e quatro) dias multa. O Juiz Sentenciante determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicialmente fechado.

É o relato.

ÍNCLITOS JULGADORES

O Sentenciante, escorado na orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal, entendeu que a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados é inconstitucional, em face dos princípios da humanidade e da individualização das penas, determinando que o réu cumprisse a pena no regime inicialmente fechado.
Primacialmente, viabilizando uma possível discussão do presente inconformismo perante o Superior Tribunal de Justiça, cabe ressaltar que o MM. Juiz sentenciante negou a vigência do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, ao estabelecer regime de cumprimento de pena diverso do previsto.
Com a devida vênia, em virtude da grande balbúrdia jurídica gerada pela nova decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na qual, por 06 (seis) votos a 05 (cinco), entendeu-se inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, faz-se necessário uma breve digressão.
Tal questão já havia sido analisada anteriormente pelo Plenário do Pretório Excelso, sendo que o entendimento da composição daquela Corte Constitucional à época foi pela constitucionalidade do dispositivo supracitado. Nesse diapasão, algumas decisões são colacionadas para ilustrar tal entendimento:
'A pena, para o crime considerado hediondo pela lei n.º 8072, deve ser cumprida em regime fechado, por força de expressa determinação legal, não de aplicando o art. 33 § 2º, b, do CP'(STF-HC 70.044-6 – Rel. Paulo Brossard-DJU 07.05.1993, p. 8330).
'Tendo sido o delito de tráfico de entorpecentes praticado durante a vigência da Lei n.º 8072, de 25.07.1990, correto o acórdão impugnado, ao acolher o recurso do Ministério Público e aplicar o regime integralmente fechado previsto no art. 2º, §1º, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Plenário do

STF' (STF –HC 72.214-8- REL. Sydney Sanches-DJU 17.05.1996,p. 16322).
Tal decisão, à época, do Plenário do Egrégio STF gerou a Súmula n.º 698 daquele Órgão:
Súmula 698 do STF: 'Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.
Insta observar que o entendimento da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072 de 11 de setembro de 1990, também, era, à época, o do Egrégio STJ, o Guardião das Leis Federais. Nesse sentido:
'A pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo pela Lei n.º 8072/90, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão' (STJ- 5ª T-Resp 201.393- Rel. Gilson Dipp-j. 20.04.1999-DJU 24.05.1999, p.196).
Insta observar que o Brasil não adotou o modelo da *common law (stare decisis)* em detrimento do nosso sistema romano-germânico *(civil law)*, razão pela qual mesmo contrariando o entendimento, à época, do STF, muitas decisões foram proferidas pelos Tribunais Brasileiros considerando a possibilidade de progressão, também, para os crimes hediondos, a título de ilustração:
'Quanto ao regime prisional, malgrado o disposto no art. 2.º § 1º , da Lei 8072/90, adota-se a orientação jurisprudencial, que autoriza a respectiva progressão, uma vez preenchidos os requisitos legais, tendo em vista os princípios da humanidade e da individualização da pena' (TJSP-AC-Rel. Silva Russo- RT 728/520).
Não obstante o exposto, no dia 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do STF mudou seu entendimento anterior, por 01 (um) voto de diferença, para afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento de pena para os condenados por crime hediondo.
Tal decisão, em sede de *Habeas Corpus*, não produz eficácia contra todos os demais Órgãos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição com a nova redação da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004.
Nem se pode aplicar, no presente caso, o novo dispositivo constitucional, a denominada súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, de que trata o art. 103-A da Constituição Federal, já que os requisitos apontados pela Carta Magna para mitigar o nosso sistema romano-germânico *(civil law)* não estão presentes no presente caso. Ademais, não seria possível obter o coro de dois terços de seus membros, face à diferença de 01 (um) voto supracitada.
Em função do exposto, este Promotor de Justiça continua a seguir o entendimento de que o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072, de 11 de setembro de 1990 é constitucional.
Apesar de toda a polêmica sobre a recente decisão do STF certo é que o Tribunal de Justiça mineiro em decisão proferida nos autos do processo n.º1.0701.04.095275-9/001(1) em julgamento proferido pela 4ª Câmara Criminal, cujo relator foi o Ilustre Desembargador Edwial José de Morais, mantendo a independência e a soberania dos magistrados, sem qualquer vínculo às decisões isoladas das instâncias superiores, entendeu que a disposição do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, continua plenamente em vigor, até que o Senado Federal a retire definitivamente do ordenamento jurídico, sendo mantida a fixação do regime integralmente fechado na decisão recorrida.
Insta observar que, no ano de 2001, o brilhante professor Sérgio Demoro Hamilton, ilustrado Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, em um de seus artigos intitulado 'O Custo Social de uma Legislação Penal Excessivamente Liberal' já dizia:
'[...] A prisão é, sim, necessária para os fatos típicos mais graves envolvendo criminosos empedernidos e de maior periculosidade. A legislação penal e processual penal, na atualidade, por ser excessivamente liberal, propicia toda a sorte de favores para os condenados que, na realidade, não poderiam estar à solta. E os criminosos já sabem que, em pouco tempo, estarão de volta às ruas para praticar novas infrações penais. A prisão perdeu seu caráter intimidativo faz muito tempo. Repito: não é promulgando leis para soltar *tout le monde* que o problema estará sendo resolvido. Pode até ser mais fácil e menos oneroso, financeiramente, para o Estado. Porém, o custo social para a sociedade , cada vez mais acuada, cada vez mais amedrontada, cada vez mais exposta à sanha criminosa, revela-se incomensurável [...]' (HAMILTON, Sérgio Demoro. **Processo penal**: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 233p.).
Isto posto, pelos argumentos expostos e por outros que não escaparão ao descortino da Colenda Câmara, aguardamos o PROVIMENTO do apelo, para reformar a respeitável decisão, fixando o regime de cumprimento de pena integralmente fechado.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2007.

> Jorge Tobias de Souza
> Promotor de Justiça".

Resolvendo a discussão jurídica, posteriormente, foi promulgada a Lei nº 11.464/07, que revogou o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25/07/1990, o qual passou a ter a seguinte redação:

> "[...] a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado".

Interessante observar que a Lei nº 11.464/07 revogou parte do inciso do art. 2º da Lei n.º 8.072/90 ao não mais mencionar a proibição à liberdade provisória das vedações contidas em tal dispositivo legal. Assim, os crimes hediondos e a prática de tortura passaram a admitir, a partir de 29/03/2007, a concessão da liberdade provisória sem fiança (lembrando que o terrorismo não foi tipificado). Faltou delinear a liberdade provisória no caso de tráfico de drogas.

A Lei n.º 11.343/06 entrou em vigor no dia 08/10/2006, passando, por força de seu art. 48, a regular o procedimento relativo aos processos pelos crimes nela previstos e apenas adotando subsidiariamente as disposições das demais leis. Assim, a partir da referida data, a liberdade provisória passou a ser proibida para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/06 em razão do disposto no art. 44 do citado diploma legal e não em razão da Lei nº 8.072, de 25/07/1990. Adotando o princípio da especialidade em tal questão, assim decidiu o STF:

> "Ementa:
> *HABEAS CORPUS*.
>
> 1. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO DA PRESENTE AÇÃO.
> 2. PACIENTE QUE Á ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA ESTAVA PRESO EM FLAGRANTE POR COLABORAR COMO INFORMANTE COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADO À PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, 34 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS PRESOS EM FLAGRANTE POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS.
> 3. PACIENTE QUE NÃO ESTAVA EM LIBERDADE AO TEMPO DA SENTENÇA PARA POSTULAR O BENEFÍCIO. PRECEDENTES.
> 1. A superveniência da sentença condenatória, apesar de constituir novo título da prisão, não prejudica a ação no caso de tráfico de drogas, uma vez que o réu somente poderá apelar em liberdade se estiver solto ao tempo da condenação. Habeas corpus conhecido.
> 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art.2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.
> 3. *A Lei* 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.
> 4. Paciente preso em razão do flagrante por colaborar como informante com grupo, organização ou associação destinado à prática dos crimes previstos nos arts. 33, 34 da lei 11.343/06. Não há falar, na espécie vertente, em direito de recorrer em liberdade, uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, o Paciente não está solto à época da prolação da sentença. Precedente.
> 5. Ordem denegada.

> Decisão
>
> Decisão: A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Março Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 09.02.2010.
>
> Resumo Estruturado
>
> AGUARDANDO INDEXAÇÃO"[15].

Também o Superior Tribunal de Justiça emitiu decisão semelhante:

> "Ementa: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO, RECEPTAÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA ALTAMENTE DANOSA DE UMA DELAS. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.
> 1. Evidenciada a gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da grande quantidade de entorpecentes apreendidos e a natureza altamente danosa de uma delas, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar, para o bem da ordem pública.
> 2. *Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.* 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º , XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Ordem denegada.
>
> Acórdão:
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator"[16].

É claro que todos aqueles que eram contrários à vedação em abstrato da liberdade provisória se posicionaram contra tal entendimento; veja-se o seguinte julgado do próprio STF:

> "Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
> 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal
> 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.
> 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa

> regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.
> 4. A inafiançabilidade não pode e não deve — considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal — constituir causa impeditiva da liberdade provisória.
> 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso.
>
> Decisão: Concedida a ordem, nos termos do voto do Relator. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 09.03.2010”[17].

As Turmas do STF viviam decidindo de maneira conflitante os dispositivos legais que vedavam, de forma abstrata, o gozo de benefícios. Assim, em 1º de setembro de 2010, por 06 (seis) votos a 04 (quatro), o pleno do STF decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que proibia a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Nesse sentido os comentários de Rogério Sanches Cunha:

> “Apesar da matéria não estar consolidada, o STF, por seis votos a quatro, decidiu no dia 1º de setembro de 2010, que são inconstitucionais dispositivos desta Lei que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (arts. 33, § 4º, e 44) para condenados por tráfico de drogas. A determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo o exame dos requisitos necessários para conversão da pena”[18].

Insta observar que, apesar de tal julgamento não fazer referência explícita à possibilidade de concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, fugiria à razoabilidade do operador do direito possibilitar, ao final do processo, a conversão da pena em restritiva de direitos ao traficante de drogas e, ao longo do processo criminal, com base no referido dispositivo, proibir os demais institutos que estão presentes no mesmo dispositivo declarado inconstitucional.

O procurador de Justiça Denílson Feitosa Pacheco, citando Andréa Morrone, assim conceitua a razoabilidade:

> “MORRONE ainda afirma que o juízo de razoabilidade é um juízo sobre normas que é inspirado na lógica do concreto, no sentido de que ele medeia entre disposições constitucionais, disposições legislativas e contextos aplicativos. Sob o aspecto processual, sua lógica não é a lógica da verdade, mas a lógica do verossímel, no sentido de que a questão da certeza do direito desloca-se da (pretensão de) verdade da solução decisória para a exigência da correção do iter argumentativo seguido pela Corte constitucional. Sob o aspecto substantivo, o controle de razoabilidade é um controle que considera não tanto o modo, mas o mérito das escolhas discricionárias do legislador”[19].

Nota-se uma intrínseca relação entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, já que uma interpretação desarrazoada de uma norma leva à desproporcionalidade de sua aplicação. O procurador de justiça Rogério Greco, a respeito do princípio da proporcionalidade, assim esclarece em sua obra:

> “Embora não tendo sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se dessume de outros que passaram a integrar o texto de nossa constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena, analisado anteriormente. Com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com a sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que, como já o dissemos anteriormente, não seja um mecanismo de verificação tão simples. No que diz respeito especificamente à

> proporcionalidade em concreto, ou seja, aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isto porque o art. 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, forneceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto individualizar a pena do agente, encontrando com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se após analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais, o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado"[20].

Ora, o raciocínio acima faz com que o magistrado, no momento de aplicar a pena, observe a proporcionalidade da medida, para não ferir o princípio da individualização da pena, que tem previsão constitucional. Diante disso, questiona-se como seria possível a esse mesmo operador do direito, ao analisar os requisitos da liberdade provisória, não concedê-la pelo fato de existir proibição legal que não foi julgada explicitamente inconstitucional pelo STF, quando, ao final, substituirá a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, possibilitando que o condenado seja posto em liberdade.

Diante de tal situação fática, o plenário do STF, no dia 10/05/2012, decidiu ser inconstitucional a vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da lei de drogas, visto que incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal.[21].

Assim, atualmente a liberdade provisória no caso de tráfico de drogas deve ser analisada para fins de sua concessão de acordo com o caso concreto, não podendo o legislador proibir tal instituto de forma abstrata na própria lei.

Nesse diapasão, devemos fundamentar a não concessão da liberdade provisória, apontando a presença dos requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP para que a prisão em flagrante delito seja convertida em prisão preventiva. Isto porque a prática do crime de tráfico de drogas demonstra a necessidade da manutenção da prisão do criminoso como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Não se pode olvidar que o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes; por esse motivo, devem estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando-se também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante de drogas encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. Nesse sentido a jurisprudência mineira:

> "HABEAS CORPUS" - PRISÃO EM FLAGRANTE - RELAXAMENTO – LIBERDADE PROVISÓRIA - PLEITO INDEFERIDO - DECRETO FUNDAMENTADO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *O fato de o paciente ser primário, ter endereço fixo e trabalho não pode implicar a sua automática libertação, pois, se subsistem razões que recomendam a decretação e manutenção da sua prisão cautelar*, seja em nome do resguardo da ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal, tais elementos devem ser levados em conta para que se negue o pleito de relaxamento, tal como definido no art. 312 do CPP. Ordem denegada"[22].

Além disto, o promotor de justiça precisa observar se o endereço fornecido pelo requerente na delegacia de polícia é o mesmo do comprovante de residência anexado ao pedido de liberdade, já que, se for diverso, estará demonstrada a sua má-fé e a consequente intenção de se subtrair à ação da justiça. Ademais, é importante verificar se o nome constante no comprovante de residência é do requerente ou se pelo menos possui algum laço familiar, cabendo à defesa esclarecer qual o vínculo do requerente com o nome constante no citado comprovante, sob pena de não se comprovar a existência de residência fixa.

Além de atestar a existência de residência fixa, torna-se necessário, também, que a defesa comprove o exercício de ocupação lícita do requerente ou que ele tenha profissão definida, já que a ausência de tais requisitos também afasta a possibilidade de ser beneficiado com a liberdade provisória. Neste sentido já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Habeas Corpus". Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] *'Ademais, o*

> *requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'* [...][23].

O promotor de Justiça deve ter o cuidado de verificar se o comprovante de residência aponta endereço de município de outra jurisdição, já que o fato de o requerente não residir no distrito da culpa também impede a concessão da liberdade provisória.

> "'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] *'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal'* [...]"[24].

Outrossim, insta observar que o fato de o requerente não residir no distrito da culpa torna também necessária sua prisão provisória para conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mesmo porque, se for colocado em liberdade, corre-se o risco de não mais ser encontrado para prestar contas de seus atos, em caso de eventual condenação. Nesse sentido:

> "PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* - ROUBO MAJORADO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - PACIENTE REINCIDENTE - RESIDÊNCIA FORA DO DISTRITO DA CULPA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PREVENÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, CPP - ORDEM DENEGADA. A reincidência do paciente o recomenda ao cárcere, para garantia da ordem pública. A residência fora do distrito da culpa autoriza a segregação, visando a assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Ordem denegada"[25].

Por fim, é importante observar se a pessoa usuária/compradora da droga prestou depoimento no auto de prisão em flagrante delito, na delegacia de polícia, apontando o autuado como seu fornecedor de drogas. Isto porque o endereço dessa pessoa usuária/compradora da droga encontra-se nos autos, o que possibilitará ao traficante de drogas, ao receber o benefício da liberdade provisória, procurá-la para, com ameaças, fazê-la mudar sua versão em juízo ou mesmo eliminá-la. Quaisquer das duas circunstâncias autorizam a não concessão da liberdade provisória por conveniência da instrução criminal. A jurisprudência mineira tem admitido a manutenção da prisão cautelar quando existe notícia de ameaças a testemunhas/informantes. Nesse sentido:

> "PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* - TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - VIA IMPRÓPRIA - INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - ORDEM DENEGADA. - A apreciação valorativa de fatos e circunstâncias que exigem acurado exame da prova, é incabível na via estreita do writ. - A concessão da liberdade provisória nos casos de prática de crimes hediondos e os a eles equiparados, o que inclui os crimes de tóxicos, passou a ser admitida com o advento da Lei nº. 11.464/07 que entrou em vigor em 28/03/2007. - Cada caso específico deve ser analisado conforme suas peculiaridades, podendo ser concedido o benefício se ausentes os requisitos do art. 312 do CPP. - *Autoriza a manutenção da custódia provisória por conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública existência de informações de que o paciente estaria ameaçando de morte testemunha dos delitos. - Atributos individuais favoráveis como trabalho lícito e residência fixa não são suficientes para obstar a prisão, diante da existência de motivos legais que autorizam a segregação.*"[26].

> "*HABEAS CORPUS* - EXTORSÃO - NEGATIVA DE AUTORIA - EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - VIA INADEQUADA LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - DECISÃO FUNDAMENTADA - COBRANÇA DE SUPOSTA DÍVIDA DE TRÁFICO - AMEAÇA A VÍTIMA -PERICULOSIDADE DO PACIENTE E DESRESPEITO A SOCIEDADE - PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR - INDICÍOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL -

> INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. - A tese de que o paciente não praticou o delito em questão, demanda o exame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do Habeas corpus. - *Restando o indeferimento do pedido de liberdade provisória devidamente fundamentado, não há que se falar em constrangimento ilegal. - Paciente que ameaça a vítima, lhe cobrando suposta dívida de tráfico de drogas, demonstra a periculosidade do mesmo e desrespeito a sociedade. - Presentes os pressupostos autorizadores para a manutenção da custódia cautelar, deverá esta ser mantida sob os auspícios da garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. - Ordem denegada.*"[27].

> "*HABEAS CORPUS* - PRISÃO PREVENTIVA - MANUTENÇÃO – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - AMEAÇAS DE TESTEMUNHAS - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - GRAVIDADE DOS DELITOS - NEGATIVA DE AUTORIA - VIA IMPRÓPRIA - PACIENTE FORAGIDO DO DISTRITO DA CULPA - APLICAÇÃO DA LEI PENAL - ORDEM DENEGADA. I - Restando devidamente fundamentada e demonstrada, por fatos concretos, a necessidade da manutenção da custódia cautelar dos pacientes, diante dos indícios patentes de materialidade e autoria, não há que se falar em constrangimento ilegal. II - A repercussão social do delito e sua gravidade, evidenciadas pelas circunstâncias de seu cometimento bastam para embasar a prisão preventiva para resguardo da ordem pública. III - *Tendo os pacientes ameaçado testemunhas e vítimas após o cometimento do fato, resta configurado o requisito da prisão cautelar para assegurar o regular andamento da instrução criminal.* IV - A natureza jurídica do writ de Habeas Corpus não comporta a análise de matéria de cunho eminentemente probatório, sendo incabível a tese defensiva de negativa de autoria. V - Estando o paciente foragido do distrito da culpa, evidenciada a necessidade de segregação cautelar para garantir a aplicação da lei penal e a realização dos atos processuais"[28].

O adolescente infrator que delata o traficante de drogas também se encaixa na situação supramencionada, já que, normalmente, será colocado em liberdade antes do requerente e poderá vir a ser coagido a mudar sua versão ou eliminado da mesma forma. A respeito da importância dos depoimentos dos adolescentes infratores que denunciam os traficantes de drogas com os quais estavam associados, ainda que eventualmente, assim dispõe a jurisprudência mineira:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE INCONTROVERSA - AUTORIA CABALMENTE DELINEADA NOS AUTOS - INCREDIBILIDADE DA NEGATIVA DO ACUSADO - *DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MENOR INFRATOR ENVOLVIDO NA TRAFICÂNCIA, CORROBORADA PELO TESTEMUNHO POLICIAL E PELAS DECLARAÇÕES DOS PRÓPRIOS PARENTES PRÓXIMOS DO APELANTE* - PLEITO ABSOLUTÓRIO IMPERTINENTE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO"[29].

> "TRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CORRÉU USUÁRIO, ALIADO AO DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar dos crimes, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação dos réus, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram, mormente se se contrapõem à solteira e contraditória negativa dos apelantes, estes que foram delatados pelo corréu usuário, sendo forte a prova no sentido de que o réu Roberto, pai do réu Paulo, comandava o bando organizado para o tráfico de substâncias entorpecentes inclusive envolvendo adolescentes, não fosse por ser suspeito de crimes graves de homicídio, além de ter sido flagrado portando arma de fogo com numeração de série raspada. PENA DE MULTA - PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL - NECESSIDADE. A pena de multa deve guardar proximidade proporcional com a pena privativa de liberdade fixada, já que obedece aos mesmos critérios de fixação, só podendo ser reestruturada se detectada alguma disparidade, o que não é o caso dos autos. Recurso não provido"[30].

Não obstante o exposto, é possível que o magistrado conceda a liberdade provisória, decidindo contrariamente à manifestação ministerial. Nesses casos, o promotor de justiça deve ajuizar o recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal, e, ainda, impetrar o mandado de segurança para que seja concedido efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

A respeito da possibilidade de se utilizar o mandado de segurança na seara processual penal, esclarece Douglas Fischer:

> "Mais especificamente, tem-se que no decorrer da persecução penal pode haver também a necessidade de solução urgente de determinadas questões que não se encontram abarcadas pelo habeas corpus, nem podem ser resolvidas de modo eficaz pelos recursos existentes. Desta feita, entende-se viável a utilização do *writ*, mesmo que até substitutivo, se não tiver o recurso próprio possibilidade de afastar, de modo eficaz, o dano causado pela decisão atacada"[31].

Neste momento é importante fazer uma breve digressão sobre a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para ajuizar mandado de segurança, conforme preconiza o art. 32, inciso I, da Lei nº 8.625/1993. A doutrinadora Fernanda Cardoso Castro Tourinho, em seu brilhante trabalho a respeito do mandado de segurança criminal, assim se manifestou:

> "Duas são as principais justificativas para que o Ministério Público utilize o mandado de segurança criminal: a falta de recurso para impugnar a decisão interlocutória proferida e quando o recurso previsto não possuir efeito suspensivo"[32].

O supracitado mandado de segurança recomendado enquadra-se no segundo caso.

Assim, para ilustrar a importância do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos em sentido estrito, abaixo se transcrevem modelos utilizados na 13ª Promotoria de Justiça de Tóxicos de Belo Horizonte/MG, para o recurso em sentido estrito e o mandado de segurança; este último foi provido pelo egrégio TJMG, razão pela qual também é transcrito.

Cabe ressaltar que tanto o citado recurso em sentido estrito quanto o referido mandado de segurança e a respectiva decisão são anteriores ao julgamento do HC nº 104339/SP, datado de 10.05.2012, pelo STF, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes. *(o número da petição, os nomes dos acusados e o endereço dos fatos foram trocados para se preservarem os envolvidos):*

> "13ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE BELO HORIZONTE
>
> Autos n° 024……
>
> Meritíssimo Juiz,
>
> O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a r. decisão de fls. 36/37, que concedeu liberdade provisória a TÍCIO, autuado em flagrante delito por haver violado, em tese, o preceito proibitivo dos artigos 33 da Lei n.º 11.343/2006, vem, perante Vossa Excelência, interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, com fulcro no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal.
> Caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a v. decisão, requeremos desde já a juntada das razões de recurso que seguem anexas.
>
> Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2011.
>
> JORGE TOBIAS DE SOUZA
> Promotor de Justiça
>
> COMARCA: BELO HORIZONTE
>
> AUTOS N.º 024….

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDA CÂMARA CRIMINAL

DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu Promotor de Justiça, com atribuição nesta Vara, irresignada, *data venia*, com a v.decisão de fls. 36/37, vem, tempestivamente, apresentar suas razões referentes ao recurso em sentido estrito interposto, fazendo na forma abaixo exposta:

DOS FATOS

Compulsando os autos, verifica-se que no dia 25 de janeiro de 2011, na Rua das Couves, n.º 190 – Bairro Horta Feliz, desta capital e Comarca, a Polícia Militar recebeu denúncia anônima dando conta de que no endereço citado, cinco indivíduos estariam perpetrando o tráfico de drogas.
De posse das informações, os milicianos se deslocaram até o local dos fatos, onde avistaram os conduzidos manuseando certa quantidade de drogas. Abordados, os militares apreenderam no imóvel 70 (setenta) buchas de maconha, 11 (onze) papelotes de cocaína e 50 (cinquenta) pedras de *crack*, além da quantia de R$246,30 (duzentos e quarenta e seis reais e trinta centavos) e diversos materiais usados pala embalar drogas, conforme laudos de constatação 21/23.
Insta observar que o recorrido assumiu para os policiais militares que estava dolando a droga com os menores infratores, droga esta que seria comercializada.
A Defensoria Pública aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 31 de janeiro de 2011 (vide fls. 27/31) e o MM. Juiz da 3ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 36/37, deferido o pedido.
Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Tício, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão.
É o breve relatório.
Data *maxima venia*, a r. decisão que ora se combate merece ser cassada, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:
O digno Magistrado concedeu liberdade provisória ao recorrido por entender que a recente decisão do STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da lei 11.343/06, bem como por não vislumbrar os requisitos da prisão preventiva do recorrido.
Com a devida vênia, não agiu com acerto o douto Magistrado em sua decisão.
Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido, juntamente com os quatro menores apreendidos. Como dito alhures, os milicianos abordaram o réu após denúncia anônima de que cinco pessoas estariam perpetrando o tráfico de drogas.
Ademais, foram apreendidas várias pedras de *crack*, cocaína e maconha, além de certa quantia em dinheiro, o que denota a reprovabilidade da conduta do recorrido.
Insta observar que Tício assumiu para os milicianos no momento da abordagem que estava manuseando as drogas com os menores, drogas estas que seriam vendidas posteriormente.
E mais, *o comprovante de fls. 35 refere-se a endereço diverso do fornecido pelo recorrido no momento da abordagem, o que reforça a impossibilidade da concessão do benefício ora pleiteado*. Nesse sentido: '*Habeas Corpus*'. *Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão [...] 'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal' [...] Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues.*
Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória, visto que a nova legislação de tóxicos,

Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 44, explicitamente, proibiu a concessão de tal benefício aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37.
E, não obstante a inovação trazida pela Lei nº 11.464/07, que, alterando o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, revogou a proibição à liberdade provisória nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, subsiste a vedação legal prevista no artigo 44 da Nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), em face do princípio da especialidade, conforme entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido:
HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. Verificada a regularidade do auto de prisão em flagrante, não há constrangimento ilegal em se negar o pedido de liberdade provisória ao apelada que responde a processo por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44, da Lei 11.343/06 veda a concessão do benefício aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, da referida lei. Por outro lado, a Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º, II, da Lei 8.072/90, não modificou a situação dos réus que respondem por tráfico de drogas, no que se refere à liberdade provisória, já que a Lei de Tóxicos é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos. Habeas corpus denegado. *(Habeas Corpus n° 1.0000.07.453995-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Apelada(S): Francisco Carlos Da Silva - Autoridade Coatora: Jd 2 V Cr Comarca Juiz Fora - Relator: Exmo. Sr. Des. Ediwal José De Morais). »Nesse diapasão é o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, corroborando com anteriores decisões do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a Lei n.º 11.464/07 não teve o condão de revogar os dispositivos constantes na atual Lei Antidrogas. Vejamos: »*'Informativo STF n. 499 - 02 de abril de 2008: Liberdade Provisória: Lei 11.464/2007 e Tráfico de Drogas – 3-Considerou-se que a inafiançabilidade imposta ao delito imputado ao apelada bastaria para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante a alteração efetuada pela Lei 11.464/2007 que, mantendo a vedação de fiança, somente retirara uma redundância contida no texto originário do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Ressaltou-se que esta Corte possui orientação consolidada no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos e assemelhados decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição à legislação ordinária. Dessa forma, por maiores razões, incabível esse benefício aos presos em flagrante por tráfico de drogas. Ademais, enfatizou-se que a Lei 11.464/2007 não alcançaria os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas que, ao tempo da sua entrada em vigor, já contava com disciplina específica a respeito (Lei 11.343/2006: 'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.'). Assim, reputou-se que a Lei 11.464/2007 não poderia modificar a disciplina que, quando do seu advento, já constava de lei especial, aplicável à espécie. Por fim, rejeitou-se a proposta de concessão de habeas corpus de ofício para que o apelada progredisse de regime prisional, porquanto ainda pendente de apreciação recurso da acusação que, se provido, majoraria a pena a período superior ao tempo em que custodiado o apelada. Atentou-se para o fato de que este fora preso em flagrante quando vigente a Lei 11.343/2006, que passou a exigir, na hipótese, o cumprimento de, pelo menos, 2/5 da pena para a progressão. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, de ofício, para que o juízo de primeiro grau analisasse as condições, visando à progressão de regime de cumprimento da pena. HC 93302/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 25.3.2008. *(HC-93302)*'. *»Nesse sentido já se encontra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: »*'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL (art. 44 da Lei nº 11.343/06). DISPOSITIVO LEGAL DOTADO DE VALIDADE JURÍDICA. RECENTE PRECEDENTE DO STF. PERICULOSIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 'Recente precedente do eg. Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que a expressa vedação legal à concessão da liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06 permanece plenamente em vigor, em consonância com anteriores julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça, disposição legal suficiente para a vedação à concessão do mencionado benefício, notadamente quando houve apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecente na residência de agente que não comprova possuir ocupação lícita'. *(Apelação Criminal nº 1.0000.08.468430-7/000, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. MÁRCIA MILANEZ. J. 15/04/2008). (grifo nosso). »Ademais,* in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Denota-se imperiosa a necessidade da manutenção da prisão de Tício como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática*

criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. »Sobre a questão, ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira: »'Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas). Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007)'. *(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.436/437) (grifo nosso). »Também nesse sentido: »*'TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida' *(JTACRESP 45/58). »No que tange à discussão sobre a constitucionalidade, ou não, do artigo 44, da Lei n.º11.343/06, não se pode olvidar que o artigo 5º, inciso LXVI, da CR, expressamente proíbe que alguém seja preso ou mantido na prisão '*quando a lei admite a liberdade provisória com ou sem fiança*'. Assim, a contrário* sensu*, quando a lei não admite a liberdade provisória é possível se manter alguém preso, não podendo se falar em descumprimento de norma constitucional. »Além disso, o pleno do STF ainda não se pronunciou quanto à constitucionalidade do referido artigo. »É certo que a questão da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas no crime de tráfico de entorpecentes, ganhou um novo contexto a partir da recente decisão do STF no julgamento do HC/97256 que, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade da expressão '*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*', constante do § 4º do artigo 33, e da expressão '*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*', constante do artigo 44, ambas da Lei nº 11.343/06. »Não obstante, como dito alhures, o pleno da Suprema Corte ainda não se posicionou a respeito. E, ainda que entendêssemos pela possibilidade da substituição, somente a análise cuidadosa do caso concreto é possível apontar a sua viabilidade, ou não. »O Código Penal, no seu artigo 44, permite a substituição da pena de prisão por penas alternativas, desde que a sanção aplicada não seja superior a quatro anos e que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, associado ainda ao fato de que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado permitam a substituição. »Com efeito, para a efetiva substituição, exige-se o preenchimento concomitante de vários requisitos. Isto é, não basta que a pena aplicada seja igual ou inferior a quatro anos e que o delito não tenha sido concretizado com violência ou grave ameaça à pessoa. Exige-se, ainda, que o grau de reprovação da conduta e a culpabilidade do agente não sejam altos. »Ora, tratando-se de tráfico de drogas, o grau de reprovação da conduta é altíssimo, em especial pelos males causados à sociedade, sobretudo pelo aumento da criminalidade, o que, por si só, já impede a substituição. »A esse respeito, trazemos à colação o entendimento do Promotor de Justiça de São Paulo, César Dario Mariano da Silva (no artigo: Aplicar pena alternativa ao tráfico é inconstitucional, datado de 14 de setembro de 2.010): »*'[...] A decisão da Excelsa Corte não impede que o juiz deixe de proceder a substituição nos demais requisitos previstos no Código Penal [...]. Ademais, mesmo que presente o requisito objetivo (quantidade de pena), não nos parece razoável proceder a substituição para autor de crime de suma gravidade. A personalidade, a conduta social e culpabilidade do traficante de drogas e de quem de qualquer forma o auxilia, bem como as conseqüências do crime, que são nefastas para o viciado e usuário e para a sociedade, não recomendam a substituição, que pode ser indeferida nos termos do artigo 44, III, do Código Penal. [...] A droga é o câncer que assola a todo mundo já que, direta ou indiretamente, é responsável por boa parte dos crime violentos que o afligem. Por causa dela as pessoas matam ou são mortas. É muito difícil um crime violento não ter a droga como estopim [...]. Enfim, a droga, de uma maneira ou de outra, está ligada aos crimes mais graves [...]. Foi a própria Constituição Federal que determinou tratamento diferenciado para o autor de vários crimes de especial gravidade, dentre eles o tráfico de drogas. O que nos parece inconstitucional é dar o mesmo tratamento para o autor de crime comum e para o autor de tráfico de drogas, haja vista a determinação expressa da Constituição Federal no sentido de a lei lhes tratar de maneira diferente. Em

suma, a decisão foi tomada, mas cabe ao intérprete, na análise do caso concreto, decidir se premia o traficante e seus asseclas com a substituição ou a sociedade ordeira com a vedação, não nos esquecendo das finalidades da pena, principalmente a prevenção especial e a geral.' *(grifo nosso). »Cumpre esclarecer que, além da apreensão de grande quantidade de drogas diversas, balança de precisão, dinheiro e material para embalar entorpecentes, verifica-se que o recorrido Tício estava associado aos inimputáveis para a prática do tráfico de drogas, o que conduziria a uma pena mínima de 08 (oito) anos em razão da violação, em tese, dos artigos 33 c/c 40, inciso VI, e 35, todos da Lei n.º 11.343/06. »Assim sendo, deve a prisão do recorrido ser mantida para garantia da aplicação da lei penal. »Diante dos argumentos expostos e por outros que não escaparão ao descortino da Colenda Câmara, aguarda o Ministério Público o provimento do recurso para reformar a r. decisão, restaurando a prisão de Tício. » » » »Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2011. » » »JORGE TOBIAS DE SOUZA »Promotor de Justiça". »"EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS » »O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça com atribuição junto às Varas de Tóxicos desta Capital, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 12.016/2009, artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA,* com pedido liminar, *contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ....ª Vara de Tóxicos, Dr. ....., que proferiu decisão de concessão de liberdade provisória nos autos de nº 0024....., a favor de TICIO, para que seja CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto, conforme cópia que segue anexa, pelos motivos que passa expor e ao final requerer: » »1 – Dos fatos: »Compulsando os autos, verifica-se que no dia 25 de janeiro de 2011, na Rua das Couves, n.º 190 – Bairro Horta Alegre, desta capital e Comarca, a Polícia Militar recebeu denúncia anônima dando conta de que no endereço citado, cinco indivíduos estariam perpetrando o tráfico de drogas. »De posse das informações, os milicianos se deslocaram até o local dos fatos, onde avistaram os conduzidos manuseando certa quantidade de drogas. Abordados, os militares apreenderam no imóvel 70 (setenta) buchas de maconha, 11 (onze) papelotes de cocaína e 50 (cinquenta) pedras de* crack, *além da quantia de R$246,30 (duzentos e quarenta e seis reais e trinta centavos) e diversos materiais usados pala embalar drogas, conforme laudos de constatação 21/23. »Insta observar que TICIO assumiu para os policiais militares que estava dolando a droga com os menores infratores, droga esta que seria comercializada posteriormente. »A Defensoria Pública aviou pedido de liberdade provisória, tendo o Ministério Público exarado parecer contrário em data de 31 de janeiro de 2011 (vide fls. 27/31) e o MM. Juiz da ...ª Vara de Tóxicos, em sua decisão de fls. 36/37, deferido o pedido. »Inconformado com a decisão que concedeu liberdade provisória a Tício, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão. »Assim sendo, o Ministério Público interpôs RECURSO EM SENTIDO ESTRITO objetivando a reforma da decisão, a fim de que o beneficiado retorne à prisão. »Outrossim, dada a inexistência de efeito suspensivo ao recurso interposto, busca o impetrante pelo presente* mandamus, *o efeito suspensivo ao seu Recurso em Sentido Estrito, para o fim de, cancelado o benefício da liberdade provisória ilegitimamente concedida, fazer o autuado retornar à prisão onde se encontrava, até final julgamento nessa Instância Superior. »2 - Da Legitimidade e Capacidade Postulatória: »Consoante o preconizado no artigo 32, inciso I, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e no artigo 74, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1994, a capacidade postulatória e a legitimidade do impetrante restam positivadas. »De igual forma, a jurisprudência pátria apresenta-se pacífica. A propósito, vale ressaltar os seguintes julgados: »*MANDADO DE SEGURANÇA - Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça diretamente na Instância Superior - Admissibilidade – Ato judicial ilegal ou violador do direito, ilíquido e certo, pacíficas a 'legitimatio ad causam' e a plena capacidade postularia - Presença, ademais, de 'periculum in mora' e 'fumus boni juri' 'Writ' conhecido *(RT 6481296 TACrim – 2ª Câm. Rel. Juiz Ribeiro Machado). »*MANDADO DE SEGURANÇA – Ato judicial Impetração por Promotor de Justiça contra decisão de juiz de 1º grau 'legitimidade ad causam' por ser o Ministério Público parte na relação jurídica processual penal *(RT 6441337 STF Rel. Min. Moreira Alves). »3 - Do Cabimento do Mandado: »Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a concessão do* writ *para ser imposto o efeito suspensivo aos recursos que, a princípio, tramitam somente no efeito devolutivo, visando reparar direito líquido e certo que tenha sido violado. »É este o posicionamento dominante dos nossos tribunais: »*'Cabe mandado de segurança contra decisão judicial, para dar efeito suspensivo a recurso que não o tem, se houver a possibilidade de dano irreparável.' *(TJSP MS n. 264.589 Rel. Gonzaga Júnior) (Grifo Nosso). »*'O enunciado da Súmula 267 comporta exceção, no caso em que, além da não suspensividade do recurso e da ilegalidade do ato impugnado deste advenha

dano irreparável, cabalmente demonstrado' *(STF RE 76.909 Rel Min. Antonio Neder; STF RE 90.653 - Rel. Min. Décio Miranda). »No presente caso, o impetrante busca a imposição do efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, visando evitar que seja ferido direito líquido e certo. »4 - Do Direito Líquido e Certo: »O digno Magistrado concedeu liberdade provisória a Tício por entender que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, permitindo a substituição de pena aos condenados por tráfico de drogas, não justifica o acautelamento provisório. »Com a devida vênia, não agiu com acerto o douto Magistrado em sua decisão. »Primeiro, porque há nos autos elementos suficientes a indicarem o envolvimento do recorrido, juntamente com os quatro menores apreendidos. Como dito alhures, os milicianos abordaram o réu após denúncia anônima de que cinco pessoas estariam perpetrando o tráfico de drogas. »Ademais, foram apreendidas várias pedras de* crack*, cocaína e maconha, além de certa quantia em dinheiro, o que denota a reprovabilidade da conduta de Tício. »Insta observar que Tício assumiu para os milicianos no momento da abordagem que estava manuseando as drogas com os menores, drogas estas que seriam vendidas posteriormente. »E mais,* o comprovante de fls. 35 refere-se a endereço diverso do fornecido pelo recorrido no momento da abordagem, o que reforça a impossibilidade da concessão do benefício ora pleiteado*. Nesse sentido: »*'Habeas Corpus'. Liberdade provisória. Paciente autuado por tráfico de drogas. Crime hediondo. Óbice legal. Existência de pressupostos para a preventiva. Ordem denegada. Acórdão […] 'Ademais, o requerente não comprovou possuir residência fixa nem ocupação lícita no distrito da culpa, desta forma demonstra não haver vínculos nesta Comarca o que torna a concessão da medida temerária para assegurar a aplicação da lei penal' […] Habeas Corpus (C. Criminais Isoladas) nº 1.0000.05.418535-0/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente(s): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues. *»Cumpre esclarecer, ainda, que, além da apreensão de grande quantidade de drogas diversas, balança de precisão, dinheiro e material para embalar entorpecentes, verifica-se que Tício estava associado aos inimputáveis para a prática do tráfico de drogas, o que conduziria a uma pena mínima de 08 (oito) anos em razão da violação, em tese, dos artigos 33 c/c 40, inciso VI, e 35 da Lei n.º 11.343/06. »Diante disso, torna-se inviável a concessão da liberdade provisória. Isso porque,* in casu*, encontram-se presentes os requisitos da prisão preventiva, dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, pelo que o requerente não poderia ser beneficiado com a liberdade provisória (artigo 310, parágrafo único, do CPP). »Imperiosa a necessidade da manutenção da custódia de Tício como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito pelo qual já foi denunciado. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade dos seus agentes, devendo estes ser afastados do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, evitando também que esta sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada. Além do mais, em liberdade, o traficante encontrará os mesmos estímulos que o levaram à prática delitiva. Sobre a questão ensina o renomado processualista Eugênio Pacelli de Oliveira: »*'Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo a credibilidades das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. Tratava-se de caso em que havia fortes indícios da existência de temível organização criminosa, com diversas ramificações e com possível ingerência em órgãos do poder público, segundo o seu eminente Relator, Ministro Carlos Brito (QO em HC nº 85.298-SP, Relator para o acórdão, Min. Carlos Britto). Em outra oportunidade, aquela alta Corte justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação, bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e do tipo de crime (tráfico de drogas). Conferir STF – HC 89.525.5/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.03.2007)'. *(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. ***Curso de Processo Penal***, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.436/437) (grifo nosso). »Também nesse sentido: »*'TACRSP: Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida' *(JTACRESP 45/58). »Por derradeiro, deve a prisão de Tício ser mantida para garantia da aplicação da lei penal e garantia de ordem pública. »5 - Do* Fumus Boni Juris *e do* Periculum in mora*: »O* fumus boni júris *se faz presente, tanto que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido reiteradamente que, através de mandado de segurança, se busque dar efeito suspensivo a recursos que, por lei, só tenham efeito devolutivo. »Do mesmo modo, apresenta-se evidente o* periculum in mora*, eis que caso não haja efeito suspensivo, até o efetivo julgamento do recurso em sentido estrito, Tício poderá, em liberdade, aproveitando-se da oportunidade que lhe foi concedida indevidamente, praticar outros delitos e acabar retirando a paz e a tranqüilidade de inúmeras famílias de bem. »É por isso que a lei, amparada pela Constituição Federal,*

> *presume a periculosidade dos traficantes de drogas, sendo certo que, na maioria das vezes, em liberdade, as pessoas envolvidas em delitos desse tipo, além de estarem sujeitas à reincidência, tudo fazem para fugir da responsabilização criminal. »Assim, permitir a Tício que aguarde em liberdade o resultado do Recurso em Sentido Estrito é assumir o risco de vê-lo voltar ao submundo do crime, o que não se pode admitir. »Diante do exposto encontra-se presente o perigo da demora, justificador da segurança, em razão da probabilidade de dano irreparável decorrente da demora normal de apreciação do recurso do Ministério Público. »6 - Do Pedido: »Ante todo o exposto, com especial destaque à ilegalidade da concessão do direito da liberdade provisória a Tício, requer que, com a concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito do Ministério Público, venha a ser cancelado o referido beneficio ilegalmente concedido. »7 - Da Liminar: »Deflui de tudo o que foi exposto serem relevantes os motivos do presente Mandado de Segurança, impondo-se a concessão de LIMINAR, para retorno do autuado Tício ao estabelecimento prisional onde estava recolhido, sem o que, o presente mandado terá o seu objeto prejudicado até ser definitivamente julgado. »Por derradeiro, requer o impetrante a notificação da douta autoridade, dita coatora, consoante estabelece o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, bem como que dê ciência do feito à presidência do e. Tribunal de Justiça (art. 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009), além da intimação da respeitável defesa do autuado, na condição de litisconsorte passivo necessário, prosseguindo-se até final confirmação definitiva da liminar e deferimento da segurança. »Acompanham o presente Mandado de Segurança as seguintes peças, todas em cópias: »Cópia dos autos da Liberdade Provisória; »Cópia do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público. » »Nestes termos » »Pede deferimento » » » »Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2.011. » » »JORGE TOBIAS DE SOUZA »Promotor de Justiça". »"EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TRÁFICO DE DROGAS - LIBERDADE PROVISÓRIA - ADVENTO DA LEI 11.464/07 - POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA E DA PROVA DA MATERIALIDADE - RESTABELECIMENTO DA PRISÃO COMO FORMA DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A PAZ SOCIAL - DECISÃO DO STF - AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE - CONTRADIÇÃO NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS - RESIDÊNCIA FIXA NÃO COMPROVADA - »RECURSO PROVIDO. I - Com o advento da Lei 11.464/07, a análise da necessidade de a custódia preventiva do réu voltou a se lastrear no art. 312 do CPP. II - Em virtude de o momento caótico que vive a nossa sociedade, em 'guerra' contra o banditismo, em se tratando de imputação de tráfico, delito de extrema gravidade, sendo as provas dos autos suficientes para se extrair fortes indícios da autoria do réu e evidente nos autos a materialidade do delito, patente é a necessidade de se assegurar a ordem pública e a tranquilidade social, por determinação do art. 312 do CPP. III -* A declaração incidental da inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do §4º do artigo 33, e da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', constante do artigo 44, ambas da Lei nº 11.343/2006, em controle difuso, no julgamento do HC nº 97.256, não tem efeito vinculante. IV - A não comprovação da residência fixa, em face da contradição entre os endereços fornecidos, demonstra a necessidade de a cautelar para assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal.[33)].

[1)] IDADE MÉDIA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_M%C3%A9dia>. Acesso em 27 nov. 2012.

[2)], [5)] Disponível em: <http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm>. Acesso em: 27 nov. 2012.

[3)] FERNANDES, Valter; FERNANDES Newton. **Criminologia Integrada**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72-73.

[4)] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis, RJ: Vozes. 38. ed. 2010. p. 13-14.

[6)] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

[7)] FERNANDES; FERNANDES, 2010, p. 377.

[8)] FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 56-57.

[9)] LIMA, Marcellus Polastri Lima. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 185-186.

[10)] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 501.

[11)] GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

[12)] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 813.

[13)] FRANCO,2000. p, 183.

[14)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 'Habeas Corpus' nº 82959 / SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. **DJ**, 1 set. 2006, p. 00018.

[15)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97975 MG. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2010. **Dje**, 19 mar. 2010, p. 00313, grifo nosso.

[16] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 147019 SP 2009/0176684-2. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 23 de março de 2010. **Dje**, 12 abr. 2010, grifo nosso.
[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 100733 BA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 9 de março 2010. **Dje** n. 067, 16 abr. 2010. p. 01113.
[18] GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.
[19] PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 121.
[20] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. Vol. I, p. 83-84.
[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104339/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de maio de 2012. **Dje**, 6 dez. 2012.
[22] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.06.447819-1/000(1). Relator: Des. Sérgio Braga. **Minas Gerais, Belo Horizonte**, 6 de fevereiro de 2007, grifo nosso.
[23] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.05.418535-0/000. Comarca de Uberlândia. Paciente(S): Celso Morais Silva. Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia. Relator: Des. Herculano Rodrigues.
[24] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.05.418535-0/000. Comarca de Uberlândia - Paciente(S): Celso Morais Silva - Coator(Es): Jd 2 V Cr Comarca Uberlândia. Relator: Des. Herculano Rodrigues.
[25] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.07.451602-2/000. Relator: Des. Hélcio Valentim. Belo Horizonte, 17 de abril de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 abr. 2007.
[26] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.08.476915-7/000(1). Relator: Des. Eli Lucas de Mendonça. Belo Horizonte, 20 de agosto de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 4 set. 2008, grifo nosso.
[27] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.000.09.500429-7/000(1). Relator: Des. Pedro Vergara. Belo Horizonte, 28 de julho de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 10 ago. 2009, grifo nosso.
[28] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.09.503146-4/000(1). Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 de set. 2009, grifo nosso.
[29] Apelação Criminal nº: 1.0474.08.038495-8/001(1). Relatora: Desª. Márcia Milanez. Belo Horizonte, 22 de setembro de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 nov. 2009.
[30] Apelação Criminal nº: 1.0332.09.018106-3/001(1). Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 11 de maio de 2010. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 9 de jul. 2010, grifo nosso.
[31] FISCHER, Douglas. **Recursos, *habeas corpus* e mandado de segurança no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 250-251.
[32] TORINHO, Fernanda Cardoso Castro. **Mandado de segurança criminal**. São Paulo: IOB, 2008. p. 97.
[33] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.11.026129-4/001. Relator: Des Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 3 de maio de 2011. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 3 jun. 2011, grifo nosso.

3.12. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

Durante muito tempo, o ordenamento jurídico somente podia lançar mão da privação da liberdade como medida cautelar pessoal. Conforme já vimos alhures, além do fato de tal medida ser criticada por violar o princípio da presunção de inocência (chegando-se a afirmar que, em muitos casos, tratava-se de uma antecipação da pena que poderia ou não vir a ser aplicada), sem dúvida alguma o magistrado não dispunha de um meio-termo entre a privação da liberdade do réu/investigado ou a hipótese de este responder ao inquérito policial/processo solto e, às vezes, com pequenas restrições (como no caso da liberdade provisória vinculada sem fiança – art. 310, parágrafo único, do CPP). A doutrina denominava tal situação de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro, conforme noticia Renato Brasileiro de Lima:

> "Tem-se aí o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 08 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso da liberdade provisória com fiança"[1)].

A bipolaridade cautelar do sistema brasileiro atenta contra o princípio da razoabilidade, já que a privação da liberdade, em determinados casos, era uma resposta desproporcional à necessidade existente, no caso concreto, o que redundava na inadequação da medida. Alguns magistrados, percebendo tal situação, passaram a adotar a analogia *in bonam partem* para buscar na LEP medidas alternativas que aumentassem o rol das medidas cautelares pessoais.

> "EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRESO TEMPORARIO E EM PRISÃO ESPECIAL. CONDENADO A REGIME FECHADO. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR POR SER SEPTUAGENARIO E SE ACHAR ACOMETIDO DE CARDIOPATIA GRAVE. ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* (LEP, ART. 117, I EII). PRECEDENTE DA TURMA INVOCADO (HC 3.392- RJ). ORDEM CONCEDIDA, COM CONDIÇÕES IMPOSTAS. VENCIDO O RELATOR NA PRELIMINAR DE CONHECIMENTO.
> ACORDÃO: POR MAIORIA, CONHECER, EM PARTE, DO *HABEAS-CORPUS* PARA QUE O PACIENTE CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE SILVA FIQUE PRESO DOMICILIARMENTE, SOB CONDIÇÃO DE APRESENTAR-SE QUINZENALMENTE AO JUIZ DO PROCESSO, LEMBRANDO QUE O BENEFÍCIO PODERÁ SER REVOGADO A QUALQUER MOMENTO, SE AS CIRCUNSTÂNCIAS ASSIM O EXIGIREM. VENCIDO O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES[2)].

A mencionada situação foi resolvida com o surgimento da Lei nº 12.403/11, que trouxe novas medidas cautelares pessoais para, no caso concreto, flexibilizar a atuação do magistrado dentro de parâmetros de maior proporcionalidade no que tange à medida judicial a ser adotada. Nesse sentido o magistério do desembargador Paulo Rangel, citando Luiz Roberto Barroso:

> "A Lei n.º12.403/11 trouxe para o processo penal o princípio da proporcionalidade do direito alemão ou da razoabilidade do direito norte americano. No direito alemão o princípio da proporcionalidade se desenvolveu no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. No direito americano o princípio surge como um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Todavia, foi na doutrina alemã que se deu mais substância ao princípio decompondo-o em três subprincípios que agora estão no art. 282, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (cf., para perfeito conhecimento da matéria, BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 256).
>
> O que é ser razoável em uma decisão judicial?

> **BARROSO** responde:
>
> É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação, harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso. Ou que corresponda ao senso comum, os valores vigentes em dado momento ou lugar (*Ob cit*. p. 259).
> Será necessária a medida cautelar quando ela for o meio mais oneroso ao investigado ou réu diante da possibilidade de prisão cautelar, Ou ainda, se a prisão cautelar for o único meio útil e exigível para se alcançar o fim colimado pelo processo.
> As medidas cautelares previstas no art. 319, bem como, a prisão cautelar devem ser vistas sempre à luz do grau de necessidade de cada uma delas, ou seja, a prisão é a última razão de ser, embora possa ser aplicada como a primeira medida, diante de sua exigibilidade para assegurar o fim colimado pelo processo”[3].

A pergunta que não quer calar é se a gravidade do crime in abstrato (por exemplo, o fato de ser hediondo), por si só, poderia afastar a possibilidade de concessão das medidas cautelares pessoais não privativas da liberdade. Deve-se levar em consideração que a nova redação do art. 282, II, do CPP estabelece que tais medidas cautelares devem observar:

> “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Diante do histórico supramencionado de resistência à concretização do direito com base no tipo penal de forma abstrata, não é crível essa possibilidade. Isso porque, se for analisada a redação do art. 282, II, do CPP será possível verificar que os requisitos 1) gravidade do crime, 2) adequação do fato e 3) condições pessoais do indiciado ou do acusado devem ser consideradas em conjunto. Assim, os itens 1) e 2) não podem ser avaliados com base, exclusivamente, na tipificação penal.

Reforça tal entendimento o teor do § 5º do art. 282 do CPP, que estabelece:

> “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Tal dispositivo legal alerta para o fato de a transitoriedade ser uma das características das medidas cautelares. A esse respeito esclarece Luiz Flávio Gomes:

> “Toda medida cautelar está vinculada a uma determinada situação fática. A provisionalidade (consoante a doutrina espanhola) está relacionada com a situação fática que ensejou a decretação da medida cautelar. Se essa situação fática se altera, naturalmente também haverá modificação na medida cautelar. Desaparecida a situação fática que deu ensejo à medida cautelar, cabe ao juiz revogar a medida ou substituí-la. Se a situação fática voltar, cabe ao juiz decretar nova medida.
> Isto significa que em matéria de medidas cautelares a decisão do juiz é sempre 'rebus sic stantibus'. Quando desaparece o motivo da prisão (por exemplo), cabe ao juiz revogá-la. Se o motivo volta, pode o juiz decreta-la novamente”[4].

Diante do exposto, a tendência é que as medidas cautelares não privativas de liberdade sejam aplicadas aos investigados/autores dos crimes da Lei nº 11.343/06, mormente para os pequenos traficantes de drogas primários e com bons antecedentes que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organizações criminosas. Isto porque, ao final do processo, serão beneficiados com a substituição de pena e, portanto, não seria adequada a conversão de sua prisão em flagrante delito em prisão preventiva, salvo se esta for utilizada como *ultima ratio* na busca da eficácia da persecução penal. A esse respeito esclarece Renato Brasileiro de Lima:

> “É nesse cenário que se avulta a importância das novas medidas cautelares de natureza pessoal

> introduzidas no CPP pela Lei n. 12403/2011. Ao ampliar o rol de medidas cautelares de natureza pessoal à disposição do juiz criminal (CPP, art. 319), esta lei dá concretude ao princípio da necessidade, possibilitando que o juiz natural utilize a prisão cautelar somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares. Doravante, portanto, a decretação da prisão preventiva somente será possível quando as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP mostrarem-se insuficientes para a tutela da eficácia no processo penal"[5].

Conforme esse raciocínio, pergunta-se se poderia o magistrado, no caso de um pequeno traficante de drogas que foi pego "em tese" comercializando drogas em um local *distante de sua residência* e conhecido por se tratar de ponto de venda de drogas, determinar a proibição de acesso ou de frequência a tal local, deixando de converter a prisão em flagrante delito em preventiva, já que ele é candidato futuro a ser beneficiado com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. É possível que sim. A própria letra do art. 319, inciso II, do CPP esclarece que isso ocorra "quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações".

Outra dúvida é se poderia o magistrado, no caso de um pequeno traficante de drogas que foi pego "em tese" comercializando drogas, de madrugada, em um local próximo a sua residência e conhecido por se tratar de ponto de venda de drogas, determinar o recolhimento domiciliar noturno para evitar que ele venha a receber os mesmos estímulos que o levaram à prática delituosa. Certamente que sim, tal medida é proporcional e se adequa à finalidade da norma processual.

Deve-se refletir sobre a importância de o promotor de justiça requerer ao magistrado tais medidas cautelares, nos casos supramencionados, em que se vislumbra a futura aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Como será feita tal fiscalização, da mesma forma, é um ponto relevante.

É sabido como é deficiente, infelizmente, a fiscalização de tais medidas cautelares pelo poder estatal. Ocorre que, nos casos supramencionados, a polícia militar costuma fazer uma vigilância constante dos pontos de venda de drogas e, muitas vezes, acaba por novamente prender em flagrante delito por tráfico de drogas o investigado/réu que já estava no gozo de liberdade provisória pelo mesmo motivo em outro inquérito policial/processo. Em virtude do princípio da presunção de inocência, não se pode afirmar, antes do julgamento de mérito do processo, que ele estivesse praticando o delito, pois muitas vezes ele alega que estava no local para comprar drogas. Nesse diapasão, ele acaba novamente sendo beneficiado com a liberdade provisória. Se existisse determinação judicial para que ele se afastasse de tal local ou de que ele estivesse recolhido domiciliarmente no referido horário, a discussão giraria em torno do descumprimento da medida cautelar estabelecida na primeira vez em que foi preso em flagrante delito. O magistrado ficaria compelido a adotar uma medida mais grave o que, no caso dele, justificaria a prisão preventiva, pois mesmo os beneficiados por pena substitutiva podem ser recolhidos à prisão quando descumprem a pena aplicada. A esse respeito o magistério do desembargador Paulo Rangel ao tecer seus comentários sobre a redação do § 1º do art. 282 do CPP (com a redação da Lei nº 12.403/2011):

> "As medidas cautelares podem ser impostas independentemente de haver prisão cautelar. Elas são autônomas. Podem ser aplicadas em relação a qualquer crime, mesmo aqueles que, em tese, pelo quantum da pena, não podem ser objeto de prisão preventiva. E aqui reside a questão que nos parece é mal interpretada pela doutrina.
> Se o crime, em si, pela sua originalidade (pena aplicada em abstrato) não admite, de imediato, prisão preventiva nada obsta, e este é o objetivo da lei, que se adote como medida menos onerosa ao réu qualquer medida cautelar do art. 319 que, se descumprida, autorizará sua prisão preventiva (cf.§4º abaixo). Do contrário, o indivíduo que cometesse um crime com pena de até 4 anos de reclusão não poderia mais ser preso. Absurdo incomensurável.
> É como se a lei fosse criada para dar um 'HC à impunidade', ou seja, o ladrão (art. 155,*caput*, do CP) poderia ficar furtando a vontade, inclusive, seu irmão gêmeo bivitelino receptador (art. 180,*caput*, do CP) poderia também adquirir a coisa que sabe ser produto de crime sem ser incomodado pelo Estado. Como que um 'passaporte' à criminalidade. Em nenhum país civilizado do mundo isso é possível.
> *Data venia* dos que assim pensam a lei é clara ao admitir a aplicação isolada (e cumulativa) das medidas cautelares. Se descumprida a medida a prisão pode ser adotada, se necessária for.
> O que se que, em verdade, é que nesses crimes (furto simples, receptação, dentre outros com pena não

> superior a 4 anos) a prisão não seja a *prima ratio*, pois ao final do processo a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por prestação de serviços a comunidade (art. 44 do CP), mas isso *não significa* dizer que ninguém mais possa ser preso.
> Se o réu for reincidente a pena não será substituída. Se *os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado* forem desaconselháveis a pena também não será substituída (art. 44, II e III). Logo, em uma primeira análise podemos dizer: porque prender o indivíduo se a adoção de uma medida cautelar é suficiente para 'acalmá-lo'? 'Acalmou?' Não.
> Ele continuou a delinqüir e a colocar em risco a ordem pública, desafiando o ordenamento jurídico.
> Revoga-se a medida cautelar adotada e decreta-se a prisão preventiva do réu (art. 312, parágrafo único, CPP).
> Trata-se de prisão preventiva substitutiva.
> A prisão preventiva passa a ser autônoma (art. 313) e substitutiva (parágrafo único do art. 312)"[6].

O promotor de justiça, sempre em contato com as polícias judiciária e militar, deve analisar, por exemplo, se o pequeno traficante (que tem todos os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06), que foi preso em flagrante delito e vai se beneficiar da liberdade provisória, costuma ausentar-se da comarca para buscar droga. Se o membro do Ministério Público dispõe de tal informação, *sem mencionar tal circunstância*, por certo, deve fundamentar o pedido da medida cautelar do inciso IV do art. 319 do CPP no fato de ser necessária a presença do réu na comarca por conveniência da instrução criminal. Parece bobagem, mas existe uma grande chance de o réu, mesmo denunciado, confiando no fato de que não existe fiscalização da medida, vir a viajar para buscar a droga. Caso venha a ser preso novamente em flagrante delito, poderá ser pedida a prisão preventiva substitutiva no processo, mesmo que ele venha a gozar da liberdade provisória no novo processo que será iniciado. A discussão de mérito, como dito, girará em torno do descumprimento da medida judicial.

Insta observar que a medida de afastamento do agente público de suas funções já é prevista no art. 56 da Lei nº 11.343/06; no caso de acusados que exerçam atividade policial, esse dispositivo deve ser adotado (caso ele não esteja preso cautelarmente) por conveniência da investigação/instrução criminal.

Neste manual, não serão citadas todas as medidas cautelares do art. 319 do CPP. Esta proposta é de apenas alertar o promotor de justiça sobre a possibilidade de abrir seu leque de pedidos cautelares, saindo da bipolaridade cautelar, para gerar a possibilidade de futuramente requerer a prisão preventiva substitutiva daquele indivíduo que se sabe que retornará a delinquir.

Por último, é importante ressaltar que o art. 320 do CPP trouxe para o ordenamento jurídico uma medida cautelar que já era perpetrada na prática sob o argumento de que se baseava no "poder geral de cautela". A validade da retenção do passaporte dividiu opiniões. A jurisprudência ora considerava tal medida válida e ora entendia que caracterizava constrangimento ilegal por falta de previsão legal. Assim, trazem-se a lume dois julgados antagônicos para lembrar tal discussão que hoje é página virada:

> "Ementa: Estrangeiro (denunciado). Prisão preventiva (revogação). Entrega de passaporte (determinação). Coação ilegal (caso).
> 1. Constitui coação ilegal – dúvida não há – a concessão de liberdade a estrangeiro condicionada à entrega à autoridade judicial do documento de identificação internacional (passaporte). Precedente.
> 2. Ordem concedida. (STJ, HC 119515/CE, rela. Min. Nilson Naves, Dje 14.12.2009).
> *HABEAS CORPUS* – RÉU NACIONAL PROCESSADO POR VÁRIOS CRIMES, MAS EM LIBERDADE – ATIVIDADES LABORAIS NO EXTERIOR – APREENSÃO DE SEU PASSAPORTE MEDIANTE O TEMOR DE QUE ELE SE EVADA OU EXERÇA NO EXTERIOR AS SUAS ATIVIDADES ILÍCITAS – INOCUIDADE DA AUTORIZAÇÃO A CADA VIAGEM – MEDIDA CAUTELAR, EM TESE, POSSÍVEL, DESDE QUE FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS NÃO DEMONSTRADOS – MERAS CONJETURAS – ORDEM CONCEDIDA PARA DEVOLUÇÃO DO PASSAPORTE.
> A apreensão de passaporte de cidadão brasileiro, em liberdade, impedindo-o de viajar para o exterior, para o exercício de atividades laborais, por consistir, em tese, restrição ao pleno direito de locomoção, amparado pela Constituição Federal, pode ser examinada nesta via.
> *A presunção de não-culpabilidade não exclui a determinação de medidas cautelares, visando eventual aplicação da lei penal, devidamente fundamentadas em fatos concretos, entre elas a apreensão de passaporte.*

> Se ao paciente já foi concedida autorização para outras viagens, não se concretizando o receio mostrado na determinação da medida cautelar, não se justifica a sua manutenção.
> Ordem concedida para a devolução do passaporte”[7].

De qualquer forma, bem alerta o desembargador Paulo Rangel:

> “Trata-se de mais uma medida cautelar, não obstante encontrar-se fora do rol do art. 319, visando evitar que o acusado deixe o País como se ele somente pudesse fazê-lo pela via aérea e de posse de um passaporte. Ledo engano.
> Para os países do Mercosul não se exige passaporte entre seus integrantes. O acusado, se quiser, pode sair para a Argentina pelo Sul do País, pela via terrestre, que não tem controle nenhum, e chegar no País dos *los hermanos* onde poderá pedir, na Embaixada Brasileira, um novo passaporte como se perdido tivesse o seu. Ou, ainda, sair do País com Carteira Nacional de Habilitação. Imaginamos que a Polícia Federal terá os dados expedidos pelo juiz em seu banco de dados e informações, impedindo a saída do acusado.
> Nesse sentido, deve o juiz, para fins de eficácia da medida, comunicar a todas as embaixadas brasileiras nos países estrangeiros a fim de que se abstenham de emitir passaporte ao nacional, adotando as medidas necessárias à sua captura, respeitando os tratados e convenções internacionais”[8].

---

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. Vol. I, p. 1132-1133.
[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 4476 RJ 1996/0014256-4. Relator: Min. Adhemar Maciel. Órgão Julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 18 de agosto de 1996. **DJ**, 14 out. 1996, p. 39036.
[3] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 840-841.
[4] GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-74.
[5] LIMA, 2011, p. 1149.
[6] RANGEL, 2011, p. 843.
[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 85495/SP. Relatora: Min. Jane Silva. **DJ**, 12 nov. 2007, grifo nosso.
[8] RANGEL, 2011, p. 876.

3.13. Pedido de vista de processos cautelares fora da secretaria

Situação bastante interessante e passível de ocorrer em processos envolvendo a lei de tóxicos diz respeito ao pedido da defesa para que lhe seja concedida vista de cautelares em curso, em particular, interceptações telefônicas.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 14, estabelecendo que os defensores tenham amplo acesso aos elementos de prova já documentados nas investigações. O texto da nova súmula estabelece:

> "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"[1].

Antes de analisar o teor da decisão que deu origem à Súmula nº 14 do STF, é preciso observar que a Constituição Federal dispõe no art. 5º, inciso XXXIII:

> "Art. 5º […]
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

O juiz federal Fausto Martin de Sanctis, a respeito de tal fato, assim ponderou:

> "Para que as investigações obtenham êxito, ainda mais nos crimes macroeconômicos, e não causem prejuízos que acarretem a impunidade e o descrédito do Poder Judiciário, é indiscutível a limitação à publicidade de procedimentos e a outras regras, entre elas, o acesso a feitos que ainda tramitem sob sigilo.
> Não significa, com este entendimento, obstaculizar o exercício da defesa, mas tão somente a preservação do interesse público, não se tratando de usurpação do direito de acesso a autos sigilosos, mas de apuração eficaz da verdade, evitando-se que a ciência prematura da investigação permita o desfazimento ou apagamento da prática delitiva, fase conhecida por *recycling* ou reciclagem"[2].

Nesse diapasão, acredita-se que a súmula em questão não reconhece direito absoluto aos advogados de acesso aos autos. Várias restrições devem ser observadas, notadamente no que se refere ao fato de que o exame deve restringir-se às provas já documentadas em procedimento investigatório. Assim, constata-se que a citada súmula não abrange as demais diligências realizadas pela polícia judiciária, em especial, os procedimentos cautelares que, por sua própria natureza, têm caráter sigiloso.

A propósito, vale lembrar que o ministro Celso Melo, por ocasião da análise da proposta da referida súmula vinculante, perante o Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto, assim se manifestou:

> "[…] É essencial, para efeito de acesso daquele que sofre a investigação criminal, que os elementos de prova já se achem formalmente incorporados aos autos do procedimento penal-persecutório. Tratando-se de interceptação telefônica, esse procedimento probatório instaura-se em autos apartados, que somente serão anexados aos do inquérito penal (ou do processo judicial) quando já encerrada a execução dessa medida extraordinária (Lei nº 9.296/96, art. 8º). Isso significa, portanto, que, enquanto estiver em curso a diligência probatória de interceptação telefônica, os respectivos autos permanecerão inacessíveis, porque ainda não apensados aos autos do inquérito policial ou do processo judicial".

Assim, com muita propriedade, o procurador de justiça Denílson Feitoza Pacheco ressalta:

> "A fim de proteger o sigilo, conforme art. 8º, parágrafo único, LIT, a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código

> de Processo Penal, art.10, §1º)"[3].

Impende salientar que tal questão já foi alvo de exame pelo STF na análise do *HC* nº 88.520/AP:

> "I. *Habeas corpus*: inviabilidade: incidência da Súmula 691 ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *'hábeas corpus'* impetrado contra decisão do Relator que, em *'hábeas corpus'* requerido a Tribunal Superior, indefere liminar").
> II. Inquérito policial: Inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.
> [...]
> 4. *O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objetivo as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências);* dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. [...]"[4].

Além disso, a citada súmula ainda estabelece que os elementos de prova devem dizer respeito ao direito de defesa, o que não se verifica quando se trata de cautelar de interceptação telefônica ainda em curso.

A respeito do assunto, traz-se à baila um trecho do voto do ministro Cezar Peluso, que se amolda como uma luva ao presente caso:

> "[...] uma coisa são os elementos de prova já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. Por isso, da ementa consta textualmente: 'ter acesso amplo aos elementos que, já documentados'. Isto é elementos de prova. *Por isso, tal ementa, ao meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação*. A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. [...]"[5].

Registra-se que a impossibilidade de acesso aos autos, nesse caso, não representa violação à Constituição Federal ou ao Estatuto da OAB. Como se sabe, para a melhor apuração do fato delituoso, é plenamente possível a adoção do sigilo no que é pertinente às medidas cautelares, em especial, à interceptação telefônica, sob pena de se verem frustradas essas formas de investigação.

Por último, insta consignar que o advogado somente poderá ter acesso aos autos no interesse de seu cliente. Tratando-se a cautelar de interceptações de diversos números de aparelhos de telefone, nas quais vários indivíduos estão sendo alvo de investigação, não há como abrir vista dos autos à defesa de um dos requerentes sem que isso fira o direito de sigilo dos demais envolvidos.

Nesse sentido, o excelso pretoriano determina:

> "[...] 1º) o advogado não tem direito a ter vista, tomar apontamento e exigir cópias de todo e qualquer documento alusivo a pessoa diversa da que lhe outorgou o mandato, durante o trabalho investigatório, com o timbre do sigilo; [...]"[6].

A segurança das informações é aspecto importante, mormente no campo da segurança pública, sob pena de se frustrar o objetivo de neutralizar a ação do(s) criminoso(s).

Muito tem se investido para melhorar o aparato de segurança orgânica das instituições, conforme noticia Priscila Carlos Brandão:

> "A segurança de informações está relacionada com medidas de proteção que se pautam por técnicas ofensivas de inteligência, que incluem restrição de pessoas a determinados lugares, proteção física de documentos e pessoas, controle de viajantes, de contatos estrangeiros, além de regras para classificação, custódia e transmissão dos documentos. A literatura especializada estabelece alguns parâmetros internacionais para a área de segurança de informações que fica dividida, basicamente, em três componentes: Segurança defensiva; detecção e neutralização de ameaças e fraude. Todas elas são disciplinas de defesa que, no entanto, podem envolver atitudes ativas e/ou passivas"[7].

Todos os mecanismos de segurança das informações podem cair por terra se, mediante uma interpretação equivocada da Súmula nº 14 do STF, os investigados em inquéritos policiais tiverem acesso aos dados contidos em procedimentos cautelares – como a interceptação telefônica –, o que lhes possibilitará uma preparação para as futuras diligências policiais.

Como já foi dito, o direito à defesa não pode ser tão amplo a ponto de servir de escudo à atuação criminosa, mormente àquela que advém do crime organizado, que tantos danos tem causado à sociedade, deixando a população completamente desprotegida em razão da ineficiência da atuação do Estado.

---

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 14. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 26 de março de 2009. **Dje** n. 59, 27 mar. 2009

[2] SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.

[3] PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 922.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 88.520/AP. **Dje**, 19 dez. 2007, grifo nosso.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido pelo Ministro César Peluso, na análise da proposta da súmula vinculante nº 14. **Dje**, 9 fev. 2009, grifo nosso.

[6] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.354-8/Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. **Dje**, 24 set. 2004.

[7] BRANDÃO, Priscila Carlos. **SNI & ABIN**: uma leitura da atuação dos serviços secretos brasileiros ao longo do século XX. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2002. p. 23.

3.14. Diligências a serem requeridas por ocasião do oferecimento da denúncia

Quando se tiver em mãos o inquérito policial para análise e oferecimento da denúncia, é importante se verificar o que foi apreendido com o investigado; caso as diligências mencionadas no capítulo “Diligências a serem requeridas pelo promotor de justiça ao tomar ciência da comunicação da prisão em flagrante delito” não tenham sido efetivadas, deverão ser requeridas, desta vez, com base no art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n° 11.343/06.

Como alertado alhures, o argumento utilizado por alguns magistrados para negar o requerimento ministerial toma por base a análise equivocada do art. 156 do CPP. Parte-se do pressuposto de que a produção de tal prova seria um ônus do Ministério Público. Esse entendimento baseia-se no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio acusatório, razão pela qual se trazem a lume os comentários sobre tal sistema encetados pelo professor Renato Brasileiro:

> “Historicamente, o processo acusatório tem como suas características a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. Logo, a regra era que o acusado permanecesse solto durante o processo. Não obstante, em várias fases do Direito Romano, o sistema acusatório foi escrito e sigiloso.
> Quanto à iniciativa probatória, o juiz não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.
> No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. [...]”[1)].

Insta ressaltar que outros magistrados passaram a alicerçar os fundamentos de suas decisões denegatórias nos dispositivos da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando no âmbito do Ministério Público o controle externo da atividade policial. Alegam aqueles que o art. 2º, incisos V e VI, da citada resolução tem por escopo a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou abusos de poder relacionados à atividade de investigação criminal e à superação das falhas na produção probatória, inclusive técnicas para fins de investigação criminal. Neste diapasão, como a resolução garante ao órgão ministerial o acesso a quaisquer dos documentos relativos à atividade-fim policial (art. 5º, inciso II, da Resolução nº 20 do CNMP) e determina aos órgãos ministeriais fiscalizar o cumprimento das requisições feitas pelo próprio Ministério Público e pelo Poder Judiciário (art. 4º, inciso IV, da Resolução nº 20 do CNMP), possibilitando inclusive a instauração de procedimento administrativo decorrente de seu descumprimento (art. 4º, § 2º, inciso II, da Resolução nº 20 do CNMP), o próprio órgão acusatório deve trazer por *moto proprio* as provas que pretende produzir.

Essas decisões ferem de morte não só o dispositivo insculpido no art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei .° 11.343/06 como também, ao contrário de garantir paridade de armas às partes, dá ao Ministério Público, no curso da ação penal, a possibilidade de manter contato direto com os órgãos investigadores e se utilizar de tal aparelho estatal na produção de prova, sem que ocorra o controle prévio da produção da prova na ação penal pelo magistrado e, por consequência, sem que a defesa tenha conhecimento de que estas estão sendo produzidas à sua revelia, num momento em que vige o princípio do contraditório e a necessária comunicação das provas. Nesse sentido a jurisprudência pátria:

> “CORREIÇÃO PARCIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. JUNTADA DE FOLHA DE ANTECEDENTES. PRERROGATIVA REQUISITÓRIA. AÇÃO PENAL. PARIDADE ENTRE AS PARTES. REQUISIÇÃO PELO JUÍZO. CORREIÇÃO PROVIDA. 1. A constituição, em seu art. 129, incs. I e VIII, dispondo sobre as funções institucionais do ministério público, como não poderia deixar de ser, conferiu-lhe a possibilidade de requisitar diligências investigatórias para que exerça, de modo amplo e eficiente, sua função institucional, notadamente, de

> modo privativo, a ação penal pública. Todavia, tal prerrogativa deve ser vista com reservas durante o curso da ação penal, sob pena de violar a isonomia. 2. É ilógico conferir maiores prerrogativas a uma das partes no processo penal a despeito de uma delas. Ministério público. Ser imparcial (conforme doutrinariamente apontado) em detrimento da outra (que se defende). Frise-se, ainda, nos termos do artigo 251 do CPP, 'ao juiz incumbirá a regularidade do processo e manter ordem no curso dos respectivos autos', de onde se extrai que eventual falha no curso da ação penal, principalmente no que se refere a documento que, a priori, possibilitaria a concessão de algum benefício ao acusado previsto na legislação processual ou penal, deve ser por ele suprida ou sanada, na qualidade de condutor do processo. 3. Independente do poder requisitório conferido aos membros do ministério público para agirem extrajudicialmente na esfera criminal, o magistrado deve avaliar e atender aos requerimentos efetivados pelo parquet no curso da persecução penal. 4. Correição provida”[2].

Em razão do exposto, sustentamos a necessidade de se requererem as supracitadas diligências na cota da denúncia e, em caso de indeferimento pelo magistrado, se não houver outra forma de obter a informação necessária, que seja ajuizada a correição parcial.

---

[1] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 5.

[2] RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Processo nº 0010683-30.2011.8.22.0000. Relatora: Desª. Marialva Henriques Daldegan. Rondônia, 30 de novembro de 2011. **DJERO**, 07 dez. 2011, p. 77.

3.15. Procedimentos na ações penais ajuizadas nas Varas de Tóxicos em face das mudanças ocorridas no Código de Processo Penal

Sobreleva notar que a Lei nº 11.719/2008, que introduziu significativas mudanças no Código de Processo Penal, notadamente quanto à fase instrutória, não interferiu no procedimento adotado pela lei antitóxicos (Lei nº 11.343/2006). Isto porque o art. 48 da Lei n.º 11.343/06 estabelece:

> "O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal".

Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, cabendo ressaltar que o art. 57 da Lei nº 11.343/06 estabeleceu a ordem que deve ser seguida para as oitivas na audiência de instrução, deixando claro que a inquirição das testemunhas somente será realizada após o interrogatório do acusado, tanto que assim dispõe o supracitado dispositivo legal:

> "Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez) minutos, a critério do Juiz".

Nota-se que o art. 400 do CPP estabelece outra ordem para as oitivas, chegando a determinar expressamente que tal procedimento seja observado pelo magistrado, como se vê na redação do supracitado dispositivo legal:

> "Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, *nesta ordem*, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado".

Evidencia-se que a Lei nº 11.719/2008 estabelece o marco de 60 (sessenta) dias como prazo máximo para a audiência de instrução, o que não ocorre com o rito da Lei nº 11.343/06, que prevê prazo diverso em seu art. 56, § 2º, o qual pode se estender por até 90 (noventa) dias em razão da necessidade de se atestar a dependência de drogas.

Ademais, existem peculiaridades previstas na lei antitóxicos, tais como a possibilidade de ajuizamento da ação penal mesmo pendentes diligências a serem cumpridas pela polícia judiciária, conforme prevê o art. 52, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n} 11.343/06.

A análise dos dois ritos demonstra que o legislador da lei antitóxicos preferiu seguir caminho diverso do rito adotado pela Lei nº 11.719/2008, razão pela qual, dadas as singularidades da Lei nº 11.343/06, deve-se observar o princípio da especialidade, mormente se não se olvidar que o princípio da especialidade é prevalente à sucessão legislativa, visto que, como é cediço, lei posterior geral, ainda que mais benéfica, não revoga lei anterior especial.

Nesse sentido, decisão do TJMG:

> "EMENTA: PENAL - INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS - NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA UNA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRECLUSÃO - INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS - ART. 57 DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE - PRELIMINARES REJEITADAS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - DELITO PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06 - AUSÊNCIA DO CARÁTER ESTÁVEL DA ASSOCIAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - CONCESSÃO DA DIMINUIÇÃO PREVISTA NO

> ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/06 - POSSIBILIDADE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. - *Na dicção do artigo* 563, do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa.- Sendo o delito de tráfico de entorpecentes regulamentado pela Lei nº 11.343/06, dada a sua especialidade, não teve seu procedimento alterado pelo exposto na Lei nº 11.719/08 que modificou o artigo 400 do Código de Processo Penal. - Se as provas são seguras, dando como certa e inquestionável a autoria e materialidade do crime de tráfico, a hipótese torna o pleito de absolvição inviável. Deve-se afastar a condenação do tipo penal previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, quando não restar comprovado que os apelantes mantinham estabilidade do vínculo. . Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes e não havendo comprovação de que o mesmo se dedique a atividades criminosas ou integre a organização criminosa, deve operar em seu favor a minorante prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da novel Lei Antidrogas"[1].

> "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE DO PROCESSO - APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP AOS DELITOS DA LEI DE TÓXICOS - IMPOSSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA -TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - ARCABOUÇO PROBATÓRIO - SEMI-IMUTABILIDADE NÃO COMPROVADA - REDUÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. I - Tendo *em vista que o crime de tráfico possui legislação própria e procedimento específico, previsto no art.* 57 da Lei nº 11.343/06, não se aplica a ele o disposto no art. 400 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008. II - Restando devidamente comprovadas a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas em desfavor dos réus, ainda que haja peremptória negativa de autoria, é de se manter a sentença condenatória recorrida. III - Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos na prisão dos réus, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos para embasar a condenação. IV- A delação do co-réu feita na fase extrajudicial, somada à prova testemunhal, constitui conjunto probatório seguro para legitimar o édito condenatório em desfavor dos apelantes. V - A semi-imputabilidade decorrente de dependência toxicológica é excepcional e depende de prova técnica, considerando que o agente viciado, na grande maioria dos casos, conhece o caráter ilícito do fato praticado, podendo se comportar de acordo com esse entendimento. VI - Se as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, favoráveis, merece redução a pena cominada. VII - Se o juiz não fundamenta por que reduziu as penas somente pela metade em razão da causa de diminuição de pena, impõe-se reduzi-las pela fração máxima de 2/3 (dois terços). VIII - Tendo o réu afirmado que não tem condições de arcar com o pagamento das despesas processuais, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, ainda que tenha sido representado por advogado constituído, faz ele jus à isenção das custas processuais. V.V.P. APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - QUANTUM DE REDUÇÃO DA PENA - FUNDAMENTAÇÃO - NÃO OBRIGATORIEDADE - ISENÇÃO DE CUSTAS - IMPOSSIBILIDADE - DEFESA PATROCINADA POR ADVOGADO CONSTITUÍDO - NÃO COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, DE FORMA MENOS AMPLA. - 1. Ao exame da norma contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, extrai-se que, o juiz poderá reduzir a pena, não havendo, no meu entendimento, a obrigatoriedade de fazer a redução, tão pouco de fundamentar seu quantum. - 2. Tendo o primeiro apelante sido acompanhado por advogado ao longo de todo o processo, não logrando, ainda, comprovar sua insuficiência de recursos, é de rigor o indeferimento do pedido de isenção das custas, não bastando a mera alegação de que não possui condições de arcar com as despesas processuais"[2].

> "PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INSTRUÇÃO - OITIVA – INVERSÃO DA ORDEM - NULIDADE - INOCORRÊNCIA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADA - CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.- *O delito de tráfico de entorpecentes é regulamentado pela Lei 11.343/06 que, dada sua especialidade, não teve seu procedimento alterado pelo exposto na Lei 11.719/2008, que modificou o art. 400 Código de Processo Penal, estipulando o interrogatório do réu como o último ato da instrução, precedendo-se à sua oitiva somente após a inquirição das testemunhas.* [...]"[3].

No mesmo sentido:

> "*HABEAS CORPUS* - TRÁFICO DE DROGAS - 'COCAÍNA' - AFIRMAÇÃO DE QUE A DECISÃO IMPUGNADA NÃO ESTARIA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - NÃO ACOLHIMENTO - QUANTIDADE DE DROGA (2 KG DE COCAÍNA) E CARÁTER HEDIONDO DO CRIME - INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006 - VEDAÇÃO EXPRESSA DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - CONSTITUCIONALIDADE PREVISTA NO INCISO XLII, CF, QUE AUTORIZOU O *TRATAMENTO DIFERENCIADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - ADVENTO DA LEI* 11.464/2007 QUE NÃO REVOGOU A LEI 11.343 /2006 - PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL - APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE COCAÍNA (2 KG) - DROGA QUE, SABIDAMENTE POSSUI MAIOR POTENCIAL LESIVO - ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA"[4].

> "Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Agente surpreendido em poder de duzentas porções de cocaína. Preliminar. Alegada inversão da ordem do interrogatório. Nulidade. Inocorrência. A ordem dos atos processuais na audiência de instrução e julgamento, prevista no art. 400 do CPP, não incide sobre os crimes previstos na Lei de Tóxicos, que contém norma específica sobre a colheita da prova oral. Aplicação do princípio da especialidade. Inteligência dos arts. 394, § 2, do CPP e art. 57 da Lei de Tóxicos. Mérito. Materialidade e autoria induvidosas. Alegação de posse para uso próprio infirmada pelos depoimentos dos policiais e por comprometedora prova técnica. Prova segura. Condenação mantida. Redução da pena. Fundamentos usados para a exasperação da base confundem-se com as elementares do crime. Base reconduzida ao mínimo. Correto o abatimento mínimo pelo redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos. Regime prisional adequado. Descabida a substituição da carcerária por restritivas de direitos ? Pedido deferido em parte para ligeira redução da pena, mantida no mais a decisão revidenda"[5].

> "APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI ESPECIAL. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA MESMA LEI. DESCABIMENTO. FRAGILIDADE DA VERSÃO DEFENSIVA. PERTINÊNCIA DA ACUSAÇÃO. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
> I - Nos crimes abrangidos pela Lei nº 11.343/06, a realização do interrogatório no início da instrução processual não caracteriza ofensa ao art. 400 do CPP, posto que prevalece o rito previsto na lei especial (princípio da especialidade). Aplica-se, portanto, a regra do art. 57 da Nova Lei de Tóxicos, a qual enumera o interrogatório como o primeiro ato processual a ser realizado na audiência de instrução e julgamento. Precedentes. Preliminar de nulidade do feito por ofensa ao devido processo legal rejeitada à unanimidade.
> II - Mérito. Descabida a desclassificação almejada pelo *parquet*, diante da fragilidade da versão defensiva e da pertinência da acusação.
> III - Apelo improvido. Decisão unânime.
>
> Acordão
>
> À UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITOU-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUÍDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NO MÉRITO, TAMBÉM À UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO-SE, NA ÍNTEGRA, A SENTENÇA ATACADA"[6].

Insta ressaltar, conforme dito alhures, que, quando o delito de tráfico de drogas for perpetrado, em concurso, com os delitos descritos na lei sobre o crime organizado (Lei nº 12.850/2013), por força do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 12.850/2013, deverá ser observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal.

---

[1] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0693.08.074629-2/001. Relator: Des. Pedro Vergara. Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 3 fev. 2010, grifo nosso.
[2] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0701.08.230159-2/001. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2010. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 3 fev. 2010, grifo nosso.
[3] MINAS GERAIS. Triunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n° 1.0701.08.228911-0/001. Relator: Des.

Eli Lucas de Mendonça. Belo Horizonte, 4 de março de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 mar. 2009, grifo nosso.
[4] PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Processo nº 8581957 PR 858195-7. Relator: Des. Tito Campos de Paula. Curitiba, 19 de janeiro de 2012. Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal, grifo nosso.
[5] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Revisão Criminal nº 2584232320108260000 SP 0258423-23.2010.8.26.0000. Relator: Des. Péricles Piza. São Paulo, 17 de setembro de 2012. - Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Criminal. São Paulo, **DJe**, 20 set. 2012.
[6] PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 1063115220098170001 PE 0106311-52.2009.8.17.0001. Relator: Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. Recife, 21 de agosto de 2012. Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal.

3.16. O testemunho nos processos de tráfico de drogas

O delito de tráfico de drogas por ser perpetrado de forma clandestina, ou seja, longe dos olhares da população de uma forma geral e com o máximo de discrição. Assim, torna-se quase impossível a uma pessoa do povo assistir a sua prática. Além disso, quando ocorre em aglomerados, as pessoas que ali residem não querem tomar partido, pois testemunhar contra um traficante de drogas, na maioria das vezes, redunda em retaliação por parte de tais criminosos, que são capazes de matar só para mostrar o seu poderio na localidade.

Por sua vez, quando o tráfico de drogas é cometido no interior de uma boate, a maioria das pessoas próximas ao traficante de droga ou são consumidores deste ou estão no local para se divertir ou a trabalho; qualquer uma destas condições é um obstáculo para a polícia conseguir arrolá-las como testemunhas. Quem trabalha teme porque é facilmente localizável, já quem ali está a passeio não tem interesse em largar seu lazer para se envolver numa questão que só lhe trará dissabores. A dificuldade é tanta para se conseguir o apoio popular para combater tal prática ilícita que o estado se viu forçado a criar os denominados disque-denúncias, que garantem o anonimato de toda pessoa que quiser delatar tal prática criminosa, sem incorrer em risco para sua própria vida. O jornal *Estado de Minas*, em uma reportagem de 09 de julho de 2008, salientou a importância de tal iniciativa governamental, divulgando que apenas nos 06 (seis) primeiros meses de 2008 o disque-denúncia unificado (181) recebeu 13.334 denúncias de tráfico de drogas. O empenho da população em ajudar a combater a violência na região metropolitana de Belo Horizonte logo rendeu os primeiros resultados, já que o balanço do serviço disque-denúncia unificado (181) mostrou que, nos seis primeiros meses do ano de 2008, as informações passadas por moradores levaram à prisão de 1.133 pessoas, além da apreensão de 1.546 quilos de drogas, 282 armas de fogo e 12 mil munições.

A validade das denúncias anônimas para encetar diligências policias está garantida pela jurisprudência pátria:

> “APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - PARECER MINISTERIAL DE CÚPULA - INCONSTITUCIONALIDADE - REJEIÇÃO - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA FUNCIONANDO COMO CUSTOS LEGIS - *TRÁFICO DE DROGAS* - *DENÚNCIA ANÔNIMA* - INVESTIGAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA MILITAR - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - DELAÇÃO DO COMPRADOR DA DROGA - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - *VALIDADE* PROBATÓRIA - MAJORANTE - ENVOLVIMENTO DE MENOR - DECOTE - IMPOSSIBILIDADE - CUSTAS - ISENÇÃO - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.
> A manifestação, em Segunda Instância, da Procuradoria-Geral de Justiça não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o seu representante atua como fiscal da lei e não como parte.
> - *A denúncia anônima não fere a norma Constitucional que veda o anonimato, pois, no presente caso, visa proteger a sociedade da prática de crimes e, havendo dois direitos protegidos constitucionalmente, sobrepõe-se o interesse coletivo sobre o individual.*
> - Não é nula a atividade da Polícia Militar que, visando apurar *denúncia anônima*, chega à autoria delitiva, agindo no momento da ocorrência do crime.
> - A delação do menor que comprou a *droga* do acusado e o depoimento de policial, que narra o envolvimento do réu com o *tráfico de drogas*, são suficientes para se manter a condenação pelo crime do art. 33, da Lei 11.343/06.
> - Restando comprovado o envolvimento do menor na prática do crime de *tráfico de drogas*, o aumento de pena deve ser mantido.- A isenção do pagamento das custas deve ser examinada pelo Juízo da Execução Penal”[1)].

> “APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DENÚNCIA ANÔNIMA. CONSTITUCIONALIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - VALIDADE - AUTORIA COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA NO MÍNIMO - SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA - VEDAÇÃO LEGAL. - O dispositivo constitucional que veda o anonimato não se aplica à hipótese de denúncia anônima, essencial à apuração de delitos graves como o tráfico de drogas, corriqueiramente praticado na clandestinidade. [...]”[2)].

Assim, constata-se que as pessoas têm medo de se envolver diretamente nessas ocorrências policiais, e tal realidade é reconhecida pelos Tribunais de Justiça de todo o Brasil. Nesse sentido o escólio pretoriano:

> "TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA – TESTEMUNHAS NÃO INTEGRANTES DA EQUIPE POLICIAL – *DIFICULDADE DE RECRUTÁ-LA FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS HOSTIS DO NARCOTRÁFICO* – CREDIBILIDADE AO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS ATUANTES NA OCORRÊNCIA – *Por demais notório e a ninguém é dado ignorar, que onde grassa o submundo do narcotráfico, dificilmente se encontrará alguém insuspeito e disposto a incriminar com seu testemunho traficantes ou usuários. Impera no ambiente a lei do silêncio, via de regra todos a assumirem a clássica postura dos três macaquinhos: não vi, não ouvi, não falei*"[3].

> "TRÁFICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - DISPENSABILIDADE DE PROVA DE ATOS DE COMÉRCIO - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA DIVIDIDA E PREPARADA PARA A DISTRIBUIÇÃO - *DENÚNCIA ANÔNIMA - DEMAIS INDÍCIOS*. É inquestionável a existência do tráfico, se o réu é flagrado atirando para longe sacola contando onze invólucros contendo maconha, devidamente preparadas para a distribuição, *sendo válido o depoimento dos policiais conforme interativas decisões do Supremo Tribunal Federal, mormente porque a prova da mercancia não se faz apenas de maneira direta, mas, também, por indícios que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção, a exemplo de denúncia anônima*, incompatibilidade da condição financeira com a aquisição da droga, da existência de denúncia anônima e da razoável quantidade de droga apreendida em poder do réu em plena via pública. Recurso não provido"[4].

Nesse mesmo sentido, é o voto prolatado com muita propriedade pelo ilustre desembargador do TJMG, Alexandre Victor de Carvalho:

> "A defesa questiona o fato de testemunhas civis, moradores da região, não terem sido arroladas. É notório que aqueles que vivem em regiões em que prevalece o tráfico de drogas sentem-se, e efetivamente são, atormentados pela atividade ilícita e seus agentes. Não se espera, para a condenação de réus pelo delito em apreço, que moradores do local venham em juízo afirmar que conhecem a condição de traficante e que presenciam a circulação de drogas atribuídas a um ou outro"[5].

O desafio aqui consiste em descobrir como resolver tal questão. Deve-se questionar se seria correto deixar impune os traficantes de droga em razão da denominada "Lei do Silêncio" que foi criada pelos próprios malfeitores. A jurisprudência pátria, ao reconhecer tal situação, conforme mostrado alhures, passou a basear suas decisões nas principais testemunhas dos fatos, sendo, talvez, estas as únicas que ainda não se curvaram às ameaças do crime organizado, no caso, os policiais que atuaram na abordagem e na prisão deses criminosos. Nota-se que tais testemunhas compareceram no local preocupadas em notar detalhes, já que foram treinadas para coibir uma prática criminosa cuja principal característica é a maneira discreta como é perpetrada. A respeito da importância do depoimento dos policiais assim tem se manifestado a jurisprudência pátria:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - *TRÁFICO DE DROGAS* - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL DA DROGA EVIDENCIADA - *VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS* - CONDENAÇÃO MANTIDA - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - VIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO - REGIME FECHADO - EXPRESSA IMPOSIÇÃO NORMATIVA. 01. Se o conjunto probatório dos autos se mostra irrefutável quanto à destinação comercial da *droga* apreendida com o agente, máxime em razão da enorme quantidade de *droga* e demais provas circunstanciais, impossível acolher o pleito desclassificatório. 02. Se o réu preenche os requisitos para a concessão da benesse contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, necessária a redução de sua pena. 03. Incabível a concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos para o delito de *tráfico* de *drogas*, pois ausente o requisito objetivo de que trata o art. 44 do Código Penal. 4. Para o crime de *tráfico* de *drogas*, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, modificada pela Lei 11.464/2007"[6].

> "TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE PROVA TESTEMUNHAL - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - CORROBORAÇÃO POR DELAÇÕES DE USUÁRIAS - INDÍCIOS VEEMENTES - DENÚNCIAS ANÔNIMAS. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, principalmente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser

> considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação do réu, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram, mormente se suas palavras encontram respaldo nas delações de usuárias e demais provas colhidas nos autos - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - AGENTE PRESO EM FLAGRANTE COM 10 (DEZ) PEDRAS DE CRACK e 06 (SEIS) BUCHAS DE MACONHA - DELITO CARACTERIZADO. Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/2006, quando o volume de droga é incompatível com a destinação declinada e os elementos indiciários coligidos com as provas existentes não sustentam o uso próprio, mormente quando haja notícia de que o réu estaria se dedicando à atividade de tráfico e já foi condenado pelo mesmo ilícito. Recurso não provido”[7].

Lado outro, é normal que os depoimentos dos milicianos apresentem pequenas divergências, haja vista o decurso do tempo e a quantidade de abordagens semelhantes por estes realizadas. Assim, tal fato é aceitável, principalmente porque não chega a afetar a essência dos depoimentos. Nesse sentido:

> “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS MILITARES. PEQUENAS DIVERGÊNCIAS E IMPRECISÕES. ESSÊNCIA DAS DECLARAÇÕES NÃO AFETADA. CREDIBILIDADE INQUESTIONÁVEL.
> - Comprovadas materialidade e autoria do delito de tráfico ilícito de drogas, impõe-se a manutenção do édito condenatório.
> - Os *depoimentos* de *policiais* militares, atestando o vínculo do acusado com os entorpecentes apreendidos, ainda que apresentem *pequenas divergências* e imprecisões, perfeitamente toleráveis em razão do decurso do tempo entre os fatos e a produção da prova, bem como da quantidade de diligências semelhantes realizadas pelos milicianos, desde que não afetem a essência das declarações, merecem total credibilidade”[8].

O mesmo raciocínio é válido no caso de depoimentos de agentes penitenciários quando o tráfico de drogas é perpetrado no interior de grandes complexos carcerários, e nessas situações existe mais uma circunstância que impede os demais detentos de deporem contra tais criminosos, o fato de grandes organizações criminosas, apesar do forte combate estatal, dominarem esses ambientes. O delator de um “companheiro” certamente será um homem morto, não adiantando nenhuma promessa por parte da autoridade constituída, até porque a figura da autoridade não goza de simpatia por parte daqueles que estão encarcerados. A respeito da importância do depoimento dos agentes penitenciários, assim tem se manifestado a jurisprudência pátria:

> “TÓXICO - TRÁFICO - NULIDADE DO PROCESSO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DEPOIMENTO DE AGENTE PENITENCIÁRIO - VALIDADE.
> 1. É de se rejeitar o pedido de nulidade do processo quando a defesa não demonstra qual ou quais o (s) prejuízo (s) que lhe advieram pela não oitiva de testemunha referidas, já que o Código de Processo Penal, ao tratar do tema acolheu o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.
> 2. Restando comprovadas a materialidade e a autoria, mostra-se descabida a pretensão absolutória ou desclassificatória, não obstante tenha o réu alegado ser usuário de drogas, a evidência dos autos converge para entendimento contrário, já que além de ser surpreendido na posse da substância tóxica, acondicionada em porções distintas, não logrou demonstrar que a mesma era para seu exclusivo consumo.
> 3. *O depoimento de agentes penitenciários que efetuaram a busca no agente tem a mesma credibilidade de outros testemunhos e, para destituir o seu valor probante, é necessário demonstrar que os mesmos têm algum interesse na causa, ou outro motivo sério e concreto que os torne suspeitos.*
> 4. Recurso desprovido”[9].

> “[...] AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. 1- *Ao testemunho de agentes policiais ou penitenciários deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento*

> *do dever.* 2- A Lei 11.343/2006 reduziu à fração de 1/6 o aumento mínimo e à de 2/3 o aumento máximo de pena pela circunstância de haver a infração sido cometida nas dependências de estabelecimento prisional (art. 40 da Lei Antitóxico). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores. PENA - REINCIDÊNCIA - SUA CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E TAMBÉM COMO AGRAVANTE - MANIFESTO ""BIS IN IDEM"" - OPORTUNIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PENA, E NÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. -A consideração da reincidência como maus antecedentes na fixação da pena-base e sua nova consideração, a seguir, como circunstância agravante, implicam evidente ""bis in idem"", apenando duplamente o réu, porque o reincidente, pelo simples fato de sê-lo, já é, por óbvio, portador de maus antecedentes. Todavia, não se decreta a nulidade da sentença em decorrência desse ""bis in idem"", bastando, para evitá-lo, proceda-se à adequação da pena, reduzindo-a na devida proporção. REGIME PRISIONAL - TRÁFICO - IMPOSIÇÃO DO INTEGRALMENTE FECHADO - ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº. 8.072/90 - SUA ALTERAÇÃO PELA LEI Nº. 11.464/07. 1. Com o advento da Lei nº. 11.464/2007 que alterou o art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90, no que pertine ao regime prisional, se condenado o réu pela prática de crime tido à conta de hediondo ou por infração penal a ele equiparada, passa o regime de cumprimento da respectiva pena a ser o inicialmente fechado. 2. De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores (""lex mitior"")"[10].

> "TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PROVA. TESTEMUNHO DO AGENTE PENITENCIÁRIO. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> Como reiteradamente tem-se decidido, o depoimento do policial, ou agente penitenciário, como é o caso, é válido e eficiente para estear veredicto condenatório. Afinal, em tese, tratam-se de pessoas idôneas, cujas declarações retratam a verdade. Não há porque, antecipadamente, vedá-las, pois as hipóteses de impedimento ou suspeição estão elencadas na lei processual de forma taxativa. Cumpre a Defesa provar com segurança que tais depoimentos são viciados e fruto de sentimento escuso para prejudicar o réu. Isto não aconteceu no caso em julgamento. As palavras dos agentes penitenciários não deixaram dúvidas sobre a posse do entorpecente com a pessoa da recorrente e que ele era destinado à sua filha que estava presa no local"[11].

Não se pode olvidar, ainda, que é muito comum policiais civis comparecerem nos grandes aglomerados para ouvirem populares e vizinhos para apurarem o envolvimento de um investigado com o tráfico de drogas. Tais oitivas são feitas de maneira informal e com bastante discrição, e as pessoas só falam sobre o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas se lhes for garantido o anonimato. O argumento legal para o policial civil manter tais pessoas no anonimato é o art. 5º, inciso XIV, da Constituição de República *(É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional)*. Os depoimentos destes policiais civis que compareceram no aglomerado e tiveram a oportunidade de ouvir diversos moradores que confirmaram a eles o envolvimento dos investigados com o tráfico de drogas servem de supedâneo para a condenação quando encontra respaldo nos demais elementos de prova carreados aos autos. Nesse sentido, ao proferir seu voto na Apelação Criminal n° 1.0024.07.589890-8/001, o desembargador Ediwal José de Morais enfatizou a importância das diligências levadas a efeito pelos policiais civis, em especial a realização do estudo da vida pregressa dos acusados, averiguando o envolvimento destes com a traficância. Veja-se ainda jurisprudências de tribunal federal:

> "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. **TRÁFICO** DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. JUNÇÃO DE CÓPIA DO ACÓRDÃO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO PEDIDO. PRISÃO PREVENTIVA. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SENTENÇA QUE MANTÉM A PRISÃO SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS DA PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
> Sobrevindo cópia do acórdão que julgou o habeas corpus interposto junto ao Tribunal a quo, em relação ao qual existia inicialmente apenas a negativa de liminar pelo Desembargador, desde que haja condições, o pedido pode ser conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.
> É lícito ao Juiz, na sentença que condena, manter a prisão do agente com base nos fundamentos da decisão que determinou a preventiva.

> *A periculosidade do agente baseada em sua vida pregressa voltada para o crime, noticiando sua má conduta social, constitui motivo para resguardar a ordem pública, ante a possibilidade concreta da reiteração criminosa.*
> Não constitui ilegalidade negar ao réu o direito de recorrer em liberdade se ele permaneceu preso no curso da instrução e, com o advento da sentença, nenhuma causa nova surgiu em seu favor. Ordem denegada"[12].

> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO E *TRÁFICO* ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO COM QUASE DUAS TONELADAS DE MACONHA E QUE OSTENTA PERSONALIDADE DELITIVA, CONSUBSTANCIADA EM *CONDENAÇÕES* CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO E FUGAS DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS PRESOS EM COMARCAS DIVERSAS DO DISTRITO DA CULPA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS.
> *A prisão preventiva do paciente restou satisfatoriamente motivada na garantia da ordem pública, pois retrata, com elemento concreto, a necessidade da segregação do réu, porquanto, de sua vida pregressa*, denota-se sua periculosidade e personalidade voltada para a prática de crimes.
> À luz do princípio da razoabilidade, a dilação instrutória deve-se à complexidade do feito criminal, tendo em vista a pluralidade de réus - todos presos em comarcas distintas do distrito da culpa -, o que, em razão da exigência de expedição de cartas precatórias, demanda a necessidade de alargamento dos prazos para cumprimento das diligências intimatórias.
> Precedentes do STJ. Recurso desprovido"[13]

Por fim, outro fator que não pode ser deixado de lado é a atuação de policiais militares à paisana, cujo único objetivo é descobrir onde está se desenvolvendo a prática do tráfico de drogas, a fim de orientar o policiamento ostensivo em sua atuação. Tal atuação não se confunde com investigação, já que é prévia e apenas permite a identificação dos criminosos, possibilitando as suas prisões. Tal atuação está dentro da normal atuação da Polícia Militar.

Neste momento, torna-se necessário fazer uma breve digressão com o escopo de esclarecer que a atividade desenvolvida por policiais militares em serviço velado faz parte das atribuições conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil às Polícias Militares Estaduais. O art. 144, § 5º, da Constituição Federal, ao tratar das Policiais Militares, assim estabeleceu:

> "Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública [...]".

Nota-se que a expressão "polícia ostensiva" está separada da expressão "preservação da ordem pública". O constituinte ao agir desta forma teve a intenção de diferenciar as duas expressões, não exigindo da Polícia Militar que, para exercer a sua atividade fim, seus policiais militares estivessem todo o tempo fardados, ou seja, atuando de forma ostensiva. Isto porque para bem exercer a atividade de preservação da ordem pública, que veio a substituir a expressão manutenção da ordem pública, na semântica constitucional anterior, ampliando o escopo delineado constitucionalmente para as polícias militares, torna-se necessário a atuação de policiais militares à paisana, cujo único objetivo é descobrir onde está se desenvolvendo a prática de crimes, no presente caso, do delito de tráfico de drogas, a fim de orientar o policiamento ostensivo em sua atuação. A esse respeito, as sábias palavras do Desembargador do Estado de São Paulo Álvaro Lazzarini:

> "De outro lado e ainda na exemplificação, às Polícias Militares, instituídas para o exercício da polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art.144, 5°), compete todo o universo policial, que não seja atribuição constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no mesmo art.144 da Constituição da República vigente.
> No tocante à preservação da ordem pública, com efeito, às Polícias Militares não só cabe o exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.
> A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública, engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e

> outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é a atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4ª Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade"[14)]

Nesse mesmo sentido, encontra-se o posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> "TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - POLICIAMENTO VELADO - ATOS DE MERCANCIA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, CORROBORADOS POR OUTROS VEEMENTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO. *Inquestionável a configuração do delito de tráfico se o agente, em atitudes suspeitas, é flagrado por policiais do policiamento velado vendendo* '*crack*' *e recebendo dinheiro trocado em local conhecido como ponto de tráfico, após denúncias anônimas que o apontaram como a pessoa que estaria a traficar no local, sendo torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional, de modo que não demonstrado interesse direto na condenação do réu, têm o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram*"[15)].

Dessa forma, no tocante à validade do policiamento velado, não se pode olvidar que é de notório conhecimento a legalidade da atuação policial no combate à criminalidade e na preservação da ordem pública, consoante se extrai do art. 144, § 5º, da CF/88. Utilizando o mesmo raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o novo delineamento dado à polícia militar pela Constituição Federal, entendeu que está de acordo com as atribuições de tal órgão requerer mandados de busca domiciliar no interesse da preservação da ordem pública. Neste sentido:

> "BUSCA E APREENSÃO – TRÁFICO DE DROGAS – ORDEM JUDICIAL – CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a polícia militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizadas. [...]"[16)].

> "EMENTA: 1. [...] 2. AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Inteligência do Art. 144, §§4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar"[17)].

Ademais, o mandado de busca domiciliar não exige, para sua instrumentalização, a existência de um inquérito policial ou processo (peço vênia àqueles que defendem tal exigência), isto porque a natureza jurídica do procedimento de busca e apreensão depende do fim a que se propõe. Em regra, o trâmite de busca e apreensão tem natureza cautelar nos casos em que visa preservar elementos probatórios ou assegurar a reparação do dano proveniente do crime. No entanto, quando a diligência de busca e apreensão for de pessoa, ou seja, objetivar prender uma pessoa condenada (que teve contra si um processo criminal com trânsito em julgado), estará visando o cumprimento da pena imposta pelo judiciário; nesse caso, não se trata, portanto, de medida cautelar, pois visa assegurar o cumprimento da sanção em caráter definitivo. A esse respeito, o brilhante ensinamento de Marcellus Polastri Lima:

> "Porém, a natureza cautelar da busca e apreensão, como identificada supra, somente em regra pode ser afirmada, eis que dependerá tal característica da finalidade da medida.
> É que, consoante bem identifica Garcez Ramos, é impossível determinar-se, de forma excludente, uma

> única natureza para a busca e apreensão. De acordo com cada uma das finalidades acima mencionadas, a busca e apreensão tem uma natureza jurídica própria'.
> Assim, se a busca e apreensão for de pessoa, com fim, vg, de efetivar sua prisão, inexistirá autonomia da medida, pois será meio para a efetivação da prisão, tratando-se de medida inerente à própria captura. Se a captura é para efetivação de prisão cautelar, obviamente a busca e apreensão, também será cautelar, mas em razão da cautelaridade daquela outra medida, mas, se ao contrário, o fim da captura da pessoa for de prisão definitiva (prisão-pena), inexistirá a natureza cautelar. O mesmo raciocínio vale para a busca e apreensão como meio de assegurar outra medida cautelar patrimonial, como o seqüestro e o arresto"[18].

Em seguida, o renomado processualista Marcellus Polastri Lima diferencia a natureza preventiva do mandado de busca quando encetado anteriormente à instauração de um inquérito policial; para tanto cita Garcez Ramos. Nesse sentido:

> "Não será também cautelar a busca e apreensão para fins de policiamento preventivo, uma vez que, de acordo com Garcez Ramos 'não é cautelar por falta de referibilidade à pretensão condenatória de um determinado processo criminal, a busca e apreensão utilizada como medida de policiamento preventivo. Essa hipótese ocorre, por exemplo, quando a autoridade – policial ou judiciária- vale-se da medida para prender criminosos, para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, para apreender pessoas vítimas de crimes ou, ainda, para apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, *quando qualquer desses objetos ou pessoas não estejam diretamente relacionados com a infração penal que seja objeto da pesquisa da autoridade"*[19].

Por fim, para espraiar dúvidas, esclarece Marcellus Polastri:

> "Diante de todo o exposto, se vê que, em se tratando de atividade instrutória, apesar de o legislador processual penal colocá-la entre os meios de prova, nossa busca a apreensão, em regra, é medida cautelar asseguradora de uma produção de prova, podendo ser realizada *antes ou durante o inquérito policial* e mesmo durante a instrução criminal, ou até em fase de execução da pena. Assim, pode ser a iniciativa da Autoridade Policial ou do Juiz, *ex officio* ou através de provocação da parte"[20].

Poder-se-ia afirmar, como alguns o fazem, que o policial militar não é autoridade policial e, por isso, não pode representar pela expedição de mandados de busca domiciliar. Com a devida vênia, trata-se de um grande equívoco. Autoridade policial é espécie do gênero autoridade administrativa de que estão investidos os agentes administrativos. O que atribui a qualidade de autoridade policial é a Magna Carta e, no caso da polícia militar, todo miliciano é autoridade policial de preservação da ordem pública. A esse respeito esclarece Álvaro Lazzarini:

> "Daí não poder aceitar-se afirmações de que o policial militar não é autoridade policial. Ao contrário, como exposto, o policial militar é autoridade policial, ou seja, é autoridade administrativa policial, pois como bem esclarece o douto Conselho de Redação da Enciclopédia Saraiva de Direito (a coordenação dessa vasta obra jurídica é do ilustre professor R. Limonge França da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), Autoridade Policial 'indica a pessoa que ocupa cargo e exerce funções policiais como agente de poder Executivo', tendo 'tais agentes o poder de zelar pela ordem e segurança públicas, reprimir atentados à lei, ao direito, aos bons costumes'(cf. Enciclopédia citda volume 9, verbete "Autoridade Policial, p.351)"[21].

No que tange aos crimes militares, ninguém discorda de que os oficiais da polícia militar são autoridade de polícia judiciária militar, podendo exercer com exclusividade (adotando-se a simetria constitucional) as funções de polícia judiciária.

Retornando à questão da busca domiciliar, em razão do exposto, doutrinadores vanguardistas de processo penal defendem a possibilidade de os policiais militares serem executores de mandado de busca. Defende tal posição o brilhante colega e doutrinador Hélvio Simões Vidal:

> "Os *executores* da busca e apreensão pessoal são a polícia judiciária (polícia civil e federal) e a polícia militar. A busca domiciliar é executada pela polícia judiciária, pelos oficiais de justiça e, subsidiariamente, pela polícia militar, já que não há vedação expressa para que seus agentes a executem (nesse sentido; STF, RE n.º 404.593-1, rel. ministro Cezar Peluso; HC 91.418, rel. Min. Marco Aurélio). É comum, inclusive, que os juízes expeçam mandados de busca e apreensão para ser executado pela polícia militar, quando esta tenha realizado levantamento de qualquer crime. Nada impedindo que assim proceda, podem os seus agentes executar a busca e apreensão, informando o resultado ao juiz que a autorizou ou, em caso de flagrante, entregando o conduzido à polícia judiciária para que instaure e prossiga no inquérito policial"[22)].

Nesse diapasão, não se pode olvidar que os depoimentos de policiais militares, quando em harmonia com o bojo probatório contido nos autos, podem e devem ser levados em consideração, visto que prestam compromisso legal de dizerem a verdade e são credores de fé pública. Neste sentido:

> "A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita"[23)].

> "Não se pode presumir, em policiais ouvidos como testemunhas, a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública na modalidade de tráfico de entorpecente, por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição"[24)].

> "A reserva natural em relação aos depoimentos policiais não se reveste de caráter absoluto, posto que as informações deles constantes devem ser analisadas em cada caso concreto, à luz do contexto probatório, certo de que não cuida de impedimento legal"[25)].

Ademais, quando não foi arguida pela defesa, tempestivamente, qualquer suspeição sobre os policiais militares, *com base em provas* que evidenciassem a existência de qualquer interesse por parte destes na causa em questão, verifica-se não existirem motivos concretos para refutar seus depoimentos. Nesse sentido, jurisprudência uníssona do egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo:

> "Não basta que seja funcionário da polícia para se ter repudiado como fonte de prova. Aliás, seria contra-senso credenciar o Estado pessoa para a função repressiva e negar-lhe crédito quando dá conta de suas diligências"[26)].

Do exposto, nota-se a complexidade que envolve a atuação estatal no combate ao tráfico de drogas, devendo o Estado dispor de todos os meios legais que lhe são possíveis para combater tal chaga social; não pode o operador do direito se deixar abater por falsos argumentos de que somente testemunhas do povo poderiam servir de prova num processo, quando é cediço o efeito devastador que o crime organizado está causando na vida de milhares de pessoas que querem colaborar em tal luta, mas sem incorrer em risco para suas próprias vidas.

---

1) MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0625.10.003631-2/001 - 0036312-57.2010.8.13.0625 (1). Relatora: Desª. Denise Pinho da Costa Val. Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 30 nov. 2012, grifo nosso.

2) MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.07.673244-5/001(1). Relator: Des. Eli Lucas de Mendonça. Belo Horizonte, 30 de julho de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 20 ago. 2008.

3) SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 278.033-3. 3ª Câmara Crimininal. Relator: Des. Gonçalves Nogueira. São Paulo, 09 de novembro de 1999 – v.u., grifo nosso.

4) MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.08.979931-6/001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2000. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 16 jan. 2009, grifo nosso.

5) MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.08.996943-0/001(1)

Numeração Única: 9969430-68.2008.8.13.0024. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 jan. 2010.

[6)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0040.11.005265-7/001 - 0052657-73.2011.8.13.0040 (1). Relator: Des. Rubens Gabriel Soares. Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2013. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 15 fev. 2013.

[7)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. nº 1.0079.08.426993-9/001(1). Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 maio 2009

[8)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0145.11.028059-4/001 - 0280594-50.2011.8.13.0145 (1). Relator: Des. Renato Martins Jacob. Belo Horizonte, 18 de outubro de 2012. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 29 out. 2012.

[9)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 107130706920980011 - 1.0713.07.069209-8/001(1). Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 8 de julho de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 14 ago. 2008, grifo nosso.

[10)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0231.05.047572-3/001(1). Relator: Des. Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 1º de novembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 jan. 2008, grifo nosso.

[11)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 70050077072/RS. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Belo Horizonte, 22 de agosto de 2012. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 6 set. 2012.

[12)] STJ- T6 Sexta Turma. HC 94510/SC - 2007/0268427-2. Rel. Ministra Jane Silva. 22/04/2008. (grifo nosso).

[13)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 17777/SP. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. **DJ**, 3 out. 2005, grifo nosso.

[14)] LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 61.

[15)] Apelação Criminal nº 1.0079.07.372040-5/001(1) - 3720405-41.2007.8.13.0079. Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 3 out. 2008, grifo nosso.

[16)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.481. Relator: Min. Marco Aurélio. **DJe**, 23 out. 2008.

[17)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404.593-1. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 18 de agosto de 2009. **DJe**, 22 out. 2009.

[18)] LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 135.

[19)] LIMA, 2005, p. 136, grifo nosso.

[20)] LIMA, 2005, p. 137, grifo nosso.

[21)] LAZZARINI, 1996, p. 272.

[22)] VIDAL, Hélvio Simões. **Curso avançado de Processo Penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 194.

[23)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 70237. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 26 de outubro de 1993. **DJ**, 8 abr. 1994.

[24)] TJSP, RT 614/275.

[25)] TJSP, RT 558/313.

[26)] SÃO PAULO. Tribunal de Alçada de São Paulo. Autoridade Policial. 21.674. Relator: Silva Leme. **JTACrim**. 12:335.

3.17. A importância da confissão extrajudicial e da delação nos processo envolvendo tráfico de drogas

Fato muito comum em processos envolvendo tráfico de drogas diz respeito à confissão do acusado no calor dos acontecimentos, ou seja, no momento de sua abordagem, ou diante da autoridade policial, quando de suas declarações prestadas na primeira fase da persecução penal.
Sempre que isso ocorre, é rotineiro o questionamento quanto à sua validade; contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirma a validade de referida confissão, quando corroborada por demais elementos de provas colacionados aos autos.

> "TRÁFICO - AGENTES PRESOS EM FLAGRANTE, TENDO EM DEPÓSITO, CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE MACONHA, DIVIDIDA EM DOSES UNITÁRIAS, APÓS TEREM SIDO DELATADOS POR DENÚNCIA ANÔNIMA, MOMENTO EM QUE CONFESSARAM A DESTINAÇÃO MERCANTIL DO ENTORPECENTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. *Impossível se falar em absolvição quando os réus são presos em flagrante delito, guardando em sua residência, cerca de noventa e oito gramas de maconha, tendo os mesmos, no momento da apreensão, confessado a destinação mercantil do entorpecente. DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional. Se não demonstrado seu interesse direto na condenação dos réus, têm eles o direito de sustentar a legitimidade do trabalho que realizaram.* DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE. Inadmissível o pedido de desclassificação de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/06, quando o réu confessou o tráfico e a retratação não se sustenta em face dos elementos indiciários e as provas existentes, mormente se o volume de maconha apreendida é considerável e os rendimentos do autor são parcos. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PROVA INDICIÁRIA - PREVALÊNCIA. A associação para o tráfico fica patenteada pelo fato do conhecimento da condição de traficância regular dos réus, que veio à tona após denúncia anônima, mormente se no momento da apreensão se revele mediana organização no processamento e preparo de grande quantidade de drogas a serem comercializadas. ATENUANTE DA MENORIDADE - APLICAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - PENAS-BASE FIXADAS NOS MÍNIMOS LEGAIS PREVISTOS PARA AMBOS OS DELITOS - INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº. 231 DO STJ E 42 DO TJMG - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA PELO ART. 33, § 4º DA NOVA LEI DE TÓXICOS - INAPLICABILIDADE - PARTICIPAÇÃO DOS RÉUS EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quando é constatada a participação dos réus em organização criminosa. Recursos a que se nega provimento. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS"[1)].

> "APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - AUTORIA - CONFISSÃO INFORMAL A POLICIAL MILITAR - APREENSÃO DA RES FURTIVA - PALAVRA DAS VÍTIMAS - CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA DAS PENAS - REINCIDÊNCIA -AGRAVANTE DECOTADA. *Não tem chance absolutória o agente que confessa informalmente a co-autoria criminosa a policiais militares*, com quem é apreendida a res furtiva, sendo reconhecido - sem titubear - por duas vítimas. Juridicamente, não há reincidência quando o trânsito em julgado é posterior à data da infração em debate. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL E ESTENDERAM OS EFEITOS DO JULGADO AO CO-RÉU DORIVAL PEREIRA"[2)].

Impende registrar, também, que a jurisprudência é uníssona em afirmar que a confissão extrajudicial, corroborada pelo conjunto probatório contido nos autos, prevalece sobre a retratação judicial. Nesse sentido:

> "TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - POSSE DE ARMA - PROVA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO JUDICIAL DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO - TESTEMUNHO DE AGENTES POLICIAIS - SUA CREDIBILIDADE QUANDO EM HARMONIA COM OS DEMAIS DADOS PROBATÓRIOS - PRESUNÇÃO DO CUMPRIMENTO DO DEVER - CONDENAÇÃO MANTIDA - 1. *A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial, se esta se apresenta em conflito com o conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona, quando dá maior credibilidade à confissão extrajudicial do que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja em harmonia com às demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil e em desarmonia com o conjunto probatório.* - 2. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas, desde que

> estejam em consonância com os demais elementos probantes existentes no processo. A aceitabilidade de seu testemunho está, também, ligada, com ou sem restrições ou reservas, à presunção do cumprimento do dever”[3].

Vale ressaltar que igual importância e credibilidade devem ser dispensadas à narrativa do comprador da droga que, sem tentar negar sua prática ilícita, delata o fornecedor traficante. Nesse sentido:

> “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS ENCARREGADOS DO FLAGRANTE - VALIDADE - DELAÇÃO DE CO-RÉU - VALIDADE, DESDE QUE CONCORDANTE COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS - ABSOLVIÇÃO - PRETENSÃO IMPROCEDENTE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - ARCABOUÇO PROBATÓRIO ROBUSTO, APTO A DENOTAR A ATIVIDADE MERCANTIL - MAJORANTE PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI 6368/76 - DECOTE - REGIME INICIALMENTE FECHADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> I- Se todas as provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecentes, nada há para que se alterar na r. sentença sob este aspecto, hipótese que torna o pleito de absolvição impossível de acolhimento.
> *II- As declarações de co-réu, quer na fase indiciária quer em juízo, não devem ser desprezadas, notadamente quando guardar coerência com as demais provas dos autos.*
> III- Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos na prisão do réu, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos pra embasar as condenações.
> IV - Decota-se a majorante prevista o art. 18, III, da Lei 6368/76 porquanto ausente, na nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), previsão quanto à referida causa de aumento da pena.
> V- A atual redação da Lei de Crimes Hediondos e Equiparados autoriza o cumprimento da pena de privativa de liberdade concernente aos respectivos crimes em regime inicialmente fechado, não mais obrigando o seu cumprimento em regime integralmente fechado.
> VI - Se a pena privativa de liberdade pelo tráfico de drogas foi estabelecida no mínimo legal, sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais, em sua maioria, faz ele jus à substituição da mesma por penas restritivas de direitos”[4].

> “TÓXICO - TRÁFICO - FALTA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE INEXISTENTE - DELAÇÃO DE CO-RÉU - VALOR PROBANTE - QUANDO NÃO SE AUTO-ACUSAM - DESPROVIDA DE INTERESSE OU PAIXÃO - HARMONIA E APOIO NA PROVA CIRCUNSTANCIAL. O exame de dependência química, nos termos do art. 19 da Lei Antitóxicos, somente se justifica quando existe a fundada suspeita de ser o réu pessoa cuja higidez psicológica ou psiquiátrica se fez comprometida pelo uso reiterado e imoderado de drogas, o que, ”“in casu”“, não se verificou. *A DELAÇÃO de co-partícipe apontando o comparsa no tráfico ilícito de substância entorpecente pode servir como suporte à condenação, desde que harmônica e coerente com os demais elementos dos autos.*”[5].

---

[1] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.07.461995-8/001(1) Numeração Única: 4619958-96.2007.8.13.0024. Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 ago. 2008, grifo nosso.

[2] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0079.03.066162-7/001(1) Numeração Única: 0661627-71.2003.8.13.0079. Relator: Des. William Silvestrini. Belo Horizonte, 4 de julho de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2 ago. 2007, grifo nosso.

[3] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.06.258452-9/001(1). Relator: Des. Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 22 de novembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 13 fev. 2008, grifo nosso.

[4] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.05.648271-4/001(1). Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 24 de março de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 6 abr. 2009.

[5] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0473.04.005518-7/001(1). Relator: Des. Paulo Cézar Dias. Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2005. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 21 fev. 2006, grifo nosso.

3.18. Perdimento de bens e alienação antecipada

Durante muitos anos, o operador jurídico brasileiro preocupou-se mais com a prisão dos traficantes de droga que com a possibilidade de fazê-los perder o lucro auferido com a prática criminosa. Tal atitude, certamente, era reflexo da ideia errônea de que o caráter pessoal da prisão, por si só, era elemento dissuasório suficiente para a prática delitiva, o que refletia o ultrapassado pensamento do direito penal clássico. Realmente, para o criminoso solitário, o caráter punitivo da prisão possui um poder intimidador considerável. Acontece que o crime e o criminoso, com o passar dos anos, mudaram. O crime organizado, que já existia de forma embrionária em muitos lugares do mundo, começou a lançar suas raízes para além das fronteiras de seus países e teve na globalização o seu catalisador.

Ninguém discorda de que a globalização trouxe muitos benefícios, que se traduziram numa melhoria da qualidade de vida em escala mundial, mormente no mundo ocidental. O consumismo mundial, alimentado pela filosofia hedonista, fez com que todos os cidadãos do mundo tivessem acesso aos mais variados bens e serviços. As fronteiras mundiais tornaram-se mais flexíveis para atender a esse mercado consumidor. Sobre esta página da história discorre Moisés Naím:

> "Há a história que conhecemos. E há também a outra história.
> Eis a que conhecemos: a última década do século XX mudou o mundo. Uma erupção súbita e inesperada de novas idéias e novas tecnologias mudou a política e a economia em todo o mundo. Bilhões de vidas se transformaram. O legado da União soviética desacreditou o comunismo e deu à política liberal e ao livre mercado uma popularidade sem precedentes. Como resultado, os anos 90 ficaram para a história como um período em que o poder das idéias tornou-se óbvio para todos.
> Aqueles anos também serão lembrados como um período em que o ritmo da mudança tecnológica pegou a todos de surpresa. As novas tecnologias encolheram o mundo, e as distâncias geográficas nunca foram tão insignificantes. Durante aquela década, a única coisa que parecia cair mais que o custo de um transporte marítimo de cargas de Xangai a Los Angeles era o custo de uma ligação telefônica intercontinental. Viagens a lugares que, antes, eram financeiramente proibitivos ou que estavam politicamente fora de alcance tornaram-se, de repente, uma experiência rotineira para milhões de pessoas. As conseqüências políticas foram tão grandes quanto as econômicas. As democracias se multiplicaram, e durante os anos 90 o número de países onde ocorreram eleições atingiu níveis nunca alcançados. O mesmo se deu com as bolsas de valores, o comércio internacional, o fluxo internacional de capitais e o número de filmes, livros, mensagens e ligações telefônicas que atravessaram fronteiras.
> Essa é a parte conhecida. Essa é a história da qual todos participamos e que foi objeto de inúmeros livros e ampla cobertura da mídia. Mas uma outra história desenrola-se paralela a essa e, embora seja igualmente crucial, é menos conhecida.
> Essa história trata de contrabandos e, de forma mais ampla, de crimes. Nunca os contrabandistas foram tão internacionais, ricos e politicamente influentes como nos anos 90. O crime global não só se expandiu como, graças à sua capacidade de acumular lucros colossais, tornou-se também uma poderosa força política [...]"[1].

O surgimento da internet e a globalização de seu acesso mudaram a forma de o homem se relacionar socialmente e a forma de se fazerem negócios, sejam eles lícitos ou ilícitos. O procurador de justiça Marco Antônio de Barros discorre sobre tal fenômeno social e financeiro e suas consequências no que tange ao incremento do crime organizado:

> "O ciberespaço sem fronteiras, formado pelo conjunto das redes de computador interligados à internet é uma realidade funcional e virtual. Do ponto de vista econômico-financeiro, ao se acessar qualquer computador ligado a esta rede, ou até mesmo o celular, ou outro aparelho que possibilite esta comunicação eletrônica, sem a menor dificuldade é possível abrir contas em bancos, transferir fundos, investir no mercado de capitais e realizar incontável série de outras operações bancárias e financeiras, tudo pelo chamado sistema *home banking*, e sem a necessidade de se deslocar fisicamente a uma agência dessas instituições.
> Diante desse cenário, há quem afirme que a globalização é antes de tudo um fenômeno financeiro, ou a 'financeirização' do capitalismo, que se transformou na peça mais importante do Séc. XX para todos que

> visaram à obtenção do lucro a qualquer preço. E está em franca expansão o novo locus, no qual se multiplicam as relações jurídicas legais e ilegais, ultrapassando os tradicionais limites das costumeiras transações realizadas no ambiente bancário, inclusive no que tange à constituição de sociedades *off shore*, bem como em relação ao acesso a cassinos e casas lotéricas. Portanto, esse território transfronteiriço também é propício para fomentar a criminalidade organizada mundialmente.
> Resulta a chamada criminalidade impulsionada pelo mundo globalizado em que vivemos, no qual a interdependência generalizada faz com que ações locais e singulares tenham conseqüências gerais, longínguas e inesperadas"[2].

A sociedade, em virtude do consumismo exacerbado e da busca desmedida pelo prazer, passou a alimentar o crime organizado global. A respeito desta perda de valores morais, discorre Misha Glenny:

> "[...] Os europeus têm à sua escolha uma miríade de bens para facilitar sua vida e preencher seu tempo livre. Apesar da oferta ilimitada de bens de consumo lícitos, uma parcela significativa (de ricos e pobres) buscava satisfazer suas necessidade fora desse mercado. O crime organizado só é um negócio tão compensador nos Bálcãs porque os europeus ocidentais comuns gastam proporções cada vez maiores de seu tempo e de seu dinheiro dormindo com prostitutas, fumando cigarros contrabandeados, enfiando notas de 50 euros no nariz, empregando imigrantes ilegais por salários de subsistência, admirando marfim, sentando em teca ou comprando fígados e rins de gente desesperadamente pobre nos países em desenvolvimento"[3].

O crime organizado, por sua vez, passou a recrutar seus filiados em áreas pobres das grandes cidades, onde existe pouca possibilidade de ascensão social, prometendo altos salários e progressão na carreira. A esse respeito esclarece Mário Daniel Montoya:

> "A criminalidade organizada envolve funções bem pagas, o sonho do dinheiro fácil e a possibilidade de ter carros e motos de grande cilindrada. Para especialistas em assuntos sociais, trata-se de um dado alarmante, porque fala do fascínio que desperta nos jovens tudo o que está relacionado com o crime organizado.
> A miséria é uma terra fértil para que a mencionada manifestação criminosa recrute seus filiados, seja nos bairros pobres de Medellín, seja em Hong Kong e sua catacumbas, onde o indivíduo vive em condições infra-humanas.
> Isto também acontece em alguns assentamentos carentes, como as favelas do Rio de Janeiro, onde a autoridade e a legitimidade do Estado são questionadas"[4].

O sistema criminoso supracitado fez com que a prisão passasse a ser vista, dentro da organização criminosa, como uma etapa na formação do filiado que possibilita uma ascensão profissional no grupo. A substituição do elemento preso é automática, e este não é abandonado pela organização na prisão, já que esta lhe garante a segurança naquele ambiente, assistência jurídica e até mesmo amparo familiar em troca de seu silêncio.

Diante desta realidade, a identificação dos bens da organização e dos criminosos de uma forma geral passou a ser o principal objetivo a ser buscado na repressão ao crime. É preciso fazer com que o descumprimento da lei não se torne uma atividade rentável. É preciso dizer um basta ao crime profissional.

É importante discutir qual o caminho para se atingir tal desiderato.

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo trata do perdimento de bens. A esse respeito discorre William Terra de Oliveira:

> "O perdimento de bens foi tratado ao longo da história pelo legislador brasileiro tanto no âmbito constitucional como na esfera legislativa ordinária. Desde a Constituição do Império, como nas subseqüentes, o perdimento de bens foi abordado. A Constituição Federal anterior (art. 153, § 11, CF/67, com a redação dada pela EC 01/69) proibia o confisco de bens como pena. A Constituição Federal de 1988 abordou o perdimento de bens em alguns momentos no âmbito dos direitos e garantias individuais (art.

> 5º, XLV e XLVI), e tratou especificamente da questão do perdimento de bens no contexto do narcotráfico no art. 243, parágrafo único, ao estabelecer que: *'Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico destas substâncias'.*
> Historicamente, o perdimento de bens foi, em geral, tratado na legislação penal dentro do próprio Código Penal. A parte Geral do Código Penal anterior à reforma de 1984 previa o perdimento em seu art. 74, II, de forma semelhante ao disposto no Código atual (como um efeito da condenação, acarretando a perda em favor da União dos instrumentos e do produto do crime, ressalvados os direitos de terceiro de boa-fé). Especificamente no âmbito legislativo infraconstitucional a matéria já era tratada no art. 34 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que versava sobre a prevenção e repressão dos crimes relacionados a entorpecentes, e em art. 34 disciplinava o perdimento de bens relacionados ao tráfico, porém, de maneira mais ampla que a Parte Geral do Código Penal então vigente, estendia sua aplicação a qualquer instrumento da infração, fossem ele lícitos ou ilícitos. Essa ampliação do espectro de bens passíveis de perdimento, prevista na lei especial antidrogas, dava destaque aos *instrumentos* utilizados para a prática do delito bem como aos bens ilícitos que houvessem contribuído de qualquer forma para prática da infração (tais como veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como máquinas, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática do crime de tráfico).
> Em 1984, por ocasião da reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209, de 13 de julho de 1984), a perda de bens do particular em favor da União foi disciplinada no art. 91, II, como efeito secundário da condenação, ressalvado o direito de lesado ou do terceiro de boa-fé. Tal dispositivo estabelece duas hipóteses: (a) a alínea a prevê a perda dos instrumentos do crime, que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito (hipótese em que a perda decorre automaticamente ante a natureza do bem proibido); (b) a alínea b, estende o confisco sobre o produto do crime ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (caso em que a perda depende de prova da relação de causalidade entre o crime e o bem ou valor, produto do próprio fato criminoso ou auferido com os seus proveitos).
> Cabe lembrar que houve no decurso da evolução legislativa da matéria a edição da Lei 8.257, de 26 de novembro de 1991, onde foi estabelecido um sistema especial de perdimento de bens em favor da União. Tal lei tratou da expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, e estabeleceu um regime jurídico próprio, ainda em vigor, pelo qual a expropriação se dá sem indenização, de maneira parecida a um confisco de bens, mediante ação própria promovida pela União"[5].

Como foi bem ilustrado por William Terra de Oliveira, a Lei nº 6.368/76 representou um considerável avanço na sistemática processual brasileira atinente à perda de bens. No entanto, à época, deu origem a algumas interpretações equivocadas. Nesse diapasão a jurisprudência entendia que o art. 34 da Lei nº 6.368/76 exigia que o meio de transporte utilizado para transportar a droga só poderia ser confiscado para a União se fosse comprovada a destinação especial do bem para o tráfico de drogas; vejam-se algumas decisões:

> "Veículo- apreensão- Transporte de entorpecentes- Hipótese em que não ficou demonstrado que o veículo era usado costumeiramente para esse fim-Expressão "utilizados" do art. 34 da Lei antitóxicos que deve ser interpretada restritivamente-Restituição do veículo determinada- Recurso provido para esse fim"[6].

> "O art. 34 da Lei 6368/76 deu excessiva amplitude ao texto legal- art. 74 do CP (atual 91) – e exige interpretação restritiva. Para que ocorra o confisco é necessário que fique provado que os veículos eram "especialmente" utilizados para o transporte do tóxico"[7].

Felizmente, a Lei nº 11.343/06 acabou com a exigência de que para o confisco do bem fosse comprovada sua destinação especial. Nesse sentido os comentários de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

> "A redação não exige a especial destinação do bem à traficância. Basta que seja um bem utilizado para a prática do crime de tráfico. Diversamente, a antiga lei de Tóxicos (n.º 6.368/76) exigia a destinação

> especial do bem ao tráfico.
> Neste sentido, a jurisprudência vinha se manifestando pela necessidade de comprovar que os objetos apreendidos tivessem sido utilizados *exclusivamente* para a prática do tráfico. A nova lei muda o cenário quanto ao elemento subjetivo, bastando que o bem seja utilizado para a prática do tráfico, não exigindo mais a especial destinação"[8].

A Lei nº 11.343/06 deu mais um passo em direção à melhoria do sistema de perdimento de bens. No entanto poderia ter avançado mais, possibilitando que, assim como nos Estados Unidos, fosse ajuizada uma ação contra o bem de origem suspeita ou com destinação ou emprego no tráfico de drogas. Nesse tipo de ação, o agente passivo é o próprio bem que foi produto ou instrumento do crime de tráfico, bastando comprovar o liame (*action in rem*). Poder-se-ia perguntar qual a diferença de se mover tal ação contra o "bem" ou contra o "réu", se aqui no Brasil, ao final do processo, caso ocorra a comprovação de que o bem é proveito ou instrumento do tráfico de drogas, o réu será condenado e o bem, confiscado.

Veja-se então a seguinte situação: uma organização criminosa que trafica drogas coloca seus bens em nome de um de seus integrantes; este é preso e é ajuizada a ação penal contra ele com base na Lei nº 11.343/06. Suponha-se que existam no processo provas cabais de que tais bens sejam produtos e/ou instrumentos do tráfico de drogas e tudo indique que o desfecho da ação penal redundará na condenação do réu e no perdimento dos bens. A organização criminosa sofrerá um grande abalo em seu patrimônio e por isso só lhe restará uma opção: "matar o réu no local onde ele se encontra custodiado". Após este ser morto, será aplicado ao caso o art. 107, inciso I, do Código Penal (extinção da punibilidade) e o mérito da ação penal não será julgado. Logo, o sequestro de tais bens restará prejudicado, pois não foi possível comprovar que estes foram auferidos com o lucro produzido pelo tráfico ou que o instrumento foi efetivamente empregado no tráfico de drogas. A organização criminosa poderia obter os seus bens dos herdeiros do réu que "de bom grado" os transfeririam para quem lhes fosse "determinado". Se uma ação fosse ajuizada em face do "bem", o confisco destes bens ocorreria independente da morte do réu, já que este pode ter o interesse de seus herdeiros representado em tal lide. É claro que surgiriam discussões em torno da aplicabilidade dessa ação em face do dispositivo do art. 5º, inciso LIV, da CF, que assim dispõe: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Ocorre que, com a devida vênia, apesar de o processo estar sendo ajuizado em face do bem, contava com a participação do réu enquanto estava vivo, no que foi substituído por seus herdeiros, o que não viola o dispositivo constitucional. Ademais, esse procedimento encontraria respaldo no art. 5º, inciso XLV, da CF, que assim dispõe:

> "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e *a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra ele executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido"* (grifo nosso).

Na doutrina existem estudiosos que defendem a possibilidade de se aplicar a *action in rem* no ordenamento jurídico, desde que editada lei nesse sentido, usando como argumento, entre outros, o dispositivo constitucional insculpido no art. 243 da CF. A esse respeito os ensinamentos de André Prado de Vasconcelos:

> "Em verdade, o legislador constitucional autorizou tanto a decretação da perda de bens quanto o perdimento de bens nos incisos XLV e XLVI do art. 5º da CF/88. Autorizou, ainda, a perda de glebas de terra utilizadas para o tráfico ilícito de entorpecentes e o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, destinando as primeiras à colonização para fins de reforma agrária e os segundos, para benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.
> É importante esclarecer a perda de bens tal como previsto na atual Constituição tem natureza penal, eis que prevista no art. 43, inciso II, do Código Penal brasileiro, com redação dada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1992. Por tal razão, há de ser fruto de decisão em processo criminal e não pode superar o valor do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo criminoso ou por terceiro em razão do crime praticado; ou seja, a autorização constitucional em nada modificou o panorama legislativo que já autorizava o confisco dos instrumentos e produtos do crime, como previsto no art. 91, inciso II, do mesmo Código.
> Já o perdimento de bens previsto no inciso XLV do art.5º da Constituição Federal possibilita a ampliação

> dos casos de desapossamento e expropriação sem qualquer tipo de indenização por parte do Estado, desde que editada lei nesse sentido.
> E a tal conclusão chega-se, primeiramente, porque a atual Constituição é bastante sintética ao autorizar o perdimento de bens nos termos da lei. Em outras palavras, caberá ao legislador ordinário tratar das possibilidades de perdimento.
> Por outro lado, há autorização expressa de confisco para o caso de bens relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, como dito.
> Ora, se não há vedação, mas, ao contrário, autorização expressa para que lei ordinária trate do assunto e se o próprio texto da Constituição prevê a possibilidade de confisco, não há como não aceitar, no atual momento histórico, a possibilidade de edição de lei que trate de extinção civil de domínio sobre bens cuja utilização em atividade ilícita for demonstrada, criando, por conseqüência, instrumento processual para atingir tal desiderato”[9].

Felizmente, as notícias são alvissareiras, já que se encontra na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5681/2013, o qual disciplina a declaração da perda da propriedade ou da posse adquiridas por atividade ilícita, regulamenta a Ação Civil de Extinção de Domínio para tal fim e dá outra providências. Insta observar que a justificativa apresentada com tal projeto elucida a importância do preechimento dessa lacuna no ordenamento jurídico:

> “O Brasil está atrasado, em relação a vários países, na tarefa de dotar a sua legislação de um instrumento eficaz para a recuperação de ativos vinculados à prática de crimes.
> Apesar de ter ratificado As Convenções Internacionais de Palermo contra o Crime Organizado, em 2000, e de Mérida contra a Corrupção, em 2003, passou-se mais de uma década sem que nosso país tenha avançado na missão de recuperar bens, direitos e valores frutos de atividades criminosas.
> É o que pretende o presente projeto de lei, na esteira dos debates realizados no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), em cujos trabalhos se inspirou a presente iniciativa.
> Como bem sustenta o Procurador da República José Robalinho Cavalcanti, em recente artigo intitulado ‘Recuperação de Ativos Vinculados ao Crime Fora do processo Penal: A ação Civil de Extinção de Domínio’ […] é constitucional, e conveniente e adequado, que seja erigido no ordenamento um instrumento (a extinção de domínio) que permita a recuperação de ativos nos casos em que não se faz possível a ocorrência do processo penal, mas existem suficientes indícios (ou até provas cabais) da origem criminosa dos bens, ou de seu uso em crime, tal como se dá após eventual morte, evasão, fuga, imunidade ou não identificação do autor do delito […]”[10].

Outra falha da Lei nº 11.343/06 é o fato de ter possibilitado tão somente a alienação antecipada dos bens ou objetos utilizados pelos agentes na prática do crime (art. 62), ao revés de estender tal hipótese aos bens, direitos ou valores que constituam produto ou proveito do crime (art. 60). Tal assunto será aprofundado nos comentários ao artigo 62 da Lei n.º 11.343/06.

O art. 60 da Lei nº 11343/06 refere-se a bens ou valores que constituam produto ou proveito do crime (por exemplo, os imóveis adquiridos pelo traficante de drogas com o dinheiro auferido na prática criminosa), sobre os quais poderão ser adotadas, no curso do inquérito policial ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias.

Nota-se que, apesar de o referido dispositivo legal fazer menção à possibilidade de o juiz decretar a medida assecuratória, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, sem fazer alusão à prévia oitiva do promotor de justiça nos dois casos, a doutrina pátria tem entendido que tal medida é imprescindível. No primeiro caso (decretação de ofício), não vemos como esta, por exemplo, pode ser decretada pelo juiz à revelia do Ministério Público sem ferir o sistema acusatório. Ademais, como lembram Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, o titular da ação penal é quem tem o interesse em direcionar a coleta das provas; veja-se o comentário:

> “O art. 60 prevê, assim, que a autoridade judiciária poderá decretar a apreensão ou o seqüestro dos produtos ou bens que constituam proveito dos crimes tipificados na Lei. A ordem poderá ser dada de

> ofício, a requerimento do Ministério Público ou diante de representação da autoridade policial. No primeiro caso, apesar do silêncio da Lei, constitui praxe a prévia oitiva do órgão do Ministério Público. Por ser o *Parquet* o titular da ação penal pública, também tem interesse em dar o direcionamento da coleta de provas e da indisponibilização dos bens. De nada adiantaria o juiz ordenar a apreensão ou o seqüestro de determinados bens se o membro do Ministério Público resolver, por exemplo, não ser cabível o oferecimento de ação penal pelo fato específico que resultou naquele bem.
> Pela mesma razão, a decisão do juiz sobre a representação da autoridade policial depende de prévia oitiva do Ministério Público. Veja-se que a Lei acertou ao referir-se a "representação da autoridade de polícia judiciária", pois não se trata de agente com capacidade postulatória no processo penal brasileiro, não podendo requerer, mas apenas representar pela adoção das medidas"[11)].

Outra observação importante a ser feita é de que o caput do art. 60 da Lei nº 11.343/06 faz menção à possibilidade de tais medidas assecuratórias serem adotadas em face de bens móveis ou imóveis ou valores que constituam proveito auferido. Nota-se que os §§ 3º e 4º do art. 60 do referido dispositivo legal faz menção à expressão "direitos". Daí se pergunta se poderiam as medidas assecuratórias recair sobre os "direitos" do investigado/réu. É possível que sim, e esse igualmente é o posicionamento do desembargador Paulo Rangel:

> "São medidas assecuratórias de natureza real, pois recaem sobre coisas e não pessoas. A lei se refere a bens móveis ou valores, não mencionando, no *caput* do art. 60, a expressão "direitos", como o faz na Lei de lavagem de Capitais.
> Não há dúvida de que houve uma falha na técnica legislativa, pois embora não prevista no caput do art. 60, está dito nos §§3º e 4º do mesmo artigo, ou seja, há possibilidade de medida cautelar sobre direitos do acusado, sem que para tanto tenhamos que lançar mão de qualquer interpretação que fira diretos e garantias individuais"[12)].

Acreditamos que o desembargador Paulo Rangel está correto ao utilizar a interpretação extensiva para solucionar tal questão, já que esta pode ser usada para beneficiar ou prejudicar o réu, tendo-se em vista que tem por escopo apenas buscar o sentido a ser explicitado na norma. Nesse sentido o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> "A interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada. Ex.: quando se cuida das causas de suspeição do juiz (art. 254, CPP), deve-se incluir também o jurado, que não deixa de ser um magistrado, embora leigo. Onde se menciona no Código de Processo Penal a palavra réu, para o fim de obter liberdade provisória, é natural incluir-se indiciado. Amplia-se o conteúdo do termo para alcançar o autêntico sentido da norma"[13)].

Insta observar que o § 1º do art. 60 faculta ao acusado, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar ou requerer a produção de provas acerca da origem do produto, bem ou valor objeto da decisão. Tal dispositivo legal gerou muita controvérsia na doutrina; é importante mencionar as diversas interpretações dadas a seu respeito. O desembargador Paulo Rangel se posiciona pela inconstitucionalidade de tal normatização, com os seguintes argumentos:

> "O disposto no § 1º acima é manifestamente inconstitucional, por transferir ao acusado ou interessado o ônus que pertence, exclusivamente, ao Ministério Público, qual seja: o de provar a ilicitude dos bens adquiridos com a prática do crime de tráfico de entorpecentes. O MP acusa, mas é o acusado quem tem que provar que o produto dito do crime é ilícito. Nada mais inversor do ônus da prova.
> É cediço por todos que o ônus da prova no processo penal é todo do Ministério Público, não sendo lícito que, em pleno Estado Democrático de Direito, o acusado tenha que provar que vive honestamente e que o que possui não é produto de crime. No Estado de exceção, totalitário e limitador dos direitos e garantias individuais e, portanto, no Estado ilegítimo, tal providência poderia ser bem-vinda e aceita. Contudo, no Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa, o devido processo legal, e, principalmente, o direito de não produzir prova contra si mesmo, é inadmissível a inversão do ônus da prova"[14)].

Por sua vez, o promotor de justiça César Dario Mariano da Silva defende a constitucionalidade de tal norma, assim se manifestando:

> "Cumprida a medida cautelar, será facultado ao acusado requerer a produção ou apresentar prova da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão, no prazo de cinco dias. Provada a origem lícita, o juiz os liberará.
> A primeira observação que merece ser feita é que no procedimento cautelar examinado o ônus da prova é invertido. Passa a ser o acusado o responsável por demonstrar que o bem ou valor apreendido tem origem lícita, desincumbindo o Ministério Público de fazer prova deste fato. Bastará que o Órgão Ministerial demonstre apenas indícios da origem espúria do bem ou valor (produto ou proveito do crime). Não se trata de dispositivo inconstitucional, uma vez que a inversão do ônus da prova é apenas no que concerne á apreensão e indisponibilidade, já que para o perdimento (confisco) é exigida certeza da origem criminosa"[15].

Em conformidade com César Dario Mariano, estão os comentários, a respeito do § 1º do art. 60 da Lei nº 11.343/06, feitos por Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "A ordem judicial encontra fundamento na existência de indícios suficientes, mas estes podem ser infirmados pela apresentação ou requerimento de provas pelo acusado. Não há qualquer violação ao princípio da presunção da inocência nesta medida. Caso o acusado tenha interesse em liberar os bens apreendidos ou seqüestrados durante o curso do processo, deverá comprovar a sua origem lícita, afastando os indícios sobre os quais se embasou a decisão judicial. Porém, caso o acusado não comprove, isto não significará necessariamente a sua perda ao final do processo. Para tanto, continuará sendo ônus do Ministério Público comprovar a origem ilícita dos bens. Caso a instituição não se desincumba deste mister, o magistrado deverá liberar os bens apreendidos ou seqüestrados"[16].

Insta observar que o juiz federal Marcello Granado tece importantes considerações sobre a questão:

> "Ao apresentar os 'indícios veementes' para a decretação da medida ou, nas palavras de Tornaghi, 'a suposição vizinha da certeza', o Ministério Público desincumbiu-se do ônus que é todo seu, o ônus de provar (ainda que por indícios) todos os 'fatos da acusação' no que toca a medida restritiva patrimonial. Assim, exigir que o réu apresente qualquer outro meio de prova, ainda que contra-indícios, acerca da proveniência lícita dos bens não significa inverter o ônus da prova. Nada se está invertendo, mas apenas exigindo, ou, melhor, facultando ao sujeito passivo da medida a apresentação de contra indícios que, se suficientes, afastarão os indícios mostrados pela acusação e a medida restritiva do pleno exercício de propriedade será levantada. Como dito, o debate está aberto"[17].

Entendemos que o § 1º do art. 60 da Lei nº 11.343/06, conforme explicitado pelos últimos doutrinadores mencionados, não viola a constituição, pois tal inversão somente se aplica no momento da análise do deferimento da lide cautelar (atinente à medida assecuratória). Como é cediço, as medidas cautelares têm por características:

- a autonomia – logo, o julgamento da perda do bem demanda análise diferenciada do julgamento do deferimento ou não da cautela;
- instrumentalidade e por, consequência, o caráter acessório – características que estão ligadas intrinsecamente à autonomia, já que a medida cautelar não tem um fim em si mesma, estando condicionada a sua existência à possibilidade da futura análise de mérito do pedido principal, que é a razão de sua existência;
- a provisoriedade e, por consequência, revogabilidade – a medida cautelar vige de forma emergencial para garantir que o pedido principal (a perda do bem) poderá ser satisfeito caso o julgamento do mérito seja provido.

Assim, se a emergência cessar, mediante garantias outras que possibilitem tal escopo, a medida poderá ser revogada. Dessa forma, não vemos a existência de nenhuma violação na inversão do ônus da prova da origem lícita do bem que continua a ser do Ministério Público, mas o deferimento da cautelar não pode ter critérios tão rígidos quanto os do julgamento do mérito do pedido principal.

Outro fator que deve ser levado em consideração é que o próprio § 1º do art. 60 da Lei nº 11.343/06 faculta ao acusado que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão para que o juiz analise se este deve ser liberado ou não (revogabilidade da medida). Acreditamos que não existem palavras inúteis na lei e, portanto, a única explicação plausível para tal diferenciação reside no fato de que os bens móveis têm a sua propriedade transferida pela tradição, enquanto nos bens imóveis a transferência se dá pelo registro do título no ofício imobiliário.

Por isso, quando o Ministério Público requer que, por exemplo, as joias e os objetos caros que foram encontrados dentro de um barraco na favela onde funcionava "em tese" uma boca de fumo sejam sequestrados com fulcro no referido dispositivo legal, é porque presume que, naquelas circunstâncias (indícios veementes), tais bens sejam produtos do crime. A princípio, sem uma análise global dos fatos (que demanda tempo para investigação), o promotor de justiça não terá como, naquele momento, apresentar uma prova inarredável de que aqueles objetos foram roubados e trocados por droga.

Por outro lado, tendo-se em vista que toda medida cautelar é provisória, o investigado poderá comprovar onde comprou tais objetos, apresentando, por exemplo, notas fiscais ou certificados de garantia, o que afastará a necessidade de se manter a medida assecuratória (art. 60, § 2º).

Diversamente, em se tratando de bens imóveis sequestrados, poderá o investigado requerer ao Ministério Público que apresente as provas que possui para afastar o título que lhe transferiu a propriedade. Neste caso a decisão do magistrado só diz respeito à necessidade de se manter a medida provisional ou não e ainda pode ser contestada judicialmente. Neste sentido o magistério do desembargador Paulo Rangel:

> "As medidas assecuratórias podem ser adotadas, tanto na fase investigativa como na judicial, pelo juiz de ofício, a requerimento do MP ou mediante representação da autoridade policial. Se adotada a medida e o acusado entender que há violação ao seu direito de propriedade, poderá propor ação de mandado de segurança, a fim de defender seu direito líquido e certo de propriedade (art. 5º, XXII, da CR). Se indeferida a medida, o Ministério Público poderá propor também ação de mandado de segurança para defender o direito líquido e certo à persecução penal a fim de evitar que o crime fique impune"[18)].

A respeito das peculiaridades do direito brasileiro no que tange a transferência da propriedade, esclarecem os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> "A tradição é modo derivado de aquisição de propriedade mobiliária, consistindo na entrega de bem móvel pelo transmitente ao adquirente, com a intenção de transferir-lhe a propriedade, em razão de título translativo oriundo de negócio jurídico (art. 1267 do CC). Se, no linguajar coloquial, o termo *tradição* significa a simples entrega de bem móvel, na acepção jurídica concernente à entrega da coisa o exclusivo objetivo de transmitir a propriedade.
> Portanto, no direito brasileiro há uma evidente distinção entre as formas de transmissão da propriedade mobiliária e imobiliária. Para se transferir bens imóveis não é bastante o contrato, pois ele só produz efeitos obrigacionais. Necessário será o registro do título no ofício imobiliário, a fim de que se surja o direto real (art. 1245 do CC)"[19)].

Outro fato relevante quanto ao dispositivo do § 1º da Lei nº 11.343/06 é a contagem do prazo de 05 (cinco) dias que parece ser da decretação da medida, mas na realidade não o é (até por uma questão de razoabilidade). Neste sentido esclarecem os procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "O § 1º do art. 60 afastou-se das disposições do CPP. Enquanto neste o acusado ou indiciado terá os embargos para demonstrar a origem lícita do seu bem (art. 130 do CPP), a nova Lei dispensou tal medida,

> criando um procedimento próprio regulado no parágrafo único do art. 60, no qual o indiciado ou acusado terá o prazo de cinco dias, após a apreensão, para requerer ou produzir provas da licitude dos bens. Porém, em verdade, este prazo deve começar a contar apenas da efetivação da medida e não, como parece indicar o texto, da decretação. Seria estranho que, antes de efetivar a medida, o juiz intimasse o acusado ou indiciado para se defender, pois existiria grave perigo de ineficácia da medida assecuratória (dilapidando-se os bens, por exemplo)"[20].

O dispositivo do art. 60, § 3º, da Lei nº 11.343/06 é motivo de críticas e de elogios por parte da doutrina. O professor Sídio Rosa de Mesquita Júnior tece suas críticas sob os seguintes argumentos:

> "O réu foragido não poderá pedir a restituição, porque o pedido só poderá ser conhecido mediante seu comparecimento pessoal. O objetivo, obviamente, é facilitar a prisão, ou seja, essa é um forma disfarçada de se tentar empreender eficácia à prisão provisória decretada, mas não cumprida. Essa é uma possibilidade que poderá, *in concreto* levar à odiosa fórmula 'os fins justificam os meios'"[21].

Por sua vez, o professor Jorge Vicente Silva elogia a medida e busca justificá-la com os seguintes argumentos:

> "No § 3º do art. 60, da nova lei, encontramos novamente uma inovação em termos de processo. Tal qual a lei anterior, ali está previsto que *'nenhum pedido de restituição será conhecido sem o consentimento pessoal do acusado'*.
> Isto quer dizer que o autor do requerimento para a restituição de bem ou valor apreendido em medida cautelar assecuratória, somente poderá pleiteá-la mediante comparecimento pessoal no processo. Não basta outorgar para terceira pessoa e até mesmo para advogado, poderes através de instrumentos procuratórios, autorizando buscar em juízo a liberação do patrimônio. Terá que se fazer presente pessoalmente. Assim, além do pedido subscrito por advogado com poderes para atuar em juízo, também é requisito para a admissibilidade do pedido o comparecimento pessoal do autor em juízo. Esta providência pode ser registrada através de ata de audiência ou certidão da escrivania, a qual deve estar devidamente assinada pessoalmente, também pelo requerente.
> Cremos tratar-se de exigência elogiável porque tem por finalidade administrar os cuidados e preocupações no momento de liberação de patrimônio constrito, procurando evitar que seja devolvido patrimônio a infrator, e este continue a utilizar dele, ou do produto com ele obtido no caso de alienação, para cometimento de novos crimes.
> Ademais, a pessoa que procura ficar à margem da justiça, negando-se a comparecer perante ela, não merece, desta mesma justiça tutelar (sic) para sua pretensão deduzida em juízo"[22].

Não obstante o exposto, é assunto pacificado na doutrina que o terceiro de boa-fé não poderá ter a sua pretensão de reaver o bem obstaculizada em virtude do não comparecimento do réu. Neste sentido as esclarecedoras palavras dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "O que ocorre se a decisão atingir bens de terceiros? Mesmo comprovando a origem lícita de seus bens, ficariam os terceiros à mercê do comparecimento do acusado para obter a restituição?
> Parece óbvio que, nesta hipótese, não será necessário o comparecimento pessoal do acusado, até porque os arts. 129 e 130, II, do CPP, aplicáveis por disposição expressa do art. 60, permitem a interposição de embargos de terceiro. A finalidade destes é comprovar o engano da decisão judicial, demonstrando–se que os bens têm origem lícita e o terceiro estava de boa fé. A constrição de bens de terceiros de boa-fé e a sujeição de sua restituição a requisito inteiramente alheio à vontade do terceiro não tem amparo na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)"[23].

Contudo, sem querer discordar da posição supracitada que também comungamos, deve ser feita a análise, no caso concreto, da boa-fé do terceiro. As organizações criminosas que atuam em aglomerados, em regra, não se utilizam de esquemas complexos de lavagem de ativos. O bem simplesmente é colocado em nome de terceiro, mas quem o utiliza é o traficante de drogas, não saindo da fase de colocação (*placement*). Sérgio Fernando

Moro tece considerações sobre as etapas do delito de lavagem de dinheiro:

> "Variadas condutas podem amoldar-se ao tipo penal. Da clássica colocação de bens em nome de pessoas interpostas à mais complexa estruturação de transações para evitar uma comunicação obrigatória. É usual no estudo da lavagem de dinheiro a referência às fases ou às etapas do crime. Seriam elas a colocação (*placement*), a dissimulação ou circulação (*layering*) e a integração (*integration*). Na primeira etapa, o produto do crime é desvinculado de sua origem material; na segunda, o numerário é movimentado por meio de diversas transações de modo a impedir ou dificultar o rastreamento e pela terceira é reintegrado em negócios ou propriedades, com simulação de investimentos lícitos"[24].

Daí a importância de investigar a utilização do bem (que se deseja sequestrar) pelo investigado, já que, no caso de este ter utilizado um "laranja" para ocultar o produto auferido com o crime, certamente, este não só não tem acesso ao bem que está em seu nome, como muitas vezes nem sequer sabe de sua existência. Muito comum, também, é a colocação do bem em nome de um parente, o qual, na maioria das vezes, apesar de saber da existência do bem, não o utiliza e sua situação financeira é completamente incompatível com o valor do bem adquirido. Nos casos supramencionados, o promotor de justiça deve denunciar o traficante de drogas não só pelos tipos descritos na Lei nº 11.343/06, mas também pelo crime descrito no art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 9.613/98 sem olvidar-se de denunciar o "laranja". Além da citada denúncia, deve-se fazer o sequestro de tais bens com base na lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98 com a nova redação da Lei nº 12.683/2012), o que impossibilitará o "laranja" de ajuizar embargos de terceiro, afinal de contas, ele também é réu (a respeito dos exemplos dados, verificar casos similares aos citados que foram objeto de denúncias e pedido de sequestro feitos na 13ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte/MG, que se encontram nos anexos).

Além dos "laranjas", é comum aparecer nas tipologias de lavagem (conceito utilizado pelo Grupo de Acción Financeira de Sudamérica (GAFISUD) para designar, no contexto do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, a classificação e a descrição das técnicas utilizadas pelas organizações criminosas para dar uma aparência de legalidade aos fundos de proveniência lícita ou ilícita e transferi-los de um lugar para o outro ou entre pessoas para financiar as suas atividades criminosas) a figura do "testa de ferro", o qual é definido pelo procurador de justiça Marco Antônio de Barros da seguinte forma:

> "Testa-de-ferro, por sua vez, é o indivíduo que se apresenta como sendo responsável por atos ou empreendimentos de outrem, cuja figura pode ser também encontrada em operação de lavagem"[25].

O "testa de ferro" difere-se do "laranja" pela sua maior participação na atividade criminosa.

Por fim, ainda no que tange ao terceiro de boa-fé, devemos falar sobre os veículos adquiridos pelos traficantes de droga sob a forma de alienação fiduciária. Tais criminosos valem-se de um instituto cujo objetivo é facilitar as relações comerciais para inviabilizar o perdimento de tal bem. Isto porque, no presente caso, o domínio é resolúvel, possibilitando ao credor, no caso a instituição financeira, pleitear o levantamento do sequestro para poder recuperar a posse direta do bem, com o escopo de vendê-lo e aplicar o preço apurado no pagamento do crédito e das demais despesas, *com a entrega ao devedor do saldo apurado, se existir*. Nestas situações em que exista "saldo" para ser devolvido ao devedor (o traficante ou o "laranja"), solicita-se ao juízo que, após prévia avaliação do bem, com a apuração do cálculo do saldo a ser devolvido ao devedor, seja autorizada a entrega do veículo à instituição financeira sob a condição de esta depositar o saldo apurado em conta judicial para ser confiscada no caso de condenação (veja-se modelo similar ao exemplo citado de requerimento feito ao juízo da 1ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte/MG, quando ainda em vigor a Lei nº 10.409/2002).

O art. 60, § 4º, da Lei nº 11.343/06 dispensa comentários; serve apenas para lembrar a necessária sintonia que deve existir entre aqueles que investigam (sejam eles da polícia judiciária ou não) e o responsável pelo ajuizamento da ação penal.

O art. 61 da Lei nº 11.343/06 restringe a utilização dos bens descritos no art. 60 da Lei nº 11.343/06 (produtos do crime) às entidades ali relacionadas. Ressalte-se que o art. 62 da Lei nº 11.343/06 (que trata dos bens utilizados na prática do crime) só possibilita a utilização dos bens ali relacionados pela autoridade de polícia judiciária (salvo as armas de fogo); após o ajuizamento da ação penal, é possível sua colocação para uso e

custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas.

Cotejando-se os dois dispositivos legais, é possível concluir que os órgãos ou entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção ou na reinserção social de usuários e dependentes de drogas só poderão utilizar os bens que sejam produtos de crime. Assim, o veículo adquirido com os valores auferidos com a venda ilícita de drogas poderá ser usado, por exemplo, por uma das supracitadas entidades, mas o veículo que foi utilizado para transportar a droga somente poderá ser utilizado pelos órgãos disciplinados no art. 62 da Lei nº 11.343/06 após o ajuizamento da ação penal (a exceção é a autoridade de polícia judiciária que, por deter a custódia do bem desde o início da investigação, poderá utilizá-lo). Por fim, os produtos ou proveitos do crime poderão ser utilizados, também, pelos órgãos elencados no art. 62 da Lei nº 11.343/06, já que são órgãos responsáveis pela repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (depois da atuação das Forças Armadas na pacificação das favelas do Rio de Janeiro não há mais dúvida quanto ao fato de estes militares fazerem parte deste contexto).

Insta observar que não existe restrição quanto ao momento de ser autorizada a utilização dos produtos (ou bens auferidos) do crime de tráfico pelos elencados no art. 61 da Lei nº11343/06. Neste sentido as explicações dos procuradores da República Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Veja-se que a autorização pode ser dada tanto no curso do inquérito policial quanto durante a ação penal, recaindo sempre sobre o juiz competente. Antes de instaurada a ação penal, a fixação do juiz competente dependerá da legislação de organização judiciária local, mas será o mesmo que for competente para o acompanhamento do inquérito policial"[26].

Interessante a observação feita pelo desembargador Paulo Rangel quanto ao dispositivo do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06, que deveria ser seguida por todos os magistrados, razão pela qual convém colacioná-la:

> "A autoridade judiciária deverá comunicar aos órgãos de trânsito a *expedição de certificado provisório de registro e licenciamento* a fim de que o referido veículo fique livre de todo e qualquer *multa, encargos e tributos anteriores*. Com isso se evitam os problemas que surgiam, anteriormente, com a utilização dos veículos sem que o órgão próprio de trânsito tivesse conhecimento daquela utilização.
> A autoridade policial, por exemplo, deverá se certificar de que tais bens estejam, realmente, atendendo aos interesses da administração pública e não aos interresses (sic) pessoais de determinados agentes que usam viaturas para fins pessoais.
> O auto de depósito expedido pelo juiz deverá demarcar a utilização do bem evitando sua tredestinação, ou seja, sua *destinação desconforme com o plano inicialmente previsto.*" [27].

O art. 62 da Lei nº 11.343/06 relaciona os bens ou objetos utilizados pelos traficantes de droga na prática do crime (instrumentos do crime).

Questão controversa que divide a opinião dos estudiosos diz respeito ao fato de o art. 62, caput, da Lei nº 11.343/06 não fazer distinção quanto à possibilidade de utilização pela autoridade policial dos bens ali elencados, sejam eles lícitos ou ilícitos.O promotor de justiça Willian Terra de Oliveira tece ferrenha crítica a tal situação e conclui pela impossibilidade da utilização dos bens ilícitos. Neste sentido:

> "O legislador cometeu uma falha ao não mencionar a proibição da utilização de bens ilícitos ou de uso proibido pela autoridade policial. O texto da lei faz expressa referência aos 'bens mencionados neste artigo' (leia-se: 'os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza' conforme o art. 62, *caput*).
> Poderia ocorrer autorização judicial para a utilização de armas proibidas, instrumentos de espionagem de uso restrito das Agências de Inteligência, elementos de manejo perigoso (que comportem radiações ionizantes, ou explosivos, por exemplo), enfim, materiais cujo uso é comumente proibido? Possivelmente não"[28].

Já o desembargador Paulo Rangel apresenta opinião diversa, defendendo o uso de tais bens ilícitos pela polícia. Neste sentido:

> "A pergunta que pode ser feita é: podem ser objeto de apreensão e, conseqüente, utilização pela polícia as armas proibidas, ou aparelhos de espionagem, bem como outros instrumentos cujo uso é proibido, se houver autorização judicial?
> Estamos que sim, pois é exatamente isso que irá distinguir um perfeito combate ao narcotráfico utilizando, contra ele, as mesmas armas que são usadas contra a sociedade organizada. Se o tráfico tem a posse de uma aparelhagem de última geração de escuta telefônica, por exemplo, que deixa a polícia em situação de desvantagem, não há razão para tal aparelho, uma vez apreendido regularmente, não ser usado pela polícia.
> A utilização pela polícia de bens apreendidos somente poderá ocorrer com autorização judicial e esta deverá especificar quais são os bens a serem utilizados e a autoridade policial deverá prestar contas, pensamos mensalmente, do trajeto das embarcações, aeronaves, veículos, evitando que haja uso desmesurado"[29].

É importante ainda indagar se seria possível a utilização da própria droga. A própria Lei nº 11.343/06 determina a posse da droga como crime diante da inexistência de autorização ou da discordância do ato com a determinação legal ou regulamentar. Assim, é possível autorizar judicialmente o uso da droga, desde que atenda a uma finalidade pública. Tal pedido normalmente é feito pelas polícias para utilizar a droga no adestramento de cães que serão futuramente utilizados para farejar drogas. Neste caso a medida é necessária para dotar tais instituições de meios para combater o tráfico de drogas. A fim de disciplinar essa situação, existe um projeto de lei (PL nº 4450/2012) em tramitação na Câmara dos Deputados de autoria do deputado Jair Bolsonaro, que pretende acrescentar um parágrafo único ao art. 72 da Lei nº 11.343/06 no seguinte teor:

> "Parágrafo único. A requerimento de autoridade de polícia judiciária ou policial-militar, o juiz autorizará a cedência de drogas apreendidas para o adestramento de cães em instituições públicas, cabendo ao órgão cessionário proceder à sua destruição, logo que desnecessária ou inútil, com informação para o processo".

O art. 62, § 4º, da Lei nº 11.343/06 possibilita, após o ajuizamento da ação penal, a alienação dos bens apreendidos, em caráter cautelar, exceto aqueles que a União, por intermédio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), indicou para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. É a denominada alienação antecipada.

Insta observar, conforme comentado alhures, que uma das falhas da Lei nº 11.343/06 consiste no fato de ter possibilitado tão somente a alienação antecipada dos bens ou objetos utilizados pelos agentes na prática do crime (art. 62), ao revés de estender tal hipótese aos bens, direitos ou valores que constituam produto ou proveito do crime (art. 60). Essa situação tem feito com que alguns doutrinadores busquem soluções criativas para tal situação; vale a pena trazer a lume os comentários de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

> "Ao tratar da disciplina dos bens que constituam produto ou proveito auferido pelo agente com a prática dos crimes de drogas, a Lei deixou de prever a possibilidade de alienação cautelar desses bens, fazendo-o apenas para os bens que tenham sido utilizados para a prática dos crimes. Não vemos razoabilidade na distinção feita. É plenamente possível que tenham sido apreendidos bens que sejam produto ou proveito do crime e que não interessem de forma alguma às atividades policiais ou de entidades relacionadas. Nesses casos, não há razão para manter os bens em custódia, apreendidos ou sequestrados, sem utilização, ao aguardo da sentença condenatória que irá decretar o seu perdimento em favor da União. A depreciação econômica do bem atingiria tanto o interesse do Estado, que receberia bem de valor menor após a condenação, quanto o interesse do acusado-proprietário, que também teria prejuízo em caso de absolvição. Conforme as precisas lições de Samuel Miranda Arruda (ob. cit., p.173): 'Dificilmente se

> poderá cogitar de uma hipótese em que a manutenção do bem em custódia, inutilizado, seja mais vantajosa do que a alienação. Temos que o risco de desvalorização é quase presumido, sendo do interesse do próprio investigado que a alienação se dê com o fim de preservar o valor real do patrimônio acautelado'. Assim entendemos plenamente cabível a aplicação do regime de alienação cautelar, previsto no art. 62 para os instrumentos do crime, aos produtos e proveitos que não se destinem à utilização por entidades relacionadas às atividades previstas na Lei, incluindo as policias. Como as normas que tratam da alienação cautelar são normas processuais, relacionadas ao poder de cautela do magistrado, é plenamente possível a utilização da analogia, como expressamente permite o art. 3º do CPP. Relembre-se, por fim, que o CNJ expediu a Recomendação 30, em 10 de fevereiro de 2010, orientando os magistrados a realizar a alienação antecipada de bens apreendidos em qualquer feito criminal, com força no poder geral de cautela. Por fim, a nova redação dada ao art. 4º, § 1º, da Lei de lavagem pela Lei 12.683/2012 e a Lei 12.694/2012, ao incluir o art. 144-A no CPP, previram expressamente a alienação antecipada, conforme será tratado em tópico próprio"[30].

Não obstante o exposto, esta abordagem ousa discordar do posicionamento supracitado e não crê na possibilidade de se buscar a solução para tal problema (alienação antecipada dos bens que sejam produto ou proveito do crime) por meio da aplicação da analogia ou por força do disposto na Lei nº 12.683/2012 (nova lei de lavagem) e no art. 144-A do CPP, conforme a redação da Lei nº 12.694/2012, pelos argumentos a seguir. A assertiva de que a depreciação econômica é prejudicial ao Estado é válida, mas, no tocante ao acusado-proprietário, não é crível que a alienação antecipada sanará seu prejuízo nem que seja de seu interesse. Caso este venha a ser absolvido, até que o Estado tenha feito o leilão e possibilitado o depósito do valor para posterior restituição (valor normalmente objeto de questionamento) ao absolvido, este já terá sofrido, no mínimo, prejuízos decorrentes da privação do bem que, de qualquer forma, ensejarão a ação de indenização em face do Estado. A respeito desta situação específica, discorre Sídio Rosa de Mesquita Júnior:

> "O locupletamento é defeso na CF. Nem mesmo os entes públicos poderão enriquecer ilicitamente. Por isso, somente os bens atingidos pela sentença condenatória não resultarão em indenização. Ainda que os bens sejam devolvidos em ótimo estado, o poder público deverá indenizar a pessoa atingida pela privação do direito cautelar e que depois venha a ser absolvida pelo tribunal"[31].

Quanto à utilização da analogia (com base no art. 3º do CPP) para se efetivar a alienação cautelar dos produtos e proveitos auferidos com o tráfico de drogas, o entendimento aqui postulado é de que se trata de uma solução inaplicável no presente caso. É cediço que a analogia processual pode ser usada contra ou a favor do réu. Neste sentido os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> "No processo penal, a analogia pode ser usada contra ou a favor do réu, pois não se trata de norma penal incriminadora, protegida pelo princípio da reserva legal, que exige nítida definição do tipo em prévia lei"[32].

No entanto, os dispositivos processuais que tratam de perdimento de bens, para esta abordagem, são normas processuais heterotópicas, ou seja, não obstante suas regras serem previstas em diplomas processuais, possuem conteúdo material. O art. 5º, inciso XLVI, alínea "b", da CF dispõe:

> "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> […]
> (b) perda de bens".

Em se tratando de uma norma nitidamente de caráter penal, a perda de bens não admite a aplicação da analogia em prejuízo do réu.

Quanto à possibilidade de se aplicar o art. 4º, § 1º, da lei de lavagem, entende-se aqui que tal dispositivo só se aplica aos casos previstos naquela norma; do mesmo modo, por uma questão de coerência com o entendimento deste trabalho, explicitado no módulo II quanto ao rito a ser adotado na Lei nº 11.343/06, entende-se que o art. 144-A do CPP não se aplica à lei de drogas, que é especial.

Por fim, o artigo 63, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 assim dispõe:

> "Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível".

Vê-se que o *caput* do art. 63 da Lei nº 11.343/06 refere-se à decisão de 1º grau e em seu § 2º estabelece que cabe à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados *em caráter cautelar*, bastando que tenha sido decretado seu perdimento em favor da União.

Nota-se, ainda, que não precisa ocorrer trânsito em julgado para ser encetada tal alienação que possui caráter cautelar, tanto que o § 4º do aludido artigo 63 trata da destinação dos bens que tenham sido perdidos em favor da União com caráter definitivo, já que menciona neste parágrafo a expressão *"transitada em julgado a sentença"*.

Nesse diapasão, tanto para os bens perdidos em caráter provisório em razão de sentença condenatória (§ 2º do art. 63 da Lei nº 11.343/06) quanto para os bens declarados perdidos em favor da União em caráter definitivo (§ 4º, do art. 63 da Lei nº 11.343/06), cabe à Senad autorizar o uso deles, já que poderão aliená-los, seja de forma cautelar seja definitiva.

Por isso a doutrina dos processualistas Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho conclui:

> "O procedimento, até a condenação, ocorre intra processo, não havendo qualquer tipo de ingerência de outros órgãos governamentais na destinação preliminar do bem. Por isso, para decidir basta que o juiz tenha ouvido o Ministério Público. E quanto à Senad, não é necessário que se manifeste – é suficiente que seja cientificada de decisão judicial, apenas para o fim de manter controle estatístico (ver previsão do art. 17)"[33].

A *contrario sensu* do exposto pelos ilustres processualistas, após a sentença condenatória, deverá sempre ser ouvida a Senad.

Em resumo, antes da condenação, o magistrado apenas informa à Senad a autorização para o uso dos instrumentos do crime. No entanto, após tal decisão, os pedidos de utilização dos bens deverão ser concedidos depois de ouvida a SENAD.

---

[1] NAÍM, Moisés. **Ilícito**: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 17-18.
[2] BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998 de acordo com a Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 35-36.
[3] GLENNY, Misha. **McMáfia**: crime sem fronteiras. Tradução Lúcia Boldrini. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 63.
[4] MONTOYA, Mário Daniel. **Máfia e crime organizado**: aspectos legais, autoria mediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder, atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 72.
[5] GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 256-257.
[6] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ACA nº 126.697-3. Relator: Des. Álvaro Cury. RJTJSP 138/451.
[7] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC nº 8664. Relator: Des. Barros Franco.
[8] THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 307.
[9] VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção civil do domínio**: perdimento de bens . Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 23-24.
[10] Justificação ao projeto de Lei nº 5681/2013.
[11] MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 321.
[12] RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 250-251.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68-69.
[14] , [18] RANGEL; BACILA, 2007, p. 251.
[15] SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 165.
[16] , [20] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 322.
[17] GRANADO, Marcelo (Coord.). **A nova lei antidrogas**: teoria, crítica e Comentários à Lei nº 11343/06. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 216.
[19] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: reais. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 362-363.
[21] MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas**: Lei nº 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 165.
[22] SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas**: manual prático. Curitiba: Juruá, 2007. p. 512-513.
[23] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 323.
[24] MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.
[25] BARROS, 2012. p. 59.
[26] , [33] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 326.
[27] RANGEL; BACILA, 2007, p. 253.
[28] GOMES, 2013, p. 279.
[29] RANGEL; BACILA, 2007, p. 256.
[30] MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 327-328.
[31] MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 166-167.
[32] NUCCI, 2008, p. 69.

3.19. Preliminares mais comuns em processos envolvendo a Lei nº 11.343/2006

- 3.19.1. Questionamento quanto às interceptações telefônicas
- 3.19.2. Nulidade − Ausência de mandado de busca e apreensão
- 3.19.3. Direito de recorrer em liberdade
- 3.19.4. Cerceamento de defesa pela não realização do exame de dependência toxicológica
- 3.19.5. Abuso de Direito - Uso desnecessário de algemas durante o interrogatório
- 3.19.6. Flagrante forjado

3.19.1. Questionamento quanto às interceptações telefônicas

Um dos assuntos mais corriqueiros em se tratando de tráfico de drogas diz respeito ao questionamento quanto às interceptações telefônicas. Isso porque as interceptações, sem dúvida alguma, ao lado das denúncias anônimas, constituem hoje um dos instrumentos mais eficazes para a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, notadamente quando se trata de organização criminosa e/ou tráfico interestadual.

Nesse contexto, buscando fornecer mecanismos que possam auxiliar o trabalho dos promotores de justiça, em especial, daqueles que oficiam em comarcas do interior, onde deparam com todo tipo crime, inclusive tráfico de drogas e associação para tal fim, abaixo serão elucidadas algumas das preliminares mais comuns à área, com os principais questionamentos arguidos pela defesa, bem como, a título de sugestão, serão apresentadas algumas doutrinas e jurisprudências que tratam do assunto.

Antes, porém, torna-se necessário trazer à baila alguns apontamentos sobre o valor probante da interceptação telefônica e sua importância.

Em relação às escutas telefônicas, vale ressaltar que constituem mais um meio de prova eficiente e inovador, colocando a tecnologia a serviço da justiça, mormente nos delitos de tráfico de drogas.

Como é cediço, a interceptação telefônica constitui valioso instrumento de investigação e de prova, sobretudo quando o delito perpetrado se desenvolve às escondidas, como o tráfico de drogas. Nesse sentido:

> "PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - TRÁFICO DE DROGAS - PERMISSÃO JUDICIAL - EFICÁCIA. Admite-se como prova hábil à demonstração do tráfico de entorpecentes o resultado de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a teor da Lei 9296/1996. A utilização de escutas telefônicas constitui mais um meio de prova, inovador e eficiente, colocando a tecnologia a serviço da Justiça. Justificado o pedido de interceptação e obedecidos os requisitos legais, sua feitura é aceita à conta de meio de prova, tal como os demais meio probantes. TÓXICO - ASSOCIAÇÃO - ILÍCITO PERPETRADO ANTES DA LEI 11.343/2006 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA A FATOS A ELA ANTERIORES - INCIDÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XL, DA CF/88 C/C O ART. 2º DO CP - ARTS. 14 e 18, INCISO III, AMBOS DA LEI 6.368/76 - DECOTE DA MAJORANTE - CRIME AUTÔNOMO -NECESSIDADE DE SUA ADEQUAÇÃO AO FATO - LEI POSTERIOR QUE FAVORECE O AGENTE - SUA APLICAÇÃO IMEDIATA. Com o advento da Lei 11.343/2006, a associação eventual ou permanente passou a ser prevista e punida como crime autônomo (art. 35 da nova Lei Antitóxicos). De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores"[1)].

Nulidade das interceptações em razão das sucessivas prorrogações

No caso de haver mais de uma prorrogação da interceptação telefônica, é comum os defensores questionarem a sua validade, sob o argumento de que não poderia haver mais de uma. Como se sabe, o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 prevê a possibilidade de prorrogação da interceptação telefônica, bastando para tanto que seja comprovada a indispensabilidade de tal medida.

Quanto às sucessivas prorrogações do monitoramento, insta ressaltar que tal medida não enseja nenhuma nulidade, desde que se visualize o necessário prosseguimento das investigações e que a medida seja indispensável. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

> *"Se a interceptação telefônica foi feita pela Autoridade Judiciária com equilíbrio e atenção às exigências do art. 5º da Lei 9296/96, não poderá ser declarada nula porque foi renovada várias vezes posteriormente em razão da necessidade do prosseguimento das investigações"* [2)].

Ademais, consubstanciado no princípio da busca da verdade real, o dispositivo legal (art. 5º da Lei nº 9.296/96) pode ser flexibilizado sem que acarrete ilegalidade na produção da prova. Nesse sentido a jurisprudência:

> “APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. *Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5.º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, inocorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na produção da prova impugnada”*[3].

> “APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - LEGALIDADE - PROVAS CONCRETAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REPRIMENDAS DEMASIADAS - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - MODIFICAÇÃO. *Havendo autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, sendo necessária a prorrogação do prazo para a escuta, no sentido de perquirir uma investigação mais aprofundada, é possível que esta seja concedida por mais de uma vez, flexibilizando-se o dispositivo legal (art. 5.º Lei 9.296/96), com fulcro no princípio da busca da verdade real, inocorrendo, assim, qualquer tipo de ilegalidade na produção da prova impugnada.* Havendo provas concretas da autoria e da materialidade do delito de associação para o tráfico de drogas, impossível a absolvição. Aplicadas as reprimendas de forma demasiada, imprescindível sua reforma para melhor amoldá-las às circunstâncias do apelante. É de se modificar o regime de cumprimento de pena estabelecido no integralmente fechado, tendo em vista o advento da Lei 11.464/07, que modificou a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, no sentido de estabelecer exclusivamente, o regime inicialmente fechado para os delitos elencados nesta lei. Provimento parcial do recurso que se impõe”[4].

Se persistirem os motivos que ensejaram a decretação do monitoramento, podem-se ocorrer sucessivas prorrogações, não se maculando, assim, as provas derivadas da questionada interceptação. Esse é o uníssono entendimento do escólio pretoriano:

> “TRÁFICO. PRELIMINAR. *ILEGITIMIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VÁRIAS RENOVAÇÕES DA DILIGÊNCIA. NECESSIDADE DAS PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INOCORRÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. REJEITA-SE*. REEXAME DE PROVAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE. PRESUNÇÃO DO FLAGRANTE. AUTORIA, TIPICIDADE E MATERIALIDADE COMPROVADAS. OCORRÊNCIAS DELITUOSAS NÃO RELATADAS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME. APREENSÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROVA DE SUA UTILIZAÇÃO NO TRÁFICO. REVOGAÇÃO DO PERDIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - *Não há limite para o prazo de prorrogação da interceptação telefônica, desde que justificada sua necessidade, e atentando-se a critérios de proporcionalidade e adequabilidade da medida.* - Estando a confissão extrajudicial em harmonia com o restante da prova coligida, notadamente as degravações telefônicas e a prova testemunhal, resta provada a autoria, devendo ser mantida a condenação. - O réu não pode ser condenado por crime não descrito na denúncia, sob pena de ofensa ao princípio da correlação entre acusação e condenação, devendo ser absolvido em relação às múltiplas ocorrências reconhecidas na sentença e não narradas na exordial. - Se não comprovada a utilização do automóvel apreendido para o tráfico, deve ser revogado o perdimento decretado, impondo-se a liberação via alvará.” [5].

> *“INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - PROVA ELABORADA DE ACORDO COM OS PRECEITOS DA LEI FEDERAL 9.296/96 - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - INAPLICABILIDADE. Sendo de incontestável validade a escuta telefônica, apta a deflagrar um largo esquema associativo de aquisição e distribuição de um grande volume de drogas, não há que se falar em aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', tendo a diligência grande importância para o livre convencimento do magistrado, tanto mais se a identificação dos acusados foi precedida de minucioso trabalho realizado pelo serviço de inteligência da polícia civil, com a ciência ministerial”*[6].

Nulidade das interceptações telefônicas em razão da alegada inexistência de indícios razoáveis de autoria

Também é comum que a defesa alegue nulidade das provas obtidas por meio da interceptação telefônica, sob o argumento de que não foi observado o disposto no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, ou seja, não havia indícios razoáveis de autoria a justificar a medida cautelar, o que não lhe assegura razão.

Tratando-se de providência cautelar, não há que se questionar a submissão da interceptação aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam: *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco na demora).

O *fumus boni iuris*, em processo penal, traduz-se em duas exigências: 1ª) probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; 2ª) probabilidade de existência de uma infração penal.

Assim sendo, verifica-se que, ao deferir a medida cautelar em comento, deve o magistrado manter-se fiel a esses pressupostos.

No caso de questionamentos desse jaez, mister se faz salientar que as interceptações foram originadas de um trabalho investigativo da polícia, o qual culminou com a apreensão de grande quantidade de drogas e de uma quadrilha especializada no tráfico interestadual.

Assim, para que haja interceptação telefônica, é necessária, consoante alhures consignado, a ocorrência de indícios de autoria, que se traduzem na necessidade de existência de uma investigação criminal, todavia, prescinde-se de um inquérito. Nesse sentido, os ensinamentos do professor Vicente Greco Filho em sua obra *Interceptação Telefônica*:

> "A interceptação poderá ser determinada pelo Juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na *investigação criminal*; ou do representante do Ministério Público, na *investigação criminal* e na instrução processual penal. A interceptação, portanto, pode ser tanto antecedente ao processo penal quanto incidental, depois daquele instaurado"[7].

Nesse diapasão, não se pode olvidar que, para o ajuizamento da ação penal, o inquérito policial não é indispensável. A esse respeito, os ensinamentos do procurador de justiça de Minas Gerais Denílson Feitoza Pacheco:

> "O inquérito policial é 'mera peça informativa', podendo o titular da ação penal ter elementos suficientes ao oferecimento da denúncia por outros meios, motivo pelo qual se diz que ele pode ser dispensado (veja arts. 12, 27, 39, § 5º e 46, § 1º do CPP)"[8].

Ora, se o inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, questiona-se por qual motivo seria fase obrigatória para uma medida cautelar. É possível existir investigação por meio de outros atos de investigação. A respeito do que seja ato de investigação, complementa o renomado processualista penal Pacheco:

> "Por isso seria cabível se fazer a distinção entre atos de investigação, que são as provas produzidas durante a investigação criminal e atos de prova, que são aquelas produzidas durante o processo penal"[9].

Em razão do exposto, o egrégio TRF da 3ª Região assim se posicionou quanto à necessidade de inquérito policial para que se possa efetivar a interceptação telefônica judicialmente autorizada:

> "O pedido de quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático tem a natureza de Medida Cautelar Preparatória, de caráter instrumental, pelo que a sua formulação independe de prévia abertura de inquérito policial ou da instauração de Ação Penal, conforme, inclusive, autoriza o artigo 240 do Código de Processo Penal, sendo necessário, somente, a presença de indícios de autoria delitiva e mínima prova da prática de uma infração Penal, além do 'periculum in mora'"[10].

Ainda nesse mesmo sentido:

> "CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO-ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA.
>
> [...]
>
> Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis.A legislação fala em "investigação criminal", não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial. [...]"[11].

Conforme se depreende de todo o exposto, é indispensável, portanto, para a efetivação da interceptação telefônica, que a ordem judicial seja acompanhada de uma motivação, especificamente vinculada à situação concreta.

Da ausência da transcrição dos diálogos interceptados

A alegação de cerceamento de defesa ante a ausência de transcrições dos diálogos interceptados apresenta-se indevida.

Nesse aspecto, é imprescindível ponderar que, embora não tenha sido transcrita a totalidade dos diálogos interceptados (caso realmente não tenha sido feita a transcrição na sua íntegra), foi devidamente encaminhado ao juízo o CD contendo o total das gravações. Assim, verifica-se que a totalidade do material advindo das escutas telefônicas esteve à disposição das partes durante a instrução.

Diante disso, percebe-se que o fato de os agentes federais/civis realizarem a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova, não caracterizando cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal ou contraditório.

Nesse sentido, manifestou-se o desembargador Herculano Rodrigues Carneiro, na Apelação Criminal nº 1.0480.04.057149-3/001:

> "[...] Foi argüida também a nulidade da sentença, ou a inadmissibilidade da prova obtida mediante interceptação telefônica, ao argumento de que *não teriam sido observadas as normas contidas na Lei 9.296/96, que exigiriam a transcrição integral das conversas interceptadas, e não apenas de trechos que os próprios peritos entenderam relevantes* [...]. Ao que consta do ofício de f. 268, as dezenove fitas K7 contendo a íntegra das gravações das interceptações telefônicas foram devidamente encaminhadas ao Juízo. *Estavam, portanto, à disposição das partes, que poderiam a qualquer tempo requerer, em relação a elas, o que lhes aprouvesse.* Embora a Lei 9.296/96 dê a entender ser desnecessária a gravação, as conversas foram gravadas e transcritas, para melhor aferição da veracidade da prova e de sua idoneidade técnica. *Não consta dos autos tenha sido procedida a inutilização dos trechos não mencionados no laudo,*

> *pelo que o fato de haver constado a transcrição apenas parcial das conversas em nada prejudica a prova*, não havendo que se falar em violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, como sustentam os acusados [...]"[12].

Se não bastasse o exposto, verifica-se que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela desnecessidade de redução a termo de todo o teor das conversas interceptadas, quando as partes têm acesso à integralidade das gravações. Senão vejamos:

> "'*INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LEI 9.296/96.* DESNECESSIDADE DE REDUÇÃO A TERMO DE TODO O CONTEÚDO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS, UMA VEZ QUE AS PARTES TIVERAM ACESSO À INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.'"[13].

Cerceamento de defesa – falta de perícia

É comum ainda se apresentar a alegação de cerceamento de defesa devido à falta de perícia por espectrograma.

Primeiro, é necessário salientar que não há cerceamento de defesa, quando a não realização de tal perícia em nada influiu no esclarecimento dos fatos, já que a prova não foi alicerçada nas interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Civil/Federal, mas em farto conjunto probatório analisado quando da apreciação do mérito.

Além disso, o STJ entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a transcrição da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do ministro Felix Fischer proferido no *Habeas Corpus* nº 15820/DF (2001/0008411-7):

> "EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N° 9.296/96. PENA.FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-N° 6.368/76. PROGRESSÃO DE REGIME.II - Interceptações telefônicas que foram *autorizadas judicialmente*, nos moldes da Lei n° 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia"[14].

Vale ressaltar que é esse o posicionamento dominante em nossos tribunais, tanto que a eminente desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Beatriz Pinheiro Caires, ao analisar questão análoga na denominada "Operação *Good Vibes*", nos autos de nº 1.0024.07.799175-0/001, cujo acórdão foi publicado em 21/08/2009, reportou-se ao julgado do TRF da 8ª Região, em que tal questão já se encontra pacificada. Senão vejamos:

> "Também não há, na Lei n. 9.296/1996, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação, e complementa: A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas"[15].

Da prova emprestada – interceptação realizada em processo diverso

A alegada nulidade absoluta do feito, em virtude de ter o juiz a quo utilizado, para formação de seu convencimento, das interceptações telefônicas produzidas em processo diverso, está entre as preliminares mais arguidas pela defesa. De modo geral, todos os defensores aduzem não ter assistido ao levantamento de tal prova, o que configuraria o cerceamento e a desobediência ao princípio do devido processo legal. Inicialmente, vale ressaltar que os monitoramentos foram regularmente deferidos por juízo competente e em obediência aos ditames da Lei nº 9.296/96. Ademais, é perfeitamente válida como meio de prova a interceptação telefônica que, além do fato para o qual foi autorizada, descobre outros delitos ligados a este. Nesse ponto, trazemos à baila o entendimento dos professores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini:

> "Se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio de probatório, inclusive quanto ao fato extradescoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita a interceptação (art. 2º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecentes; descobre-se fortuitamente a prática de um homicídio, em conexão teológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório"[16].

Quanto à alegação da defesa de que não assistiu ao levantamento de tal prova, vale esclarecer que o procedimento de interceptação telefônica consiste em uma medida de natureza cautelar, cuja finalidade é a produção de prova processual penal, no qual, para eficiência dos trabalhos, preza-se pelo sigilo.

A interceptação telefônica, determinada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial, auxilia a investigação criminal, visando à juntada de provas e indícios para enriquecimento do inquérito policial.

Ora, nessa fase investigatória, anterior à instrução criminal e caracterizada pelo sigilo, não há contraditório; portanto, a defesa não deve ter acesso aos autos, o que não vulnera a Lei Complementar nº 65/2003, o Estatuto da OAB, nem infringe a Constituição Federal. Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal. 2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado. 3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo. 4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado. 5. Recurso ordinário improvido"*[17].

A ministra Eliane Calmon, relatora do supracitado processo, concluiu em seu voto: "O inquérito policial é um procedimento de investigação de natureza administrativa e inquisitorial, que objetiva apurar a existência de fatos que, em tese, configuram crime, bem assim a sua autoria. Dentro desse enfoque, não há agressão ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o desenvolvimento das investigações em caráter sigiloso".

Nulidade das interceptações telefônicas – perícia realizada por não perito

Insubsistente também a alegação de violação ao que preceitua a Lei nº 9.296/96. O fato de as transcrições terem sido realizadas por agentes de polícia, em nada interfere em sua validade. Note-se que tais transcrições das interceptações telefônicas devem ser realizadas por agente de polícia federal/civil, dotado de fé pública. Além disso, a lei não exige que as interceptações telefônicas sejam realizadas por peritos. Nesse sentido, jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça:

> "EMENTA-APELAÇÃO - ART. 33, ART. 35 C/C ART. 40, IV, TODOS DA LEI 11.343/06 - NULIDADE EM VIRTUDE DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA - DESCABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 569 DO CPP - NULIDADE PELA

> UTILIZAÇÃO DE RITO ESPECIAL - REJEIÇÃO - REGRA CONTIDA NO ART. 78, IV DO CPP - NULIDADE POR EXCESSO NA DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - DESCABIMENTO - OBEDIÊNCIA ÀS NORMAS DA LEI 9.296/96 - POSSIBILIDADE DA POLÍCIA MILITAR INTERCEPTAR LIGAÇÕES TELEFÔNICAS - AUSÊNCIA DE TÉCNICOS NA INTERCEPTAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DA DEFESA - DESNECESSIDADE DA MEDIDA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS DEFESAS PARA ATOS PROCESSUAIS - NULIDADE RELATIVA - NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBLIDADE - REDUÇÃO DAS PENAS - DESPROVIMENTO - APLICAÇÃO DO §4° DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - DESCABIMENTO - RECURSOS DESPROVIDOS. O aditamento da denúncia, quando os autos ainda não estão conclusos para sentença, obedece a regra do art. 569 do CPP. No concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta. Não há que se cogitar em nulidade do processo por excesso de duração da interceptação telefônica, se restar comprovado que esta obedeceu rigorosamente os prazos estipulados por lei, bem como suas prorrogações. *A Lei 9.296/96 possibilita ambas as polícias, militar e civil, o uso da interceptação telefônica, desde que autorizada pela autoridade judiciária e observados os rigores de seus artigos. Nos termos da legislação vigente é prescindível que a interceptação telefônica seja realizada por peritos*. Compete ao Juiz indeferir diligências que julgar desnecessárias, sendo descabido o pedido de nulidade por cerceamento de defesa quando isso ocorrer. A ausência de intimação da defesa para atos processuais constitui nulidade relativa, sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo. Restando devidamente comprovado no bojo dos autos que os réus associaram-se para a mercancia de entorpecentes ilícitos, não há que se falar em absolvição. É impossível a aplicação do § 4° do art. 33 da Lei 11.343/06, se os réus não preenchem os requisitos necessários para tanto"[18)].

O STJ também entende que a Lei nº 9.296/96 não exige que a transcrição da escuta deva ser submetida à perícia. Nesse sentido, trecho do voto do relator ministro Felix Fischer proferido no *Habeas Corpus* nº 15820/DF (2001/0008411-7):

> "EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. MULTA.PERDIMENTO DE BENS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N° 9.296/96. PENA.FIXAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA CRIME DE ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 14 DA LEI-N° 6.368/76. PROGRESSÃO DE REGIME. [...] II - *Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei n° 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita*. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. *Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia*"[19)].

Nulidade das interceptações telefônicas – Interpretação pessoal do agente de polícia

Da mesma forma, totalmente descabida a alegação de nulidade por ter o agente policial federal/civil inserido notas explicativas nas transcrições das interceptações telefônicas.

Vale ressaltar que o egrégio Tribunal da 4ª Região já entendeu que a inserção de notas explicativas nas transcrições telefônicas é providência salutar e indispensável para a compreensão dos diálogos.

Nesse sentido, o TRF da 4ª Região entendeu desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação. E complementa: *"A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas"*[20)].

[1)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.06.031585-0/001. Comarca de Belo Horizonte. Apelantes: Maria Serafina Silva de Araújo, Edite Rodrigues da Silva. Apelado: Ministério Público Estado Minas Gerais. Relator: Des. Hyparco Immesi. Belo Horizonte, 3 de maio de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 17 maio

2007, grifo nosso.

[2)] PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus nº 3220/RS. 7ª Turma. Relator: Juiz Wladimir de Freitas. Porto Alegre, 4 de junho de 2002, votação unânime. **DJ**, 19 jun. 2002, grifo nosso.

[3)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Herculano Rodrigues. Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. **Minas Gerais***Texto em itálico*, Belo Horizonte, 22 jul. 2006, grifo nosso.

[4)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0701.03.040966-1/002(1). Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel. Belo Horizonte, 04 de setembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 4 out. 2007, grifo nosso.

[5)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0016.05.047149-5/001. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Herculano Rodrigues. Belo Horizonte, 20 de abril de 2006. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 22 jul. 2006, grifo nosso.

[6)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0313.06.209451-8/001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Judimar Biber. Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 30 maio 2008, grifo nosso.

[7)] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29, grifo nosso.

[8)] , [9)] PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 225.

[10)] SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5ª Turma. Apelação Criminal nº 2000.61.81.007596-0/SP. Relatora: Desª. Fed. Suzana Camargo. São Paulo, 3 de agosto de 2001. **DJU**, p. 454, 4 set. 2001.

[11)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 20087/SP 2001/0198363-2. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 19 de agosto de 2003. **DJ**, 29 set. 2003, p. 285. LEXSTJ, v. 176, p. 263.

[12)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0480.04.057149-3/001. Relator: Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, 9 de junho de 2005. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2 ago. 2005, grifo nosso.

[13)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 37.227/SP. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Quinta Turma. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. **DJ**, 16 nov. 2004, p. 311, grifo nosso.

[14)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 15820/DF (2001/0008411-7) Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, **DF**, 6 de novembro de 2001, grifo do autor.

[15)] PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. Apelação Criminal nº 2000.71.04.003642-3/RS. Relator: Juiz Amir Sarti. Porto Alegre, novembro de 2001. DJU, 16 jan. 2002, p. 1.396, apud PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 921.

[16)] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 194.

[17)] BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12516 / PR; 2000/0112062-0. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 20 de agosto de 2002. **DJ**, 27 set. 2004, p. 282, grifo nosso.

[18)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0223.07.216981-4/001(1). Relator: Vieira de Brito. Belo Horizonte, 10 de julho de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 08 ago. 2008, grifo nosso.

[19)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 15820/DF (2001/0008411-7). Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF 6 de novembro de 2001. **DJ**, 4 fev. 2002, grifo nosso.

[20)] PACHECO, 2005. p. 921, grifo nosso.

3.19.2. Nulidade – ausência de mandado de busca e apreensão

Quanto à regularidade ou não do mandado de busca e apreensão, igualmente despicienda se afigura tal discussão, porquanto, sendo o tráfico ilícito de entorpecentes um crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo até a sua efetiva cessação, permite-se o ingresso no domicílio do particular mesmo sem o referido mandado de busca e apreensão.

> "EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - NULIDADE DO PROCESSO - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - INEXISTÊNCIA - CRIME PERMANENTE - FLAGRANTE - POSSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - DEPOIMENTOS POLICIAIS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 - RÉUS QUE SE DEDICAM ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL INCIAL FECHADO - INADMISSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, BEM COMO DE SUA SUSPENSÃO CONDICIONAL - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - RÉU DEFENDIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. -*Sendo o tráfico crime permanente, cuja consumação se estende no tempo, possibilita a invasão do local no qual tais objetos se encontrem, até mesmo sem ordem judicial e independente do horário.* - Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos nas prisões dos réus, desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos pra embasar as condenações. - Se as penas foram fixadas de forma exacerbada, impõe-se a sua reestruturação, a fim de reduzi-las ao patamar adequado. - Restando comprovado nos autos que os acusados se dedicavam às atividades criminosas, inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei 11.343/06. - O condenado por crime de tráfico de drogas deve começar a cumprir sua pena privativa de liberdade no regime fechado, por força de expressa disposição do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, não sendo admissível a substituição de tal reprimenda por restritivas de direito (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ou a sua suspensão condicional (art. 44 da Lei nº 11.343/2006). VII - Em prol do acusado defendido pela Defensoria Pública milita a presunção de insuficiência de recursos para custear o processo, fazendo ele jus à isenção do pagamento das custas judiciais, por força do disposto no art. 10, II, da Lei Estadual nº 12.427/1996"[1)].

Nesse mesmo sentido, a alegação de violação de domicílio não se sustenta. Vejamos:

> "EMENTA -TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - NULIDADE DA APREENSÃO - INOCORRÊNCIA - CRIME PERMANENTE - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA - AGENTE PRIMÁRIO - POSSIBILIDADE. 1. *Tratando-se de delito de tráfico de entorpecentes, de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, ainda que a diligência tenha sido realizada no período noturno, não há que se falar em violação de domicílio, pois a Carta Magna excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, nem mesmo em ilegalidade das provas colhidas, já que derivadas de flagrante válido efetivado no interior do domicílio do agente, onde ocorria a prática do delito de tráfico de drogas, nas modalidades ter em depósito e guardar, situação em que se mostra desnecessário o mandado de busca e apreensão, bem como as formalidades previstas no art. 245, § 7.º do Código de Processo Penal.* 2. Sendo o agente primário, sem prova de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, possuindo circunstâncias judiciais, em sua maioria favorável, levando em conta a quantidade de droga apreendida, algo em torno de 76,88 g (setenta e seis gramas e oitenta e oito centigramas) de maconha, faz jus à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pela 1/2 (metade), pois esta deve ser aplicada levando em conta a natureza e a quantidade de droga apreendida. 3. Recurso parcialmente provido"[2)].

[1)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.07.391433-5/001(1). Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2010. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 10 fev. 2010, grifo nosso.

[2)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0352.08.041724-4/001(1). Relator: Des. Antônio Armando Dos Anjos. Belo Horizonte, 20 de outubro de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 26 nov. 2009, grifo nosso.

3.19.3. Direito de recorrer em liberdade

Preliminarmente, deve ser consignado que, recentemente, a Lei nº 11.719/2008 revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que impunha ao sentenciado a obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar da decisão.

Contudo, não é este o caso que se afigura quando o apelante foi preso em flagrante delito e assim permaneceu até o julgamento, quando, então, foi condenado.

Vale observar que a negativa do direito de recorrer em liberdade não implica inobservância de dispositivo legal, já que a prisão permanece revestida de natureza processual e não constitui efeito da condenação.

No mais, há necessidade da manutenção da custódia do recorrente como garantia da ordem pública, em razão da natureza do delito. Isso porque o tráfico de drogas é prática criminosa denunciadora da alta periculosidade do seu agente, devendo este ser afastado do convívio social para evitar ameaça à ordem pública e jurídica, obstando-se assim que a sociedade venha a se sentir desprotegida e atemorizada.

Esse é o entendimento de nosso Tribunal de Justiça:

> “EMENTA-'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INEXISTÊNCIA. - Se o crime de tráfico de entorpecentes não admite a concessão da liberdade provisória, não se há de reconhecer, ao réu já condenado, o direito de aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo”[1)].

[1)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.09.509678-0/000(1). Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2009. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 29 jan. 2010.

3.19.4. Cerceamento de defesa pela não realização do exame de dependência toxicológica

Outra alegação de nulidade comum diz respeito ao fato de o magistrado indeferir pedido de realização de exame de dependência toxicológico requerido pela defesa.

Contudo, o referido exame pode ser negado desde que constatada a sua dispensabilidade. O fato de o recorrente ser usuário não é suficiente para justificar a necessidade do exame de dependência química, pois sua efetiva necessidade emana da existência de dúvida sobre sua normalidade psíquica, em decorrência do vício. Nesse sentido:

> "PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXAME DE DEPENDÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTA. INTEMPESTIVIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INDEFERIMENTO DO WRIT. *A realização do exame de dependência toxicológica, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, situa-se no juízo de sua necessidade, cabendo ao magistrado aferir a real necessidade do exame para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento.* Não há que se falar em nulidade do ato judicial, configurado no indeferimento de pergunta à testemunha, se o fato já estava esclarecido e inexistiu prejuízo à defesa. A intempestividade do mandado de busca e apreensão não invalida a ação dos policiais, pois o delito de tráfico, na modalidade ter em depósito, é de natureza permanente, possibilitando o flagrante em qualquer momento. Ordem denegada"[1)]

> "TÓXICOS - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE JUSTIFICAM A SUA DISPENSA - NULIDADE INEXISTENTE - MOMENTO ADEQUADO PARA A ALEGAÇÃO DE NULIDADE - PRECLUSÃO. *A falta de realização do exame pericial de dependência toxicológica não configura nulidade processual se outros elementos de convicção durante a instrução probatória justificarem a sua dispensa.* O momento adequado para a realização da perícia é o imediatamente após a declaração do réu de que é dependente do uso de substância entorpecente. Se não alegada a nulidade processual, pela ausência do exame de dependência toxicológica, no prazo a que alude o art. 571, II, do Código de Processo Penal, a matéria resta preclusa"[2)].

Por oportuno, forçoso consignar que o não deferimento da realização de exame de dependência toxicológica não pode ser considerado cerceamento de defesa, visto tratar-se de ato discricionário do juiz, que, visualizando estar em questão prova prescindível ao seu convencimento, não estará obrigado a deferi-la. Nesse sentido o escólio pretoriano:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICO - TRÁFICO - ART. 12, C/C 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 - AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS DE UM DOS RÉUS - FATO QUE NÃO OBSTA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO APELO - INTELIGÊNCIA DO ART. 601, 'CAPUT', DO CPP - PRELIMINAR - NÃO-REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO À DEFESA DO ACUSADO - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS - DELAÇÕES DE CO-RÉUS AMPARADAS POR DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI DE TÓXICOS - INVIABILIDADE - DESTINAÇÃO MERCANTIL PATENTE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, REJEITADA A PRELIMINAR. a ausência de razões recursais, apesar de satisfeita a intimação, não impede o conhecimento e julgamento do apelo, a teor do disposto no art. 601, 'caput', do CPP, devendo o Tribunal 'ad quem' revisar toda a matéria objeto de análise pela primeira instância; *o Juiz, na condução do processo, não está obrigado a deferir quaisquer pedidos de produção de prova feitos pela defesa, se prescindíveis para a formação de seu convencimento, vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da Livre Convicção Motivada do Magistrado*; restando comprovada a natureza entorpecente da substância encontrada, bem como as condutas dos réus de 'trazer consigo'; 'ter em depósito' ou 'transportar', sem autorização, respondem os mesmos pelas penas previstas no artigo 12, da Lei nº 6.368/76"[3)].

Dessa forma, constata-se que o exame de dependência toxicológica somente é essencial quando há dúvidas

sobre a integridade mental do réu, em virtude do vício; caso contrário, é prescindível.

[1)] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* nº 32597/DF. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 20 de abril de 2004. **DJ**, 17 maio 2004, p. 258

[2)] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 75.399-0/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 22 de agosto de 1997. **DJU**, 6 abr. 1998, grifo nosso.

[3)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0184.03.003960-8/001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Armando Freire. Belo Horizonte, 4 outubro de 2005. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 11 out. 2005, grifo nosso.

3.19.5. Abuso de Direito - Uso desnecessário de algemas durante o interrogatório

Pode, em situações excepcionais, ser necessário o uso de algema mesmo durante o interrogatório do acusado, o que é perfeitamente possível, desde que o juiz exponha, de forma fundamentada, os motivos que o levaram a assim proceder.

Ressalte-se que a Súmula nº 11, editada em 13 de agosto de 2008, pelo Supremo Tribunal Federal, limita o uso de algemas a casos excepcionais. O texto ainda prevê sanções para quem submeter o preso a constrangimento moral ou físico *se não houver justificativa por escrito do uso de algemas*.

Assim, sobreleva notar que tal medida constitui uma excepcionalidade, sendo sua necessidade averiguada somente no caso concreto, como medida necessária para assegurar o bom andamento dos trabalhos e a segurança dos presentes.

Nesse mesmo sentido, recente posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "'HABEAS CORPUS' PREVENTIVO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TRIBUNAL DO JÚRI - USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO - DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO PRESIDENTE NA CONDUÇÃO DA SESSÃO PLENÁRIA - NECESSIDADE DE GARANTIR O BOM ANDAMENTO E A SEGURANÇA DO JULGAMENTO - EXCESSO DE PRAZO NA REALIZAÇÃO DO JÚRI - ADIAMENTO OCORRIDO POR CULPA EXCLUSIVA DA PRÓPRIA DEFESA - ORDEM DENEGADA"[1)].

[1)] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* nº 1.0000.08.475614-7/000(1). Relatora: Desª. Márcia Milanez. Belo Horizonte, 22 de julho de 2008. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 1º ago. 2008.

3.19.6. Flagrante forjado

Nulidade do feito por suposta ocorrência de flagrante forjado por policiais militares constitui outra preliminar bastante debatida na área de tóxicos.

Nesse contexto, não se pode olvidar que cabe à defesa comprovar a ocorrência de "flagrante forjado" perpetrado pelos policiais militares. Nesse particular, o ônus probatório se inverte, à luz do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sob pena de ser criada uma infalível válvula de escape, já que bastaria ao réu aduzir a existência de "flagrante forjado", para conseguir sua absolvição, sem nenhum respaldo nas provas colacionadas nos autos; isso somente serviria para fazer imperar a impunidade. Nesse sentido o professor Jorge Vicente de Paula esclarece em seu livro:

> "Encontramos prevalência na doutrina em lecionar que nos fatos constitutivos de direito o ônus é do acusador, enquanto os fatos impeditivos, extintivos e modificativos incubem ao acusado. Os fatos constitutivos dizem respeito unicamente à tipicidade e autoria do delito. Portanto, ao acusador compete provar se realizou a conduta típica e que o acusado foi o autor. Ao réu cabe provar os fatos: a) extintivos (v.g., causas de extinção de punibilidade); b) impeditivos, relacionados com a exclusão da vontade livre e consciente de praticar o fato (erro de fato, coação irresistível, causas de extinção da culpabilidade); c) modificativos, que são aqueles que excluem a antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.). [1)]

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência mineira:

> "Ementa: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreitamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. *O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinqüir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado*. Restando fartamente comprovado que o réu praticou ao menos três, das dezoito condutas previstas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, quais sejam 'trazer consigo', 'oferecer' e 'entregar a consumo', impossível se apresenta a desclassificação do fato para o delito de uso de substância entorpecente. É impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à penalidade fixada por crime cometido na vigência da Lei nº 6.368/76, uma vez que a aplicação da simbiose de textos legais produziria uma *lex tertia* de Tóxicos, que seria diversa, tanto da antiga quanto da atual, o que acabaria por acarretar benefícios exagerados e injustos, não atingindo a dupla finalidade da pena. Em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei (11.343/2006) não se afigura mais benéfica e, portanto, não retroage, porquanto recrudesceu a pena mínima abstratamente considerada, de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão e 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (Lei nº 6.368/76), para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Lei nº 11.343/06). A pena restritiva de direitos há que ser suficiente para o desestímulo e a repreensão da conduta delituosa, admissível a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, do CP. Recurso parcialmente provido. V.V.P.: PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPRAOVADAS - APLICAÇÃO DISPOSITIVO CONSTANTE DO ART. 33., §4º, DA LEI 11.343/06 - POSSIBILIDADE . A circunstância que privilegia o delito (art.33, § 4º, da Lei 11.343/06) afasta a equiparação com hediondez tratada na Lei 8.072/90. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL"[2)].

> "PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FLAGRANTE FORJADO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA

> CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06 - COMBINAÇÃO DE LEIS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CABIMENTO - MEDIDA MAIS BENÉFICA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. *A prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção disponíveis nos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam no sentido de que os policiais deixaram de agir escorreitamente, ou de que tinham algum interesse em incriminar falsamente o agente. O flagrante forjado ou preparado ocorre quando o agente vem a delinqüir induzido por policial, ou seja, acontece por força de uma situação simulada por alguém para levá-lo a praticar uma ação criminosa. Não ocorrendo essa hipótese, não há falar em flagrante forjado.* […]"[3].

É interessante, ainda, ponderar que a conduta dos policiais esteve voltada para surpreender o réu e não para gerar o crime e acrescentar que o delito de tóxicos é de natureza permanente, consumando-se com a simples posse da substância entorpecente para venda em desacordo com determinação legal.

Nesse sentido, a jurisprudência pacificada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "EMENTA – 'HABEAS CORPUS' - Flagrante preparado - Inexistência - Crime permanente - Precedente do STF – 'Inocorre flagrante preparado em sede de crime permanente, porquanto o crime preexiste à ação do agente provocador' - Liberdade provisória - Concessão - Impossibilidade - Presença dos requisitos da preventiva - Não se defere liberdade provisória ao réu, cuja manutenção da custódia faz-se necessária como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, independentemente de suas qualidades pessoais - Excesso de prazo - Instrução criminal já encerrada, estando os autos na fase de alegações finais - Inexistência de constrangimento ilegal - Súmula nº 17 do TJMG - Súmula nº 52 do STJ - Estando encerrada a instrução criminal, não há falar-se em constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa - Ordem denegada"[4].

Este é, também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *"Lei de Tóxicos. Posse e venda de maconha. Flagrante preparado. Inteligência da Súmula 145 do STF. A operação preparada de venda de droga não nulifica a denúncia se esta se funda também no fato da posse, constatado como preexistente à simulação policial"*[5].

> *"O flagrante preparado em ação de venda de droga não anula o processo-crime se a condenação está fundada também na posse, preexistente à simulação policial."* [6]

---

[1] SILVA, Jorge Vicente. *Manual da Sentença Penal Condenatória*: Requisitos e Nulidades. Curitiba: Juruá, 2003. p. 229

[2] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0672.06.215789-2/001(1). Relator: Des. Hélcio Valentim. Belo Horizonte, 06 de novembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 nov. 2007, grifo nosso.

[3] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 1.0672.06.215789-2/001(1). Relator: Des. Hélcio Valentim. Belo Horizonte, 6 de novembro de 2007. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 nov. 2007, grifo nosso.

[4] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.05.430919-0/000(1). Relator: Des. Gudesteu Biber. Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2006. **Minas Gerais**, Belo Horizonte 27 jan. 2006.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 65.831/ES. Relator: Min. Francisco Rezek. **DJU**, 18 mar. 1998.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 72.674-SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 26 de março de 1996. RJT n°163, p. 608

4. Atuação no Juízo da Execução Penal

- 4.1. Da fiscalização das cadeias públicas e dos estabelecimentos prisionais
- 4.2. Da execução da pena
- 4.3. Da pena privada de liberdade
- 4.4. Da pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena
- 4.5. Da comissão técnica de classificação
- 4.6. Do exame criminológico
- 4.7. Do trabalho do condenado
- 4.8. Da progressão e da regressão do regime prisional
- 4.9. Das autorizações de saída
- 4.10. Da remição
- 4.11. Do livramento condicional
- 4.12. Do agravo em execução
- 4.13. Do indulto
- 4.14. Da comutação

4.1. Da fiscalização das cadeias públicas e dos estabelecimentos prisionais

Nas visitas mensais ou em visitas extraordinárias a estabelecimentos prisionais e casa de albergados, recomenda-se ao Promotor de Justiça a seguinte rotina.

- Verificar se há pessoas presas ilegalmente. Em caso positivo, adotar as medidas cabíveis para fazer cessar o constrangimento ilegal. Notificar as Corregedorias dos presídios e da Polícia Judiciária. Atenção especial deve ser dada a eventuais *prisões para averiguação ou correcionais*, inadmitidas pelo ordenamento constitucional vigente.
- Verificar as condições gerais de funcionamento dos estabelecimentos, tais como saúde, segurança, alimentação, higiene, dentre outras.
- Ouvir os presos, anotando as suas reclamações.
- Adotar as providências cabíveis referentes às reclamações dos presos que tenham procedência e encaminhar o relatório de visitas ao Centro de Apoio às Promotorias Criminais (CAOCrim), propondo as medidas que estiverem fora de sua esfera de atribuições. Atentar para a informatização de tais relatórios.
- Sempre que possível, estudar previamente os casos para orientar e aconselhar os presos sobre o direito a livramento condicional, albergue, unificação de penas, revisão, progressão, remição, entre outros.
- Se houver menores presos, verificar se estão em cela especial. Se houver mulheres, ver se estão em estabelecimento separado.
- Inspecionar o desenvolvimento do regime aberto e semiaberto, bem como as disposições legais pertinentes.
- Fiscalizar o regime disciplinar e zelar pela legalidade das prisões e dignidade do preso.

4.2. Da execução da pena

[1)]

O fim da execução penal de acordo com o artigo 1º da Lei nº 7.210/84 é:

> "a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social"[2)].

Para a efetivação desses objetivos e demonstrando a natureza jurídica da execução penal, a LEP previu diversos direitos aos condenados, bem como órgãos responsáveis pela execução da pena e sua fiscalização.

Técnica de atuação ministerial na execução penal

A atuação ministerial na execução se dá tanto no âmbito judicial, com a fiscalização do cumprimento da pena relativa aos sentenciados submetidos à jurisdição da comarca, interposição de recurso de agravo, mandado de segurança, *habeas corpus*, propositura de ação civil pública para interdição de unidade prisional, etc; como na esfera extrajudicial, com a fiscalização de estabelecimentos prisionais, entidades beneficiadas com as penas restritivas de direito e nosocômios acolhedores de pacientes judiciários submetidos a medida de segurança, atendimento aos sentenciados, seus parentes e advogados, participações de reuniões com magistrados, defensores públicos e membros da Secretaria de Defesa Social etc.

[1)] Sobre competência para execução de pena, ver Súmula nº 192 do STJ: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual".

[2)] item 14 da Exposição de Motivos da LEP

4.3. Da pena privada de liberdade

Cumpre ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- expedição de guia de recolhimento;
- liberação de vaga para cumprimento de pena;
- atestado de conduta carcerária;
- realização de exame criminológico;
- unificação de penas;
- aplicação da lei penal posterior mais benéfica;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- concessão de progressão de regime;
- regressão de regime;
- concessão de saídas temporárias;
- autorização para trabalho externo;
- concessão de remição da pena pelo estudo ou pelo trabalho;
- concessão de prisão domiciliar;
- concessão de livramento condicional;
- transferência do processo de execução;
- liberação de pecúlio;
- concessão de salvo conduto;
- concessão de comutação de pena;
- concessão de indulto;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).

Providências preliminares — Expedição da guia de recolhimento

Estando o condenado preso, requerer ao Juiz das Execuções a expedição da guia de recolhimento, instruída com os documentos previstos no art. 106, LEP. A guia será expedida em duas vias, sendo uma para o estabelecimento penal onde se encontra o condenado e outra para a Secretaria de Defesa Social — Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas, a última acompanhada de ofício assinado pelo Juiz, requisitando vaga no sistema penitenciário e obrigatoriamente assinada pelo Promotor de Justiça.

Não estabelecimento do regime prisional na sentença

Se eventualmente o Juiz sentenciante deixar de estabelecer qual o regime prisional imposto ao condenado, requerer ao Juiz da Execução que o fixe, observando, contudo, o disposto detalhadamente no art. 33 do Código Penal.

Modificação do regime de cumprimento da pena

Em sede de juízo de execução penal, a unificação das penas impostas em diversas sentenças condenatórias poderá modificar o regime de cumprimento estabelecido em cada sentença isoladamente (art. 111, LEP).

A modificação do regime inicial do cumprimento da pena poderá ocorrer, também, nos casos de detração penal e da remição (este último benefício é também considerado em relação ao tempo da prisão provisória).

A unificação pode redundar também, por óbvio, em diminuição de pena, *v.g.*, nos casos de reconhecimento de ocorrência de crime continuado.

4.4. Da pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena

Cumpre ao órgão ministerial requerer/opinar sobre:

- expedição de guia de execução definitiva ou provisória;
- liberação de vaga para cumprimento de pena de limitação de fim de semana;
- encaminhamento do sentenciado às entidades cadastradas para cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- certidões sobre o cumprimento de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária;
- atestado de conduta carcerária do sentenciado que cumpre limitação de fim de semana;
- designação de audiência para oitiva do sentenciado;
- conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade;
- substituição de uma pena restritiva de direito por outra;
- parcelamento da prestação pecuniária;
- transferência do processo de execução;
- isenção/parcelamento das custas processuais;
- remissão/parcelamento da pena de multa;
- extinção da pena (cumprimento, prescrição, morte do agente, etc).

Cumpre, ainda, ao órgão ministerial, também nesses casos, executar a pena de multa[1)].

Prestação de serviços à comunidade

Se a pena aplicada é restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, requerer ao Juiz das Execuções que seja designada entidade ou programa comunitário ou estatal no qual serão prestados os serviços pelo condenado, intimando-o para tal fim. Atentar para o fato de que, nas hipóteses de Juizados Especiais, cumpre ao órgão do MP indicar a entidade onde serão prestados os serviços, bem como a forma e a duração, o que se torna obrigatório após a sentença judicial homologatória (art. 76 e ss. da Lei nº 9.099/95).

Indicação do local de prestação do serviço pelo condenado

Nada impede seja o condenado intimado a indicar o local onde prestará os serviços, desde que a entidade seja congênere às citadas pelo art. 149 da LEP. Em qualquer caso, deverá a entidade, mensalmente, enviar à secretaria do juízo relatório pormenorizado acerca das atividades exercidas pelo condenado, com a respectiva jornada de trabalho (art. 150, LEP).

Fiscalização pelo Ministério Público

O órgão de execução deve atentar para o dever de, sempre que possível, fiscalizar *in loco* a prestação do serviço pelo condenado, manifestando-se nos respectivos autos processuais a respeito de qualquer anomalia

percebida.

Pena de multa – Dívida de valor – Legitimidade para cobrança

Observar que, com o advento da Lei nº 9.268, de 1/4/96, que alterou dispositivos do Código Penal e, em especial, a redação do art. 51, a multa aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi transformada em dívida de valor, sujeitando-se, portanto, as normas legais relativas à dívida ativa da Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80), tais como o momento de incidência da correção monetária, que passou a ser o da data do cometimento do ato ilícito, bem como, ainda, ao procedimento estabelecido na Lei de Execução Fiscal, inclusive, quanto às causas de suspensão e interrupção da prescrição.

Mister salientar que a Corregedoria-Geral do Ministério Público publicou o Aviso nº 10/2009, estabelecendo que, não havendo adimplemento voluntário da pena de multa, a execução por quantia certa deve ser empreendida pela Procuradoria da Fazenda Pública, em face do caráter de dívida de valor, para evitar possíveis extinções processuais por ilegitimidade do polo ativo.

Portanto, o Promotor deverá manifestar-se no sentindo de que seja encaminhada cópia autêntica da sentença condenatória e certidão de débito em dívida ativa da Secretária de Estado da Fazenda, para inscrição do débito em dívida ativa e posterior propositura da ação de execução pela Procuradoria do Estado, perante uma das Varas da Fazenda Pública Estadual, em conformidade com o que dispõe a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

Condições para concessão da suspensão condicional da pena

Observar que o *sursis* não é incidente da execução da pena, razão pela qual as condições para a concessão serão ditadas em audiência admonitória realizada no juízo da condenação, cabendo ao Juiz da Execução fiscalizar o cumprimento das obrigações.

Período de prova

Cabe ao órgão do MP fiscalizar as condições gerais do *sursis*, atento para o fato de que o período de prova só começa a fluir após a realização da audiência admonitória respectiva.

Condições obrigatórias

Lembrar que independe de fixação judicial a condição prevista no § 10 do art. 78, CP, por ser uma condição obrigatória, salvo quando da ocorrência da hipótese prevista no § 2° do mesmo artigo.

[1)] As receitas originadas das multas são recolhidas ao fundo penitenciário estadual, cabendo ao Promotor de Justiça informar, mensalmente, ao Conselho Penitenciário Estadual o montante arrecadado (Recomendação nº 3/96 da CGMG).

4.5. Da comissão técnica de classificação

A Comissão Técnica de Classificação, prevista na Lei de Execução Penal (arts. 6° e ss.), é órgão que acompanha a vida carcerária do condenado, opinando quanto à concessão da maioria dos benefícios legais do réu. Referida comissão tem sido constituída somente nas penitenciárias. Na sua falta, prevê a lei sua substituição por fiscais do serviço social (art. 7°, parágrafo único). Não havendo a CTC e tampouco os fiscais do serviço social, tem-se aceito relatório da autoridade policial para fins da análise judicial da viabilidade da concessão dos benefícios ou quanto à regressão do regime de cumprimento de pena.

4.6. Do exame criminológico

A Lei de Execução Penal prevê a submissão obrigatória do condenado em regime fechado a exame criminológico (art. 8°), facultando, porém, o referido exame para os condenados em regime semi-aberto (art. 112). Não havendo no estabelecimento penal o Centro de Observação − órgão responsável pela elaboração do exame criminológico (art. 96), requerer seja o exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação (art. 98), observados os comentários sobre essa comissão no item anterior.

Se o estabelecimento penal não contar com nenhum dos órgãos acima, recomenda-se:

- requerer ao Juiz que o condenado seja submetido ao exame criminológico em estabelecimento penal adequado indicado pela Secretaria de Defesa Social; ou
- requerer ao Juiz que sejam nomeados os profissionais a que alude o art. 103 da Lei Estadual nº 11.404/94 — Lei de Execução Penal Estadual de Minas Gerais – (psicólogo, psiquiatra, clínico geral, assistente social, educador e criminólogo), para realização do mencionado exame;
- não havendo na comarca os profissionais indicados na alínea anterior, sugerir a nomeação de outros, com conhecimento similar, para o encargo.

O exame criminológico tem sido exigido ainda em pedidos de indulto/comutação de pena, para se certificar do real mérito do sentenciado.

4.7. Do trabalho do condenado

Obrigatoriedade

O trabalho para o condenado a pena privativa de liberdade é obrigatório – constituindo também um direito; observado o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas, sua resistência ou falta voluntária constituem infração disciplinar (arts. 41 e 142, III, da Lei Estadual nº 11.404/94).

Preso recolhido à cadeia pública

O Promotor de Justiça poderá avaliar a conveniência de propor ao Diretor da Cadeia Pública que os presos em regime fechado prestem serviços no interior da cadeia ou da delegacia, tais como o de faxina, ou ainda, trabalhem na criação de horta ou desenvolvam outras atividades compatíveis com o espaço físico disponível e outras circunstâncias.

Trabalho externo com autorização judicial

Notar que, em regra, o trabalho externo somente é admissível ao condenado em regime semiaberto, mediante autorização judicial.

Trabalho externo com autorização da direção do estabelecimento

A lei estabelece que o trabalho externo poderá ser concedido, também, ao condenado em regime fechado independentemente de autorização judicial (art. 37, LEP), somente em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga (art. 36, LEP).

Fiscalização do trabalho externo

Fiscalizar o trabalho externo, requisitando ao Diretor do Presídio ou ao Delegado de Polícia (quando for o caso) lista dos presos em regime fechado que gozam do beneficio do trabalho externo, contendo o local, função e horário do trabalho.

4.8. Da progressão e da regressão do regime prisional

Necessidade de se ouvir a Comissão Técnica de Classificação

Ao emitir parecer sobre a progressão de regime, requerer a oitiva da Comissão Técnica de Classificação. Na inexistência desta no estabelecimento penal, deverá o Promotor atentar para tudo o que foi mencionado anteriormente.

Progressão para o regime semiaberto

Observar que o condenado em regime fechado, após cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e preenchidos os requisitos subjetivos, progredirá para o semiaberto, tendo, também, direito às saídas temporárias[1)].

Recordar que, ocorrendo unificação de penas, a progressão de regime ou a obtenção de qualquer outro benefício deverá ter por base o *quantum* total de pena e não o limite definido no art. 75 do Código Penal.

Progressão para o regime aberto

Quanto à progressão para o regime aberto, verificar se o requerente foi também condenado, além da pena privativa de liberdade, em pena pecuniária. Em caso afirmativo, se o parecer for favorável à pretensão deduzida, condicioná-lo ao pagamento da multa, pois o condenado solvente que deixa de pagar a multa não pode ser beneficiado com o regime aberto (art. 118, § 10, LEP).

Exige-se, como condição de o condenado ser contemplado com o regime aberto, que ele esteja trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Necessário que o Promotor de Justiça esteja alerta à realidade socioeconômica da região, levando em consideração ainda o preconceito que dificulta o preso se ocupar com a brevidade exigida pela lei. Salienta-se ser usual a aceitação da “carta de emprego” emitida pelo poder público municipal.

Regime aberto em prisão domiciliar

O art. 117, LEP prevê, taxativamente, as hipóteses de concessão da prisão domiciliar.

Assim, a inexistência de vaga na casa de albergado não autoriza a aplicação da prisão domiciliar, em face da prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Ademais, há o fato de a administração não ter meios de controle ou fiscalização sobre o cumprimento das condições previstas na lei.

Seguindo esse entendimento, o TJMG manifestou:

> HABEAS CORPUS - PRISÃO DOMICILIAR - REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA EM LEI - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. - O cumprimento da pena em caráter de prisão domiciliar somente se justifica nas hipóteses expressas no artigo 117 da LEP, não havendo que se falar em constrangimento ilegal ao paciente que não se enquadra nas hipóteses previstas. (TJMG, HC nº 1.0000.09.501429-6/000(1), Relator Adilson Lamounier, 25.08.2009).

> PROCESSUAL PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. - A pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade quando, no curso da execução, sobrevier condenação por outro crime, nos termos

> do art. 44, § 5º, do CPB. - *Não se justifica a concessão da prisão domiciliar ao condenado que cumpre pena em regime aberto, ausentes as hipóteses previstas no art. 117 da LEP, por inexistência de vaga em estabelecimento prisional próprio.*(TJMG, HC nº 1.0000.09.490934-8/001(1), Relator Ediwal José de Morais, 02.09.2009 – grifo nosso).

A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de vaga em casa de albergado para o seu cumprimento, o condenado deve ser recolhido em estabelecimento prisional adequado, não devendo ser deixado em liberdade.

Regressão do regime

O art. 118, LEP, prevê as hipóteses em que ocorrerá a regressão do regime prisional. Importante que, na hipótese do inciso I, requeira o Promotor de Justiça a oitiva prévia do condenado em juízo (§ 2°), pois um fato que, em tese, apresenta-se como falta grave, por exemplo, a fuga, pode, após a oitiva do condenado, ser considerado como motivo justo ao cometimento daquela suposta falta. Observar que o pedido de regressão deve compatibilizar-se com os postulados do contraditório e da ampla defesa.

[1)] Súmula n. 40 do STJ: "Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado" (DJU de 12/5/92).

4.9. Das autorizações de saída

Permissão de saída (art. 120, LEP)

A permissão de saída a que alude o art. 120 independe de autorização judicial, sendo ato do Diretor do Presídio (ou do Delegado de Polícia, quando for o caso).

Saída temporária (art. 122, LEP)

A saída temporária exige decisão do Juiz, após prévia manifestação ministerial.

Limite para a saída temporária

A saída temporária poderá ser concedida num total de até trinta e cinco dias ao ano (art. 124, LEP). A prática tem demonstrado que, para melhor fiscalizar o benefício, os dias sejam concedidos em uma única decisão judicial, contudo, o pedido formulado pelo condenado deverá ser instruído com calendário elaborado pelo Diretor do Presídio ou Delegado de Polícia, dando conta, previamente, dos dias em que se pretende que ocorram as saídas.

4.10. Da remição

Documentos necessários à instrução do pedido

No exame do pedido de remição de pena — que poderá ser postulado também pelo Ministério Púbico, exigir que seja juntada a certidão pormenorizada da jornada de trabalho (dia, mês e função desempenhada). Isso evitará que eventualmente o condenado seja contemplado várias vezes pelo benefício com uma única jornada de trabalho.

Tempo de trabalho interno durante a prisão provisória

Notar que o trabalho desempenhado ao tempo da prisão provisória (trabalho interno) é levado em consideração para a fruição de eventuais benefícios no período de execução da pena.

Não aplicação no regime aberto

Recordar que o regime aberto não comporta a remição (art. 126, LEP).

4.11. Do livramento condicional

Requisitos

O art. 83 do CP não especifica o lapso de tempo necessário à obtenção do livramento condicional em se tratando de condenado primário e de maus antecedentes. Nesse caso, tem a doutrina e a jurisprudência entendido que o cumprimento de pena será o mesmo previsto no art. 83, II, CP, isto é, mais da metade da pena.

Requerer, quando necessário, a realização do exame criminológico do sentenciado, efetuando posteriormente exame do mérito do pedido de livramento condicional[1)].

Condenação por crime hediondo e outro crime

Quando houver condenação por crime hediondo e por outro crime assim não considerado, por força dos arts. 84, CP, e 111, LEP, deverá ser levado em consideração, para a concessão do benefício, o somatório das penas. Sendo assim, há de se cumprir, em primeiro lugar, o estágio temporal previsto para o crime hediondo (2/3 da pena), que nem sempre coincidirá com o estágio exigido para o total das penas[2)].

---

1) Penal. Processual. Execução. Recurso. Deve o Juiz das Execuções apreciar pedido do Ministério Público para submeter réu a exame criminológico, concedendo-lhe também nova vista dos autos. (Resp n. 39.578-0-MG, 5a. Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 2418/94, **DJU** de 24/10/94, p. 28.773).

2) Um exemplo: X é condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, por crime de tráfico de substância entorpecente, e ao mesmo tempo, em outro juízo, é condenado a 5 (cinco) anos por roubo. Em razão do que foi exposto acima, X terá de cumprir o total de quatro anos (4) e seis (6) meses de reclusão para angariar o benefício, ou seja, metade da pena total, conforme disposto no art. 83, II, CP.

4.12. Do agravo em execução

Das decisões proferidas no juízo de execução caberá o recurso de agravo (art. 197, LEP), que seguirá o rito do recurso em sentido estrito, haja vista que a utilização do procedimento do agravo previsto na legislação processual civil poderá impor ônus considerável ao Ministério Público e ao réu, na medida em que a inadequada instrução do recurso referido poderá gerar o seu não conhecimento, o que não ocorre com o primeiro[1)].

[1)] Essa matéria não se encontra pacificada nos tribunais estaduais.

4.13. Do indulto

Anualmente o Presidente da República edita decreto de indulto, baseado em decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão ligado ao Ministério da Justiça, considerada “a tradição de conceder perdão ao condenado em condições de merecê-lo”. O benefício é diferente da saída temporária, após a qual o preso retorna ao presídio. No caso do indulto, ocorre uma espécie de perdão do restante da pena.

O indulto abrange sempre um grupo de sentenciados e normalmente inclui os beneficiários tendo em vista a duração das penas que lhe foram aplicadas, embora se exijam certos requisitos subjetivos (primariedade, etc.) e objetivos (cumprimento de parte da pena, exclusão dos autores da prática de algumas espécies de crimes, etc.).

O indulto apenas extingue a punibilidade, persistindo todos os efeitos do crime, de modo que o condenado que o recebe não retorna à condição de primário.

A praxe tem sido reeditar os termos do decreto do ano anterior, com mínimas modificações. Nos termos do Decreto nº 7.046/2009, por exemplo, a pessoa condenada até oito anos de prisão deveria ter cumprido no mínimo um terço da pena para obter o benefício. O preso que completasse 60 anos de idade até o dia 25 de dezembro, tendo cumprido um terço da pena, voltaria para casa a partir do Natal. Se reincidente, deveria ter cumprido ao menos a metade da sentença de condenação.

O condenado à pena privativa de liberdade que tenha cumprido quinze anos de pena, ininterruptamente, também tem direito ao indulto natalino, mas só se a pena tiver sido cumprida em regime fechado ou semiaberto.

O indulto natalino será concedido, ou não, pelo Juiz de Execução depois da manifestação do Ministério Público, da defesa e do Conselho Penitenciário Estadual.

As mulheres sentenciadas a mais de oito anos de prisão e que sejam mães de criança menor de 14 anos também podem sair, caso tenham cumprido um terço da pena em regime fechado ou semiaberto.

Os paraplégicos, tetraplégicos, cegos e pessoas com doenças graves estão entre os beneficiários do indulto natalino. No entanto, devem comprovar que estão nessas condições depois da prática do crime e apresentar laudo médico oficial.

4.14. Da comutação

Tradicionalmente previsto também no Decreto de Indulto, o benefício da comutação só pode ser concedido ao condenado que não preencha os requisitos do indulto. Além de não poder ter tido sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, tampouco pode ter sido agraciado com a suspensão condicional da pena.

Nos termos ainda do Decreto nº 6.294/2007, o condenado não reincidente que, até dia 25 de dezembro de 2007, tenha cumprido um quarto da pena, teria a sua pena remanescente comutada em um quarto.

O condenado reincidente que tenha cumprido, até dia 25 de dezembro de 2007, um terço da pena terá comutado um quinto da pena remanescente.

A existência de falta disciplinar cometida pelo condenado nos últimos doze meses, retroativamente a publicação do Decreto-Lei nº 6.294, obsta a concessão do benefício de indulto e comutação. As penas correspondentes a infrações diversas devem ser somadas para cálculo de indulto e comutação.

Segundo o decreto, o indulto não é concedido a condenados por crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e os classificados como hediondos, a exemplo de estupro e extorsão qualificada com morte.

5. Atuação no Juizado Especial Criminal e na Turma Recursal

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Eliana Martins Parise Chadi*

Incorporando modernos conceitos penais e processuais penais advindos da Criminologia e da denominada Justiça Restaurativa, a Lei nº 9.099/95 é importante instrumento jurídico que permite a rápida e eficaz resolução dos conflitos no âmbito penal, sem prejuízo da interação do Direito com outros ramos do saber humano, tais como a Assistência Social, a Psicologia, as Ciências e Técnicas de Conciliação, etc. É importante que o operador do Direito, para melhor desempenho de sua função no Juizado Especial Criminal, livre-se de vícios, dogmas e formalismos, tão comuns na seara processual pátria, adotando, em sua plenitude, os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme o art. 2º da referida lei.

- 5.1. Competência
- 5.2. Auto de prisão em flagrante
- 5.3. Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO
- 5.4. Atuação junto à Turma Recursal
- 5.5. Audiência preliminar
- 5.6. Composição civil
- 5.7. Decadência
- 5.8. Transação penal
- 5.9. Princípio da oralidade
- 5.10. Crimes de ação penal de iniciativa privada
- 5.11. Remessa dos autos à Justiça Comum
- 5.12. Descumprimento da pena transacionada e possibilidade de oferecimento de denúncia após a homologação da transação penal
- 5.13. Denúncia
- 5.14. Turma recursal
- 5.15. Suspensão condicional do processo
- 5.16. Crimes em espécie

5.1. Competência

A competência do Juizado Especial Criminal é *ratione loci*, definida em razão do lugar onde foi praticada a infração penal, diferente da regra do artigo 70 do CPP, que consagra o princípio do resultado.

Competência em razão da pena

As contravenções penais, qualquer que seja a pena cominada, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Em caso de vítima mulher, poderá caracterizar-se violência doméstica, e então se aplicará a Lei nº 11.340/2006. Em relação aos crimes, deve-se observar o limite máximo de dois anos da pena prevista em abstrato, qualquer que seja o procedimento a ser adotado (atual artigo 61 da Lei nº 9.099/95).

Competência e concurso de crime

Havendo concurso de crimes, a pena a ser considerada, para fins de fixação de competência, é a do resultado da soma (no caso de concurso material) ou a exasperação (na hipótese de concurso formal ou crime continuado), consideradas as penas máximas cominadas aos delitos. Recente decisão nesse sentido:

> "Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – SOMATÓRIO DAS PENAS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM. Para os crimes cometidos em concurso material, exige-se a soma das penas máximas cominadas em abstrato, para observância de qual será o Juízo competente para julgamento do processo. Quando referida soma ultrapassar o limite de dois (2) anos que caracteriza os delitos de menor potencial ofensivo, a competência passará a ser da Justiça Comum. Competência do Juízo Suscitado. Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.0000.07.463130- 0/000 - Belo Horizonte-04/12/2007."

Competência e conexão de crimes

Havendo conexão entre crimes de competência da Justiça Comum e do Juizado Especial, em consonância com o disposto no artigo 60 da lei em comento, pela *vis* atrativa, a Justiça Comum será a competente para julgar. O Enunciado 10 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) estabelece que "havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste." A jurisprudência também aponta nesse sentido:

> "Número do processo: 1.0000.09.508570-0/000(1)
> Numeração Única: 5085700-07.2009.8.13.0000
> Relator: JANE SILVA
> Data do Julgamento: 19/01/2010
> Data da Publicação: 03/03/2010
> EMENTA: PROCESSUAL PENAL - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - CRIME DE USO DE DROGAS EM CONEXÃO COM O DE TRÁFICO DE DROGAS - CONEXÃO INSTRUMENTAL - COMPETÊNCIA DO JUIZ DA JUSTIÇA COMUM - NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DESPENALIZADORAS PELA JUSTIÇA COMUM - CONFLITO ACOLHIDO. 1. Segundo entendimento do egrégio STF, o Tribunal de Justiça é o competente para examinar conflito de jurisdição entre os magistrados da Justiça Comum e do Juizado Especial, porquanto os dois estão sujeitos administrativamente ao referido Sodalício. 2. Se ao mesmo tempo foram praticadas duas infrações, ainda que sujeitas ao crivo de juízes diversos, havendo necessidade de produção das mesmas provas e um único julgamento, competente se torna para o exame dos dois crimes o Juiz que examina o delito mais grave. 3. Havendo conexão entre um crime do Juizado Especial e da Justiça Comum, cabe ao Juiz da Justiça Comum aplicar ao primeiro as regras despenalizadoras da Lei 9.099/95. 4. Declarado competente o Juiz da Justiça Comum. CONFLITO DE JURISDIÇÃO N° 1.0000.09.508570-0/000 - COMARCA DE CONTAGEM - SUSCITANTE: JD JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL COMARCA CONTAGEM - SUSCITADO(A): JD

> 2ª VARA CRIMINAL COMARCA CONTAGEM - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. JANE SILVA.”

Competência e causa de aumento de pena

Para fins de fixação de competência, deverá ser considerada a pena máxima em abstrato, aumentando-se do mínimo legal. Se ultrapassar dois anos, a competência é da Justiça Comum.

Competência e complexidade

Ainda que a pena abstrata seja igual ou inferior a dois anos, a complexidade do caso afastará a competência do Juizado Especial Criminal (§ 2º do artigo 77 da Lei nº 9.099/95).

Competência e denunciado não citado

Uma vez não encontrado o réu para ser citado (havendo já denúncia nos autos, portanto), a competência deslocar-se-á para a Justiça Comum (parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/95). Antes de se requerer a remessa à Justiça Comum, deve-se esgotar a tentativa de localização do denunciado. Para tanto, é conveniente que seja feita pesquisa no banco de dados do Infoseg, TRE e endereços cadastrados no SISCOM.

Competência e execução de pena de multa

O Juizado Especial Criminal é competente para execução somente da pena de multa (artigo 86 da Lei nº 9.099/95). Atentar para o Ofício Circular nº 37/CGJ/2012.

5.2. Auto de prisão em flagrante

A Polícia Judiciária deverá ser orientada para que, havendo recusa do autor do fato, preso em flagrante, em firmar compromisso de comparecimento à audiência judicial preliminar, se proceda à lavratura de auto de prisão em flagrante delito.

5.3. Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO

Deve-se exigir da autoridade policial a elaboração de termo circunstanciado de ocorrência, que não seja simples transcrição do boletim de ocorrência, com todos os elementos indicativos do ilícito penal, suas circunstâncias, autores, vítimas e, principalmente, a relação das testemunhas, e como também, se possível, a oitiva sumária delas, a fim de não se permitir *notitia criminis* infundada. Antes da audiência preliminar, requerer a juntada de FAC (folha de antecedentes criminais) e CAC (certidão de antecedentes criminais) do autor, lembrando-se que a primeira informará sobre todos os indiciamentos no estado de Minas Gerais, e a segunda somente fornecerá dados sobre eventuais ações penais no âmbito da comarca. Diligenciar para juntar CAC da comarca da residência e da cidade natal do acusado.

TCO e crimes de ação penal dependente de representação e ação penal privada

Observar que, em analogia ao parágrafo 4º do artigo 5º do CPP, nos crimes de ação penal pública dependente de representação, o TCO só será instaurado após a representação manifesta da suposta vítima. O mesmo se aplica no caso de ação penal privada, em analogia com o disposto no parágrafo 5º do artigo 5º do mesmo CPP.

Pedido de arquivamento de termo circunstanciado

Fundamentar sempre os pedidos de arquivamento. Havendo discordância do Juiz, propugnar pela remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do CPP, procedimento esse que deverá também ser adotado se o Magistrado entender que seria caso de oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo, em discordância com o membro do Ministério Público (a quem, privativamente, cabe o oferecimento de tais medidas despenalizadoras). Ressalvar expressamente o artigo 18 do CPP nos termos do art. 94 do Ato CGMP nº 01/13.

5.4. Atuação junto à Turma Recursal

Não obstante o artigo 61 da Instrução nº 01, de 11 de outubro de 2011 do Conselho de Supervisão e Gestão dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais, dispensar o parecer recursal criminal quando o Ministério Público for o apelante, deve-se atentar para o disposto no artigo 129 do Ato CGMP nº 01/13. O órgão do Ministério Público que atuar originalmente no feito fica impedido de emitir parecer recursal. No âmbito cível o órgão ministerial, nas causas em que se exige sua atuação (*v.g.*, mandado de segurança), emitirá parecer de forma independente, analisando primeiramente os requisitos de admissibilidade do recurso e, após, o seu mérito, como é de praxe.

5.5. Audiência preliminar

Audiência preliminar – Ausência de qualquer dos envolvidos

Regra geral, atentar para o disposto no artigo 71 da Lei nº 9.099/95.

Audiência preliminar – Crime de ação penal privada

Ausência injustificada da vítima. No caso de ação penal privada, deixando o ofendido de comparecer injustificadamente ao ato ou não sendo localizado para intimação no endereço constante nos autos, deve-se opinar a favor de que se aguarde a apresentação de eventual queixa-crime até o escoamento do prazo decadencial.

Audiência preliminar – Crime de ação penal pública condicionada a representação – Ausência injustificada da vítima

Havendo nos autos representação, a ausência da vítima, intimada para a audiência preliminar, não deve ser entendida como retratação da representação ou renúncia tácita, mas como mero desinteresse na composição civil. A audiência pode ter prosseguimento normal (oferecimento de transação, etc.). Entretanto, com fulcro no art. 2º da Lei nº 9.099/95, é conveniente que seja requerida a intimação da vítima para que manifeste se ainda tem interesse ou não no prosseguimento do processo, devendo ficar consignado no mandado de intimação que o seu silêncio poderá acarretar o arquivamento do processo. Se assim ocorrer e não houver outros indícios da prática ilícita, poderá requerer-se o arquivamento por falta de indícios e falta de justa causa. Se ausente injustificadamente a vítima, e não havendo representação, deve-se aguardar a manifestação daquela até o escoamento do prazo decadencial de lei.

Audiência preliminar – Autor do fato não localizado

Sendo o caso de nova intimação, poderá diligenciar-se no banco de dados de diversas instituições, tais como Tribunal Regional Eleitoral, Infoseg, endereços cadastrados no SISCOM, etc. Frustradas as diligências, se for o caso, deverá ser oferecida denúncia, observando-se que a remessa do TCO ao Juízo Comum somente é cabível após a tentativa, sem êxito, de citação.

Audiência preliminar – Adiamento

Postular ao Juiz o adiamento da audiência preliminar, notadamente quando da apresentação imediata, nos casos em que os autores do fato ou as vítimas estiverem com os ânimos visivelmente perturbados, seja por intoxicação (álcool, drogas), seja por descontrole emocional em razão do próprio fato. Pugnar pela redesignação do ato para data próxima, requerendo que os envolvidos sejam intimados por mandado. Pugnar, ainda, pelo adiamento da audiência preliminar quando ausente qualquer dos envolvidos (autor do fato, vítima, responsável legal), sempre que, não havendo provas da intimação destes, a presença for indispensável.

5.6. Composição civil

Composição em ação penal pública incondicionada – Pacificação social

Nos termos da legislação em vigor, a composição civil, na hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, não tem o condão de extinguir a punibilidade. Há, todavia, quem entenda que, em alguns crimes, realizada a pacificação entre os envolvidos, deva ser utilizado o acordo como fundamento para requerer o arquivamento do feito, por falta de justa causa para dar início à ação penal. Tal posicionamento é justificado invocando-se as tendências modernas da vitimologia, que buscam substituir cada vez mais a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido, com o entendimento do Direito Penal como *última ratio*, e devido à chamada Justiça Restaurativa, além da corrente que defende a intervenção penal mínima. Em caso de descumprimento do acordo homologado em ação pública incondicionada, este deve ser executado no juízo cível competente. Importante mencionar que esse entendimento (pacificação social em crimes de ação pública incondicionada) restringe-se às hipóteses em que há vítima determinada (*v.g.*, perturbação da tranquilidade, art. 65 da LCP), excluídas as hipóteses de vítimas menores e idosas.

Composição de danos civis em ação penal privada e ação penal pública condicionada

Nos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada, a composição civil é causa de extinção da punibilidade, devendo o Ministério Público fiscalizar se o acordo é exequível, lícito e razoável à vítima. Há o entendimento de que a composição dos danos civis pode ser parcial, sendo possível a repartição entre os danos materiais (imediatamente compostos) e morais (a serem apurados no juízo civil). Mas existe também o entendimento de que, uma vez realizada a composição dos danos civis (conforme prevê o artigo 72 da Lei nº 9.099/95, nos termos do que estabelece o artigo 74 da mesma lei), há renúncia ao direito de pleitear qualquer indenização originada do alegado evento danoso. Assim, após a homologação do acordo, só seria possível pleitear, na esfera cível, o ressarcimento dos prejuízos advindos do fato, se estes forem verificados pela vítima após a composição cível das partes, cabendo o ônus da prova à vítima. Desse modo, é de bom alvitre que a vítima seja esclarecida de que o acordo firmado (em sede de preliminar, com caráter de composição cível) exclui a possibilidade de outras reclamações na esfera cível, devendo tal esclarecimento ficar consignado em ata.

Retratação da representação

A previsão legal (artigo 25 do CPP) é de que a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia. Porém, conciliadas as partes, tem-se aceitado a retratação da representação até o momento imediatamente anterior ao efetivo recebimento da denúncia. Justifica-se esse posicionamento pelos princípios da informalidade e conciliação que regem o Juizado Especial Criminal. Entendemos, entretanto, equivocado o disposto no Enunciado 113 (que substitui o Enunciado 35) do Fonaje, que permite a renúncia mesmo após a instrução:

> "Enunciado 113. Até a prolação da sentença é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação ou pela conciliação (XXVIII Encontro – Salvador/BA)."

Descumprimento de acordo civil

Prescreve o art. 74 da Lei nº 9.099/95: A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título executivo judicial a ser executada no juízo cível competente. Parágrafo único: Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. Mediante uma exegese do parágrafo único do citado artigo, verifica-se que o legislador entendeu, em

consonância com o princípio da *ultima ratio* norteador do Direito Penal, que, havendo acordo entre as partes, mediante composição civil, desnecessária é a continuidade do processo na esfera criminal. Assim, homologado o acordo (seja em ação privada, seja em ação pública condicionada), ter-se-á a renúncia ao direito de queixa ou representação, o que impossibilita, em caso de descumprimento, qualquer prosseguimento do feito criminal.

5.7. Decadência

Decadência do direito de queixa ou representação

O art. 38 do CPP estabelece o prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa ou representação, a contar do dia do conhecimento da autoria. Tal prazo é decadencial, sendo insuscetível de suspensão ou interrupção. Assim, quando houver necessidade de redesignação da audiência preliminar e a ação penal for pública condicionada, se ainda não existir representação nos autos, deve-se pleitear para que a nova audiência recaia em data anterior ao término do prazo para seu oferecimento. Findo o lapso temporal do art. 38 do CPP sem manifestação da vítima ou de seu representante legal, pugne-se pela extinção da punibilidade do autor, nos moldes do art. 107, inciso IV, do CP.

5.8. Transação penal

Transação penal – Análise dos requisitos

O art. 76, parágrafo 2º, incisos I, II e III, da Lei nº 9.099/95 prescreve as causas que obstam a propositura de transação penal. Para uma análise mais precisa, é necessário diligenciar para que venham aos autos a FAC e a CAC, especialmente da comarca de atuação, da comarca de origem do autor e dos seus últimos domicílios. Se houver apontamento na FAC de inquéritos/processos em comarca diversa, requerer a juntada da CAC de tal comarca. Acerca do disposto no inciso II, a questão controvertida é se a condenação criminal se afigura como impedimento para oferecimento de transação penal, após decorridos 5 (cinco) anos da extinção da punibilidade. Mediante uma interpretação lógico-sistêmica do ordenamento jurídico, em consonância com o disposto no artigo 64, inciso I, do CP, tem prevalecido o entendimento de que, após o decurso do citado lapso temporal (a contar da extinção da punibilidade), a condenação anterior não inviabiliza a propositura de transação penal. Entretanto, se assim entender, essa condenação poderá configurar óbice à transação penal pela ausência de requisito subjetivo, nos termos do inciso III do mesmo artigo. Por fim, verifica-se que o inciso III possui natureza subjetiva, cabendo ao Promotor de Justiça, no uso de sua independência funcional, averiguar no caso concreto o preenchimento de tais requisitos, salientando que, para alguns, os maus antecedentes, por si só, podem ser suficientes para impedir a aplicação da transação penal.

Transação Penal – Não oferecimento

Sendo incabível a propositura de transação penal, deve-se fundamentar a recusa, principalmente quando embasada em óbice subjetivo. Não parece prudente a fundamentação da recusa simplesmente em razão da *gravidade* objetiva do delito cometido pelo agente, já que tal exclusão já foi exercida pelo legislador ao definir os delitos de menor potencial ofensivo.

Transação Penal – Especificação da proposta

Utilizar, na especificação da proposta, apenas e tão somente as espécies de multa e de penas restritivas de direitos previstas no Código Penal.

Transação Penal – Limites da proposta

Lembrar-se de que a proposta de transação é de legitimidade exclusiva do *Parquet* e, a princípio, não deve ser mais grave, qualitativa ou quantitativamente, do que aquela passível de ser aplicada na hipótese de condenação.

Transação Penal – Especificação da proposta e modificação

Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, sugere-se não admitir a modificação das condições da transação penal proposta, já que, nos termos do mencionado artigo, a legitimidade para a propositura do instituto é exclusiva do Ministério Público. Sugere-se a interposição das medidas judiciais cabíveis diante da homologação da transação penal que altere as condições da proposta feita pelo Ministério Público ou cuja iniciativa não tenha partido do *Parquet*.

Transação Penal – Destinação dos valores oriundos de prestações pecuniárias

Deve ser observado o disposto no Provimento Conjunto TJMG/CNJ nº 27/2013.

Transação penal após oferecimento da denúncia

Quando se verificar que o agente faz jus ao benefício da transação penal, nos moldes do art. 76 da Lei nº 9.099/95, e este não houver sido ofertado, nos moldes do artigo 79, tal benefício deverá ser oferecido. Ainda que recusada, a renovação do oferecimento da transação penal em AIJ tem sido praticada por alguns Promotores de Justiça. Nessas hipóteses, deve-se pugnar pelo recebimento da denúncia para interromper a prescrição.

Descumprimento da pena transacionada e possibilidade de oferecimento de denúncia após a homologação da transação penal

A solução para a presente questão encontra-se pacificada na doutrina e nos tribunais pátrios. O STF já esposou entendimento no sentido de que, não sendo cumprida a transação penal, é cabível o oferecimento de denúncia:

> “RE 602072 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL
> REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
> Julgamento: 19/11/2009
> Publicação: *DJe* 035
> DIVULGAÇÃO: 25-02-2010
> PUBLICAÇÃO: 26-02-2010
> EMENTA: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.”.

E ainda:

> “HC 88785 / SP - SÃO PAULO *HABEAS CORPUS*-Relator(a): Min. EROS GRAU-Julgamento: 13/06/2006-Órgão Julgador: Segunda Turma), (RE 581201 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-Relator(a): Min. AYRES BRITTO -Julgamento: 24/08/2010 -Órgão Julgador: Segunda Turma”.

5.9. Princípio da oralidade

Princípio da oralidade – Postura do Promotor de Justiça

Em razão do princípio da oralidade e da concentração dos atos processuais, e considerando que somente aqueles essenciais são atermados, deve-se protestar pela consignação em ata ou termo de todos os fatos e incidentes reputados como importantes às pretensões ministeriais.

5.10. Crimes de ação penal de iniciativa privada

Queixa-crime – Transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal de iniciativa privada

Os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 são omissos acerca da possibilidade de se propor transação penal e suspensão condicional do processo aos crimes de iniciativa privada. Não obstante, em observância ao princípio da isonomia e por analogia *in bonam partem*, firmou-se o entendimento de que se aplicam os referidos institutos aos crimes de ação privada. Nesses casos, interposta a queixa-crime, o órgão ministerial deverá analisar a adequação da peça ao disposto nos artigos 41 e 44 do CPP. Satisfeitos os requisitos, deve-se requerer a designação de audiência preliminar e, preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, propor transação penal ao querelado. De igual sorte, o entendimento pacificado nos Juizados Especiais Criminais é de que também cabe ao Ministério Público a legitimidade para propor ao querelado o benefício da suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Existe Enunciado do Fonaje acerca da questão:

> "ENUNCIADO 112 (Substitui o Enunciado 90) - Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público."

Cumpre registrar que existe o entendimento de que4a proposta de tais benefícios é viável desde que não haja formal oposição do querelante. Por fim, uma terceira corrente defende que a legitimidade para a propositura dos institutos em questão cabe exclusivamente ao querelante.

Momento da manifestação do Ministério Público em ação penal de iniciativa privada

Nos processos criminais de ação privada, o Ministério Público atua como *custos legis* e, como tal, deverá se manifestar após a apresentação das alegações finais do querelante e do querelado.

5.10. Crimes de ação penal de iniciativa privada

Queixa-crime – Transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal de iniciativa privada

Os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 são omissos acerca da possibilidade de se propor transação penal e suspensão condicional do processo aos crimes de iniciativa privada. Não obstante, em observância ao princípio da isonomia e por analogia *in bonam partem*, firmou-se o entendimento de que se aplicam os referidos institutos aos crimes de ação privada. Nesses casos, interposta a queixa-crime, o órgão ministerial deverá analisar a adequação da peça ao disposto nos artigos 41 e 44 do CPP. Satisfeitos os requisitos, deve-se requerer a designação de audiência preliminar e, preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, propor transação penal ao querelado. De igual sorte, o entendimento pacificado nos Juizados Especiais Criminais é de que também cabe ao Ministério Público a legitimidade para propor ao querelado o benefício da suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Existe Enunciado do Fonaje acerca da questão:

> "ENUNCIADO 112 (Substitui o Enunciado 90) - Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público."

Cumpre registrar que existe o entendimento de que4a proposta de tais benefícios é viável desde que não haja formal oposição do querelante. Por fim, uma terceira corrente defende que a legitimidade para a propositura dos institutos em questão cabe exclusivamente ao querelante.

Momento da manifestação do Ministério Público em ação penal de iniciativa privada

Nos processos criminais de ação privada, o Ministério Público atua como *custos legis* e, como tal, deverá se manifestar após a apresentação das alegações finais do querelante e do querelado.

5.11. Remessa dos autos à Justiça Comum

Tratando-se de caso de maior complexidade, em que se faz imprescindível o aprofundamento da investigação por meio de inquérito policial (em virtude de perícias especiais e demoradas, de delito multitudinário, da necessidade de incidente de insanidade mental do acusado, etc.), deve-se pugnar pela remessa dos autos à Justiça Comum (art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95). Outra hipótese ocorre como consequência à proibição de citação por edital, artigo 66, parágrafo único.

5.12. Descumprimento da pena transacionada e possibilidade de oferecimento de denúncia após a homologação da transação penal

A solução para a presente questão está pacificada na doutrina e nos tribunais pátrios. O STF, já esposou entendimento no sentido de que não sendo cumprida a transação penal, é cabível o oferecimento de denúncia.

> "(RE 602072 QO-RG / RS - RIO GRANDE DO SUL. REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO -Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 19/11/2009 -Publicação DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010-EMENTA: AÇÃO PENAL. Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099/95. Condições não cumpridas. Propositura de ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.)".

E ainda:

> "(HC 88785 / SP - SÃO PAULO *HABEAS CORPUS*-Relator(a): Min. EROS GRAU-Julgamento: 13/06/2006-Órgão Julgador: Segunda Turma), (RE 581201 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-Relator(a): Min. AYRES BRITTO -Julgamento: 24/08/2010 -Órgão Julgador: Segunda Turma)".

5.13. Denúncia

Denúncia – Momento de oferecimento

Oferecer denúncia, preferencialmente, ainda em audiência preliminar (denúncia oral), ressalvada a necessidade de diligências imprescindíveis. Não olvidar de consignar o requerimento de laudos periciais, quando necessários.

Denúncia – Requisitos

A denúncia deverá obedecer aos requisitos do artigo 41 do CPP, ainda que se trate de denúncia oral reduzida a termo. Postular a inserção em ata de audiência da proposta de transação penal e suas condições, bem como sua recusa, ou consignar fundamentadamente seu descabimento, de modo que evite, no futuro, a alegação de irregularidade procedimental.

Requerimentos quando do oferecimento da denúncia

Juntamente com a denúncia, manifestar acerca do oferecimento ou não da suspensão condicional do processo. Fazê-lo expressamente, ainda que o denunciado já tenha recusado proposta de transação penal. A recusa à oferta de suspensão condicional deve ser fundamentada, levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena. Se não houver informações suficientes para a negativa ou oferta do benefício, deve-se, na mesma oportunidade, requerer as diligências necessárias que autorizem posterior análise do cabimento ou não do benefício.

Audiência de instrução e julgamento – Ausência do denunciado

Na hipótese de ausência do denunciado à audiência de instrução e julgamento, observar se houve citação válida e regular.

Citação por hora certa

É praticamente pacífico o entendimento de que cabe a citação por hora certa no âmbito do Jecrim: “ENUNCIADO 110 - No Juizado Especial Criminal é cabível a citação com hora certa (XXV Encontro – São Luís/MA).”

Audiência de instrução e julgamento – Dinâmica

Zelar pela regularidade procedimental, lembrando que: a) a defesa prévia precede a decisão que recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa; b) recebida a denúncia ou a queixa, somente após a oitiva da vítima e das testemunhas é que acontece o interrogatório do acusado/querelado, se este não for revel. Observar que a decisão que rejeita a denúncia desafia recurso de apelação, cujo pedido deve ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, acompanhado das respectivas razões. Em nome da desejável celeridade, sempre que possível as alegações finais devem ser apresentadas em audiência.

"Emendatio" e "mutatio libelli"

Observada, à luz da prova constante nos autos, a possibilidade de se dar ao fato definição jurídica diversa

daquela da denúncia, reconhecendo-se elementos essenciais não contidos, expressa ou implicitamente, na inicial acusatória e que importem em aplicação de pena cujo limite máximo, em abstrato, fuja à competência do Juizado Especial Criminal, postular sejam os autos remetidos ao juízo competente, para que ali seja aditada a denúncia pelo Promotor com atribuições naquele juízo.

5.14. Turma recursal

Atuação junto à Turma Recursal

Não obstante o artigo 61 da Instrução nº 01/2011 do Conselho de Supervisão e Gestão dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais dispensar o parecer recursal criminal quando o Ministério Público for o apelante, deve-se atentar para o disposto no artigo 129 do Ato CGMP nº 01/13. O órgão do Ministério Público que atuar originalmente no feito fica impedido de emitir parecer recursal. No âmbito cível, o órgão ministerial emitirá parecer de forma independente nas causas em que se exige sua atuação (*v.g.*, mandado de segurança), analisando primeiramente os requisitos de admissibilidade do recurso e, depois, o seu mérito, como é de praxe.

Recursos contra a sentença monocrática

Recomenda-se interpor apelação, no prazo de 10 (dez) dias, à Turma Recursal competente, quando as pretensões ministeriais não forem acolhidas, prequestionando, se for o caso, temas constitucionais. Observar o art. 129 do Ato CGMP nº 01/2013, que determina que, ao elaborar as razões de apelação, o órgão de execução irresignado deverá requerer, em cota, a remessa dos autos ao Ministério Público para emissão de parecer recursal. Atentar que os embargos declaratórios apenas suspendem o prazo para recurso.

5.15. Suspensão condicional do processo

Da suspensão condicional do processo - Incidência

Lembrar-se de que a proposta de suspensão condicional do processo é aplicável a todos os delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano, ainda que estejam sob a apreciação da jurisdição especial (eleitoral e militar), desde que presente os requisitos subjetivos a que alude o art. 89 da Lei nº 9.099/95. Observar que é pertinente a suspensão condicional do processo nos casos de contravenção penal, mesmo quando a pena de multa seja a única prevista. Recordar que a proposta de suspensão do processo é incabível quando ocorrer a incidência de causa geral ou especial de aumento de pena, elevando-se a pena mínima aplicável à espécie para mais de um ano. Nesse sentido, a Súmula nº 243 do STJ:

> "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano."

Notar que nos crimes tentados se deve proceder à diminuição da pena mínima em 2/3 (dois terços), a fim de se apurar o *quantum* mínimo exigido pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Da Suspensão Condicional do Processo − Nova definição jurídica

Observar que a jurisprudência do STJ admite a proposta de suspensão condicional do processo, ainda que no final da instrução, ante a possibilidade de nova definição jurídica ser reconhecida.

Suspensão Condicional do Processo − Indenização à vítima

Valorizar, quando possível, a reparação do dano causado à vítima como requisito inerente à suspensão condicional, pugnando por sua intimação quando da realização da AIJ:

> "ENUNCIADO 32 - O Juiz ordenará a intimação da vítima para a audiência de suspensão do processo como forma de facilitar a reparação do dano, nos termos do art. 89, parágrafo 1º, da Lei 9.099/95."

Suspensão Condicional do Processo − Precatória

Observar que, se o réu residir em outra jurisdição, a proposta deverá ser feita pelo Promotor de Justiça que ofereceu a acusação, e não pelo órgão de execução que oficiará na audiência perante o juízo deprecado, a quem, contudo, também caberá a análise das condições de ordem subjetiva. A fim de evitar posterior alegação de nulidade, requerer seja obedecido o procedimento já disciplinado no enunciado nº 93 do Fonaje, a saber:

> "ENUNCIADO 93 - É cabível a expedição de precatória para citação, apresentação de defesa preliminar e proposta de suspensão do processo no juízo deprecado. Aceitas as condições, o juízo deprecado comunicará ao deprecante, o qual, recebendo a denúncia, deferirá a suspensão, a ser cumprida no juízo deprecado (XXI Encontro - Vitória/ES)."

Suspensão Condicional do processo - Revogação - Decurso do período de provas

Observar que as causas obrigatórias e facultativas que ensejam a revogação do benefício (art. 89, § 3º e § 4º,

da Lei nº 9.099/95) poderão motivar a cassação do *sursis* processual, ainda que superado o período de prova, desde que cometida a falta no curso daquele. A interpretação do § 5º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 permite concluir que nada impede ao juiz decidir acerca da revogação do *sursis* ou da extinção da punibilidade após o término do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo depois de expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término:

> "ENUNCIADO 123 - O mero decurso do prazo da suspensão condicional do processo sem o cumprimento integral das condições impostas em juízo não redundará em extinção automática da punibilidade do agente (XXXIII Encontro - Cuiabá/MT)".

A jurisprudência é praticamente unânime neste sentido:

> "Habeas corpus. 2. Militar. Suspensão condicional da pena. 3. Revogação após esgotado o período de prova por descumprimento das condições antes do término. Possibilidade. 4. Jurisprudência firmada pelo Plenário: AP 512 AgR, rel. Min. Ayres Britto, DJe 20.4.2012. 5. Ordem denegada. (HC 114862, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)"

E ainda:

> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*- SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS IMPOSTAS- REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO APÓS O DECURSO DO PERÍODO DE PROCVA- POSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ONOCORRÊNCIA- ORDEM DENEGADA. (HC N. 1.0000.13.054593-2/000- COMARCA DE BH- 7ª. CAMARA CRIMINAL – 05/09/2013)."

Suspensão Condicional do Processo − Revogação − Princípio da presunção de inocência

É majoritária a jurisprudência que entende que a revogação causada por novo processo, ainda que pendente de decisão, não fere o princípio da presunção de inocência:

> "PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 1. De acordo com o artigo 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo será revogada se, durante o período de prova, o beneficiário vier a responder por outro crime em ação penal. 2. Firmou-se o entendimento jurisprudencial de que a referida revogação não viola o princípio da presunção de inocência. 3. Conforme orientação deste Tribunal (ACR nº 2000.71.12.003376-1 e ACR nº 1998.05.01.051653-3), a pena-base somente será fixada próxima ao chamado termo médio quando as circunstâncias judiciais forem amplamente desfavoráveis ao réu.(TRF-4 - ACR: 3632 PR 2002.04.01.003632-2, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 13/08/2003, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/09/2003 PÁGINA: 1153)."

5.16. Crimes em espécie

Crimes de trânsito – Arts. 291 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – Vedação de transação penal e causa de aumento de pena

Na hipótese de crime de lesão corporal culposa no trânsito, observar que, segundo os incisos do parágrafo 1º do art. 291 do CTB, não se poderá oferecer transação penal, se o agente dirigia embriagado, participava de "racha" ou estava em velocidade excessiva; portanto, deverá ser instaurado IP. Já em relação ao art. 303 do CTB, deve-se observar que o seu parágrafo único remete às causas de aumento de pena do artigo 302, cuja incidência faz com que a pena máxima em abstrato ultrapasse 2 (dois) anos, devendo os autos ser remetidos à Justiça Comum.

Crime de trânsito – Arts. 309 c/c 303 do CTB

Ocorrendo crime de lesão corporal na direção de veículo automotor, sendo o condutor inabilitado, grande parte da jurisprudência posiciona-se no sentido de que o artigo 309 fica absorvido pelo crime do artigo 303. Por ser este último de ação penal condicionada à representação, havendo a decadência do prazo de representação (do art. 303), não subsistiria o crime do artigo 309, devendo ser requerida a extinção da punibilidade. O STF já decidiu nesse sentido: "HC nº 80298/MG – Julgamento: 09/10/2000 – Segunda Turma – Relator: Min.Maurício Corrêa".

Crime de trânsito – Art. 303, "caput", do CTB – Não instauração de TCO

O delito previsto no art. 303, *caput*, da Lei nº 9.503/97 (praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor) é de ação penal pública condicionada à representação. Considerando que o Código de Processo Penal se aplica subsidiariamente à Lei nº 9.099/95, conforme expresso no artigo 92 da referida lei, e que, em seu § 4º do art. 5º, assevera-se que "o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado"; podemos concluir, portanto, que a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência depende de prévia representação da vítima.

Art. 309 do CTB − Condução de veículo automotor sem habilitação

Segundo posição jurisprudencial dominante, é atípica a conduta de dirigir veículo automotor sem habilitação quando daí não resultar perigo concreto de dano.

Art. 310 do CTB − Comentários

Quanto à tipicidade da conduta de entregar veículo à condução de pessoa não habilitada, sem perigo de dano, há duas posições. A primeira é aquela que considera típica a conduta do art. 310 do CTB mesmo quando atípica a conduta do inabilitado a quem foi entregue a condução do veículo (por não ter gerado perigo de dano). Sustentam seus defensores que o tipo do art. 310 do CTB não exige perigo de dano para caracterizar a tipicidade da conduta, como exige o art. 309. Jurisprudência nesse sentido:

> "EMENTA: Delito de Trânsito- rejeição da denúncia- perigo de dano abstrato – decisão cassada – comprovação do perigo de dano concreto- inexigência – fato em tese típico descrito na denúncia – indícios da ocorrência de crime e sua autoria – recurso ministerial provido para recebimento da denúncia e prosseguimento normal do feito. AUTOS Nº 0231240-65.2010- SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL- RELATOR JUIZ JAYME SILVESTRE CORRÊA CAMARGO- JULGADO 23/02/2011."

A segunda corrente considera também atípica a conduta daquele que entrega, oferece ou permite a condução de veículo automotor a uma pessoa não habilitada, art. 310 do CTB, quando a condução de pessoa não habilitada não causou perigo concreto de dano, que, sendo considerada atípica, entende deva ser estendida a atipicidade também para a conduta lesiva do art. 310 do CTB.

Arts. 147 e 344 do Código Penal (CP) − Distinção

Atentar para a correta capitulação, pois é comum a instauração de TCO pela prática do crime de ameaça, quando, na verdade, há o crime do artigo 344 do CP. Nesse sentido:

> > “Dados Gerais. Processo: HC 35798 MT 0035798-37.2012.4.01.0000-Relator (a): DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO - Julgamento: 16/07/2012 - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Publicação: e-DJF1 p.222 de 31/07/2012. Ementa: *HABEAS CORPUS*. ART 344 DO CÓDIGO PENAL. JUSTA CAUSA. INDÍCIOS DE AUTORIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. I - Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: (...) o crime de coação no curso do processo, por ser de natureza formal, consuma-se com a simples ameaça praticada contra qualquer pessoa que intervenha no processo, seja autoridade, parte ou testemunha, sendo irrelevante que a ação delitiva produza ou não algum resultado. (REsp 1113734/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 06/12/2010). II - Havendo indícios de autoria e materialidade, não há de se falar em trancamento da ação penal, nem em constrangimento ilegal. Os acontecimentos descritos na denúncia revelam a necessidade de apuração do suposto crime previsto no art. 344 do Código Penal. III - Ordem que se denega.”

Medidas protetivas no âmbito do Jesp

Pode haver a necessidade de se conceder medida protetiva no âmbito do Jespcrim. Isso ocorre quando se observa que a vítima, por reiteradas vezes, é ameaçada, importunada, lesionada, assediada e perturbada pelo autor dos fatos, [o que gera]profundo temor. Assim, para evitar a prática de nova infração penal, muitas vezes de maior gravidade, é impositiva a aplicabilidade da cautelar. O Ministério Público, no âmbito do Jesp, pode atuar preventivamente a fim de assegurar a integridade corporal das vítimas.

Jogo de tampinhas − Comentários – Estelionato

A prática do jogo de azar conhecido como “jogo de tampinhas” comumente é capitulada como contravenção penal do art. 50 da LCP. Entretanto, verifica-se que tal prática constitui verdadeira fraude, não podendo o autor dos fatos ser denunciado na conduta tipificada no art. 50 da LCP, pois esse tipo descreve a conduta da seguinte maneira:

> > “§ 3º Consideram-se jogos de azar: o jogo em que o ganho e a perda dependam exclusiva ou principalmente da sorte”. No jogo de “tampinhas” não há ganho por parte do apostador; este sempre perde, pois a bolinha jamais pode ser encontrada debaixo de qualquer das tampinhas, o que configura uma fraude, uma ilusão em desfavor do apostador. As tampinhas e a bolinha não passam de um ardil para enganar o apostador e tomar-lhe o dinheiro. Percebe-se, pois, que essa atividade “[...] para sua consumação, demanda a prática de falsidade destinada a induzir ou manter alguém em erro que, no caso, tratou-se da manipulação do jogo, já que a vítima não teria a menor possibilidade de acertar, perdendo suas apostas, e ainda, por utilizar comparsas que davam aparência de legitimidade ao mesmo”[1)].

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> > “ESTELIONATO. PRÁTICA DE 'JOGO DE TAMPINHAS'. CONFISSÃO PARCIAL. HARMONIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. ADEQUAÇÃO. RECURSO

> PROVIDO PARCIALMENTE. - Restando demonstrado que o réu utilizou-se de meio fraudulento para induzir a vítima em erro mediante apostas em 'jogo de tampinhas', auferindo vantagem indevida, resta caracterizado o estelionato, devendo subsistir a sentença”[2)].

Uma vez que não depende da sorte, mas trata-se de uma fraude com o objetivo de se apropriar do patrimônio do incauto apostador, o fato deve ser enquadrado na conduta descrita no art. 171, *caput*, do CP, e não naquela descrita no art. 50 da LCP.

Laudo pericial de máquinas caça-níqueis − Observações

O membro do Ministério Público deve zelar para que nas operações de “jogo de azar”, na modalidade de máquina caça-níquel, ao ser retirada a placa-mãe, seja transcrito o seu registro – isto é, a numeração de cada máquina – para o BOPM, e que os peritos responsáveis, ao redigir o laudo pericial, registrem a numeração referente à máquina periciada.

[1)] TJMG 1.0024.02.726089-2/001

[2)] Processo nº 1.0024.02.726089-2/001(1), Des. Rel. Herculano Rodrigues, julg. 17/01/2008

6. Atuação no combate aos Crimes Cibernéticos

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Mario Konichi Higuchi Junior*

Cada era ou etapa do desenvolvimento humano traz consigo suas peculiaridades, características que a distinguem de outros tempos e modos de vida. O momento atual da sociedade humana nos apresenta, dentre outros aspectos marcantes, os fenômenos da globalização e do desenvolvimento tecnológico. Desafiada por estes fenômenos, nossa sociedade se reinventa, reorganiza, cria novas e cada vez mais indispensáveis formas de interação em todas as esferas da experiência humana.

Uma nova realidade é construída todos os dias, constituindo-se de uma sociedade paralela, um espaço virtual onde se dá nova roupagem a institutos antigos, ao mesmo tempo em que se abre espaço para uma infinidade de novas construções humanas. Vivemos a era das relações virtuais, evidenciada no *Facebook*, nos *e-mails, homebanking, lan houses, sites* de relacionamentos, *e-comerce, e-books*, declaração virtual de imposto de renda, *downloads* e toda uma gama de termos que aos poucos passam a fazer parte da nossa vida.

Quer gostemos ou não deste novo contexto, não temos como fugir de sua influência. O importante é não perdermos de vista que a realidade virtual que se materializa por meio da internet, assim como todas as demais invenções humanas, não passa de uma “coisa”, um objeto, um instrumento. A forma como vai ser usada ou o fim para o qual será instrumentalizada será sempre fruto da ação humana.

Tal qual acontece na sociedade concreta na qual interagimos, assim também na esfera virtual. A nova realidade acima descrita não trouxe apenas benefícios. O universo da internet com toda sua potencialidade acabou por mostra-se um campo propício para a prática de condutas contrárias ao direito, à moral e à ética. Muito além de meras condutas reprováveis, tais atos por vezes constituem crimes que agridem bens juridicamente tutelados. Essas práticas ilícitas levadas a cabo no mundo virtual constituem novo e difícil desafio para a Ciência do Direito. Identificar, prevenir, e reprimir a violação de bens e direitos atingidos pelos crimes na internet são os objetivos a ser perseguidos.

A dimensão criminal na internet não apenas conserva os aspectos tradicionalmente preconizados pelo Direito Penal, como traz à tona peculiaridades desse novo contexto. Exemplo disso é a falta de regulamentação do setor no Brasil (Marco Civil Regulatório da Internet), que prejudica enormemente a prevenção e o combate aos crimes cibernéticos, principalmente no que tange aos deveres dos provedores de conteúdo quando cientificados da prática delitiva.

Tendo em vista as questões acima apresentadas, o Direito Criminal da Informática deve ser pensado com bastante eficiência e rapidez, com a finalidade de sistematizar um conjunto de normas referentes a crimes cibernéticos, mantendo dessa maneira a privacidade das informações e a segurança das instituições. Todavia, para que se tenha o melhor entendimento possível, necessário se faz a compreensão exata do significado do computador na vida de cada indivíduo.

- 6.1. A Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos
- 6.2. Do conceito de crime telemático
- 6.3. Tipos penais nos crimes cibernéticos
- 6.4. Coleta de provas e evidências

6.1. A Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos

Convencidos da necessidade de perseguir uma política criminal comum direcionada à proteção da sociedade contra o cibercrime, os estados-membros do Conselho da Europa, além de outros signatários, firmaram em 23 de novembro de 2.001, em Budapeste, a Convenção sobre Cibercrime.

Alinhado às novas iniciativas globais de combate à criminalidade informática, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais criou a Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos (COECIBER) através da Resolução PGJ nº 36/2008, posteriormente regulamentada pela Resolução PGJ n.º 40/2013, com a finalidade precípua de subsidiar o Promotor de Justiça na investigação de crimes praticados através da rede mundial de computadores.

Desprovida, portanto, da feição de órgão de execução autônomo, a COECIBER afigura-se como órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, vinculada ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Júri e da Auditoria Militar, tendo dentre seus objetivos articular, em conjunto com os Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais, medidas judiciais e extrajudiciais necessárias a efetivação do combate aos crimes telemáticos no âmbito estadual.

Compete a COECIBER, essencialmente, prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público na instrução de inquéritos civis e de procedimentos investigatórios criminais, desenvolvendo as medidas judiciais cabíveis, sempre em conjunto com o Promotor natural.

A atuação da Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos em procedimentos extrajudiciais ou judiciais será exercida mediante solicitação escrita, com indicação dos autos respectivos.

As solicitações de atuação da Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos serão encaminhadas ao Coordenador contendo a exposição dos fatos a serem apurados, a informação sobre a origem da notícia, documentos e demais elementos de prova existentes.

Uma vez deliberada a atuação da Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, o órgão de execução solicitante deverá remeter os autos do inquérito civil ou do procedimento investigatório criminal, mediante despacho no feito, cabendo à coordenadoria instruir o procedimento, podendo praticar os atos instrutórios de forma isolada ou em conjunto, com o Promotor de Justiça natural.

As medidas cíveis e criminais cabíveis, derivadas dos procedimentos investigatórios e inquéritos civis serão promovidas em conjunto com o Promotor de Justiça solicitante.

Propostas as ações judiciais, seu acompanhamento até final julgamento caberá ao órgão de execução local (Promotor de Justiça natural), ressalvada manifesta necessidade, quando a atuação da Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos poderá ocorrer de forma subsidiária.

A COECIBER poderá atuar, *ex-officio*, em caso de conhecimento sobre indícios da ocorrência de eventual crime telemático, comunicando ao Promotor de Justiça natural.

Aliada à sua natureza de órgão de investigação, a Coordenadoria de Combate aos Crimes Cibernéticos vem desenvolvendo, desde sua criação, importante papel preventivo junto à comunidade escolar, no sentido de orientar crianças, adolescentes, pais, professores e diretores a utilizarem a internet de forma mais segura, de forma a alertar os usuários dos perigos que rondam a web, prevenindo, assim, que os internautas se tornem vítimas de crimes praticados na rede mundial de computadores.

Dentre as iniciativas da Coordenadoria, destacam-se as palestras em escolas, públicas e particulares, a distribuição de folders e cartilhas com dicas e orientações sobre a navegação com segurança, treinamentos institucionais, além de treinamentos de inteligência.

A COECIBER possui um canal direto de recebimento de denúncias (crimedigital@mpmg.mp.br), através do qual a população pode encaminhar notícias de eventuais crimes praticados na internet.

6.2. Do conceito de crime telemático

A escorreita delimitação do âmbito de atuação da COECIBER não prescinde da compreensão do conceito de crime telemático, objeto de sua persecução.

Para tanto, vale trazer à baila o ensinamento de Augusto Rossini:

> "A denominação 'delitos informáticos' alcança não somente aquelas condutas praticadas no âmbito da Internet, mas todo e qualquer conduta em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abrangeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível 'conexão' à Rede Mundial de Computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático. Ou seja, uma fraude em que o computador é usado como instrumento do crime, fora da Internet, também seria alcançada pelo que se denominou 'delitos informáticos'.
>
> Neste trabalho, o conceito de delito informático poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.
>
> Por derradeiro, não é muito lembrar que a Convenção de Budapeste, denominada "Convenção sobre Cibercrime", encerra somente as condutas praticadas em ambiente de rede, não as fora dele, abarcando, desta forma, apenas os fatos típicos ocorridos exclusivamente no Ciberespaço, podendo, desta maneira, receber a denominação 'delito telemático', dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.
>
> Desta maneira, 'delito informático' é gênero, do qual 'delito telemático' é espécie". [1)].

Compulsando o teor da Resolução PGJ n.º 36/2008, verifica-se, pela simples leitura dos fundamentos que motivaram e justificaram a criação da Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, que a atribuição do órgão especializado se restringe aos feitos que envolvam matéria relativa aos crimes cometidos em ambiente de rede. Senão vejamos:

> Resolução PGJ nº 36/2008
>
> Considerando ser função institucional do Ministério Público, na forma do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, a proteção dos direitos constitucionalmente garantidos e a propositura, em caráter privativo, da ação penal pública, inclusive *em se tratando de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores;*(sem grifo no original)
> Considerando que, sendo certa a importância do combate aos crimes cibernéticos, não existe ainda, no âmbito administrativo-organizacional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, unidade especializada que coordene as ações referentes ao desempenho adequado e eficiente das atribuições ministeriais relativas à matéria;Considerando, por fim, que a criação de uma Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos constitui iniciativa no sentido de gerar mecanismos de apoio às atividades dos órgãos de execução presentes nas comarcas do Estado, propiciando uma ação conjunta, organizada e eficaz para a efetividade dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico; resolve: [...]

De fato, a Resolução PGJ nº 36/2008, ao reconhecer a importância do combate aos crimes cibernéticos, bem como a inexistência, no âmbito administrativo-organizacional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de uma unidade especializada que coordenasse (judicial e extrajudicialmente) as ações referentes ao desempenho adequado e eficiente das atribuições ministeriais relativas à matéria, criou a Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, fixando-lhe a função de defesa de interesse específico.

Assim, a definição de crime telemático, de acordo com a doutrina de Augusto Rossini, "é a conduta típica e ilícita, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da

informática, em ambiente de rede e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade”.[2)].

Em outras palavras, crime telemático é o injusto culpável que ocorre no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.

[1)] , [2)] ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 113.

6.3. Tipos penais nos crimes cibernéticos

CONDUTA	ORIGEM	LOCALIZAÇÃO DAS PROVAS/EVIDÊNCIAS	MEDIDAS PARA PRESERVAÇÃO DE PROVAS E EVIDÊNCIAS	APOIO COECIBER
Injúria Calúnia Difamação	Mídias Sociais (Facebook, Orkut, Twitter, Ask.fm, outras)	Nos provedores de serviços das respectivas mídias sociais.	Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades no perfil onde se encontra(m) a(s) postagem(ns).	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	Sites na web (websites, blogs)	Nos provedores de Hospedagem	Coletar informações do domínio do site da web Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de hospedagem, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades site onde se encontra(m) a(s) postagem(ns)	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	CMC (Skype, MSN, Facetime, whatsApp) Através de textos	No dispositivo que enviou e no dispositivo que recebeu a mensagem Nos provedores de serviço	Captura de telas do dispositivo que recebeu a mensagem Solicitar que o conteúdo seja preservado no dispositivo recebedor Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do remetente e do destinatário da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares
	VOIP (Skype, MSN, Facetime, whatsApp)	Não há preservação do conteúdo pelos provedores de serviço	Solicitar cópia da conversa ao usuário (se houver uma gravação do conteúdo) Solicitar que o registro das chamadas seja preservado no dispositivo recebedor Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, os logs das atividades nas contas do usuário remetente e do destinatário da chamada	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares

CONDUTA	ORIGEM	LOCALIZAÇÃO DAS PROVAS/EVIDÊNCIAS	MEDIDAS PARA PRESERVAÇÃO DE PROVAS E EVIDÊNCIAS	APOIO COECIBER
Injúria Calúnia Difamação	Correio Eletrônico (Email)	No dispositivo que recebeu a mensagem No provedor de serviço, através da caixa de entrada da conta recebedora.	Imprimir o cabeçalho completo e o conteúdo da mensagem diretamente do dispositivo recebedor ou através da conta recebedora (Não deve ser de outro dispositivo, mesmo que a mensagem tenha sido encaminhada para outra conta. Apenas no dispositivo recebedor e, através da conta do usuário recebedor, as informações do cabeçalho podem ser encontradas) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do usuário recebedor da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares
	SMS - Celular	Não se aplica	Não é considerado crime cibernético	

- CMC: Comunicação Mediada por Computador − designa qualquer transação comunicativa por meio da utilização de dois ou mais computadores em rede
- VOIP: Voice Over IP – É o roteamento de conversação humana usando a Internet ou qualquer outra rede de computadores baseada no Protocolo de Internet
- SMS: Short Message Service - é um serviço disponível em telefones celulares (telemóveis) digitais que permite o envio de mensagens curtas (até 160 caracteres) entre estes equipamentos
- LOG: Em computação, ***log* de dados** é uma expressão utilizada para descrever o processo de registro de eventos relevantes num sistema computacional

CONDUTA	ORIGEM	LOCALIZAÇÃO DAS PROVAS/EVIDÊNCIAS	MEDIDAS PARA PRESERVAÇÃO DE PROVAS E EVIDÊNCIAS	APOIO COECIBER
Divulgação de vídeos ou Imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes	Mídias Sociais (Facebook, Orkut, Twitter, Ask.fm, YOUTUBE ou outro provedor de hospedagem de imagens e vídeos)	Nos provedores de serviços das respectivas mídias sociais.	Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades no perfil onde se encontra(m) a(s) postagem(ns). Coleta do vídeo	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	Sites na web (websites, blogs)	Nos provedores de Hospedagem	Coletar informações do domínio do site da web Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de hospedagem, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades site onde se encontra(m) a(s) postagem(ns)	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	CMC (Skype, MSN, Facetime, whatsApp)	No dispositivo que enviou e no dispositivo que recebeu a mensagem Nos provedores de serviço	Captura de telas do dispositivo que recebeu a mensagem Solicitar que o conteúdo seja preservado no dispositivo recebedor Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do remetente e do destinatário da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares
	Correio Eletrônico (Email)	No dispositivo que recebeu a mensagem No provedor de serviço, através da caixa de entrada da conta recebedora	Imprimir o cabeçalho completo e o conteúdo da mensagem diretamente do dispositivo recebedor ou através da conta recebedora (Não deve ser de outro dispositivo, mesmo que a mensagem tenha sido encaminhada para outra conta. Apenas no dispositivo recebedor e, através da conta do usuário recebedor, as informações do cabeçalho podem ser encontradas) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do usuário recebedor da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares

- CMC: Comunicação Mediada por Computador – designa qualquer transação comunicativa por meio da utilização de dois ou mais computadores em rede
- VOIP: Voice Over IP – É o roteamento de conversação humana usando a Internet ou qualquer outra rede de computadores baseada no Protocolo de Internet
- SMS: Short Message Service - é um serviço disponível em telefones celulares (telemóveis) digitais que permite o envio de mensagens curtas (até 160 caracteres) entre estes equipamentos
- LOG: Em computação, ***log* de dados** é uma expressão utilizada para descrever o processo de registro de eventos relevantes num sistema computacional

CONDUTA	ORIGEM	LOCALIZAÇÃO DAS PROVAS/EVIDÊNCIAS	MEDIDAS PARA PRESERVAÇÃO DE PROVAS E EVIDÊNCIAS	APOIO COECIBER
Fraudes Estelionato	Mídias Sociais (Facebook, Orkut, Twitter, Ask.fm, YOUTUBE ou outro provedor de hospedagem de imagens e vídeos)	Nos provedores de serviços das respectivas mídias sociais.	Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades no perfil onde se encontra(m) a(s) postagem(ns). Coleta do vídeo	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	Sites na web (websites, blogs)	Nos provedores de Hospedagem	Coletar informações do domínio do site da web Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de hospedagem, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades site onde se encontra(m) a(s) postagem(ns)	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	CMC (Skype, MSN, Facetime, whatsApp)	No dispositivo que enviou e no dispositivo que recebeu a mensagem Nos provedores de serviço	Captura de telas do dispositivo que recebeu a mensagem Solicitar que o conteúdo seja preservado no dispositivo recebedor Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do remetente e do destinatário da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares
	Correio Eletrônico (Email)	No dispositivo que recebeu a mensagem No provedor de serviço, através da caixa de entrada da conta recebedora	Imprimir o cabeçalho completo e o conteúdo da mensagem diretamente do dispositivo recebedor ou através da conta recebedora (Não deve ser de outro dispositivo, mesmo que a mensagem tenha sido encaminhada para outra conta. Apenas no dispositivo recebedor e, através da conta do usuário recebedor, as informações do cabeçalho podem ser encontradas) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades na conta do usuário recebedor da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares

CONDUTA	ORIGEM	LOCALIZAÇÃO DAS PROVAS/EVIDÊNCIAS	MEDIDAS PARA PRESERVAÇÃO DE PROVAS E EVIDÊNCIAS	APOIO COECIBER
Estelionato	Mídias Sociais (Facebook, Orkut, Twitter, Ask.fm, YOUTUBE ou outro provedor de hospedagem de imagens e vídeos)	Nos provedores de serviços das respectivas mídias sociais.	Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades no perfil onde se encontra(m) a(s) postagem(ns). Solicitar da vítima todas as informações relacionada ao golpe, tais como: recibos, telefones, e-mails recebidos e enviados.	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	Sites na web (websites, blogs)	Nos provedores de Hospedagem	Coletar informações do domínio do site da web Vítima deve coletar todas as evidências (ver técnicas para coleta de provas e evidências) Solicitar da vítima todas as informações relacionada ao golpe, tais como: recibos, telefones, e-mails recebidos e enviados Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de hospedagem, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também dos logs das atividades site onde se encontra(m) a(s) postagem(ns)	Identificação de autoria (depende do crime) Retirada do conteúdo Investigações Medidas cautelares
	CMC (Skype, MSN, Facetime, whatsApp)	No dispositivo que enviou e no dispositivo que recebeu a mensagem Nos provedores de serviço	Captura de telas do dispositivo que recebeu a mensagem Solicitar que o conteúdo seja preservado no dispositivo recebedor Solicitar, através de requisição direta, ao provedor de serviço, a preservação do conteúdo por 180 dias, como também os logs das atividades na conta do remetente e do destinatário da mensagem	Identificação de autoria (depende do crime) Investigações Medidas cautelares

6.4. Coleta de provas e evidências

A coleta de todas as evidências é fundamental para garantir as informações que identificam tanto a conduta ilícita como também a autoria.
Para garantir a adequada coleta, faz-se necessário a adoção de técnicas básicas, específicas para cada caso, a saber:

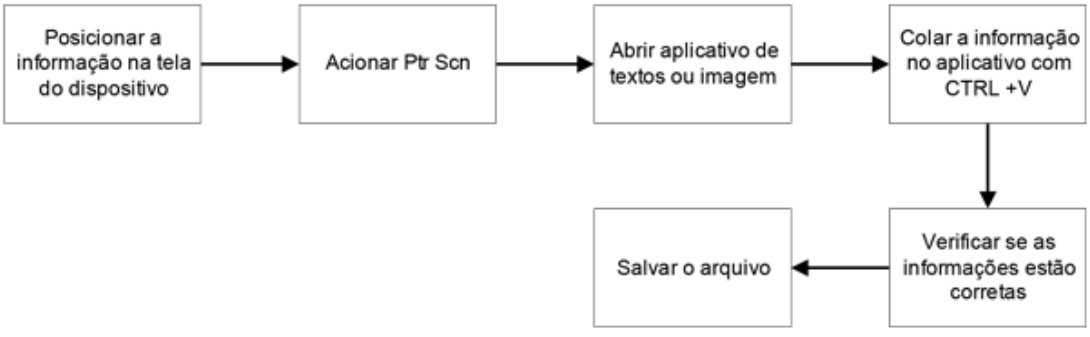
1. Páginas na Web, Blogs, Mídias Sociais

- a. *PrintScreen* da tela do computador, *Tablet* ou *Smarthphone*

Ao acionar a tecla *PrtScn* no teclado do computador, as informações dispostas na tela são copiadas para a memória e podem ser coladas (Ctrl+V) em um aplicativo de texto ou imagem.

Figura 1 - Tecla *PrtScr* no teclado

Figura 2 - Sequência para captura



- b. Na coleta de páginas da web, Blogs e páginas de mídias sociais, as seguintes informações devem estar

disponíveis:

URL da página ou ID do perfil da mídia social
Texto ou imagem que caracterizem a conduta ilícita

Figura 3 – Modelo de página da web capturada com *PtrScrn*, contendo as informações necessárias (URL e conduta delituosa)

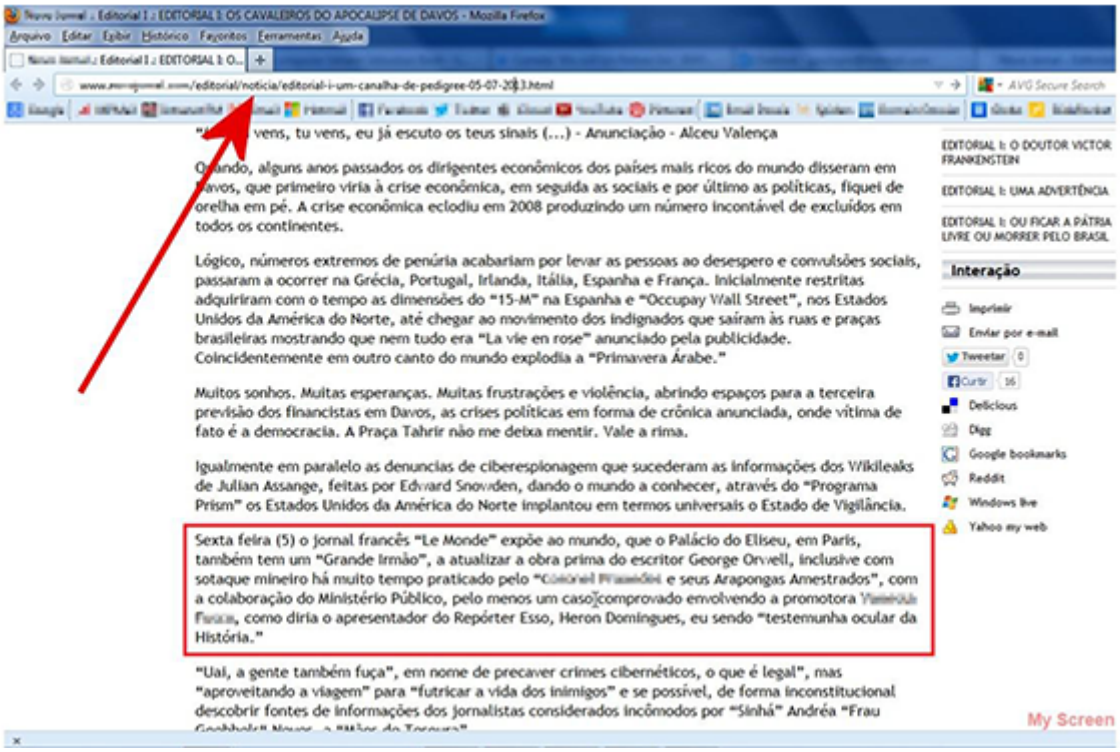
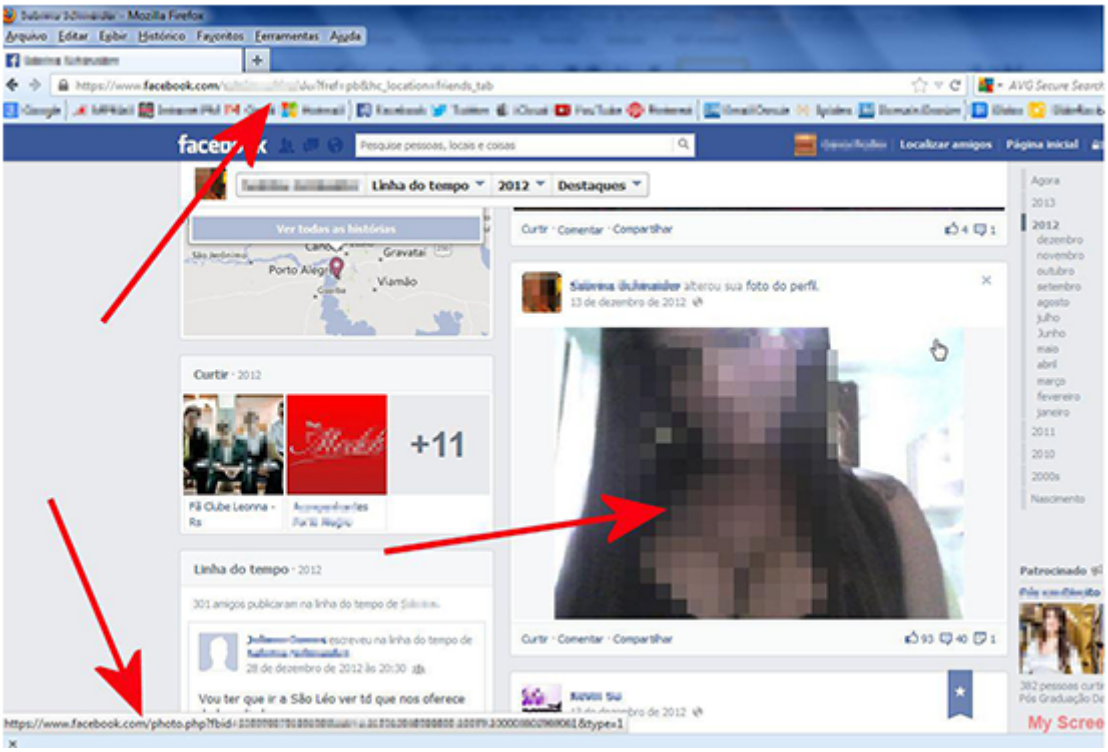


Figura 4 – Modelo de página de perfil de mídia social capturada com *PtrScrn*, contendo as informações do ID do perfil e imagem que comprova a conduta delituosa



- c. Na Impressão do conteúdo de páginas da web, Blogs e páginas de mídias sociais, as seguintes informações

devem estar disponíveis:

URL da página ou ID do perfil da mídia social
Texto ou imagem que caracterizem a conduta ilícita
Data e hora da impressão
Em páginas da web, blogues e salas de bate-papo, a impressão deve ser efetuada através do navegador (*browser*), no menu opções/imprimir.

Figura 5 – modelo de página impressa de um blogue

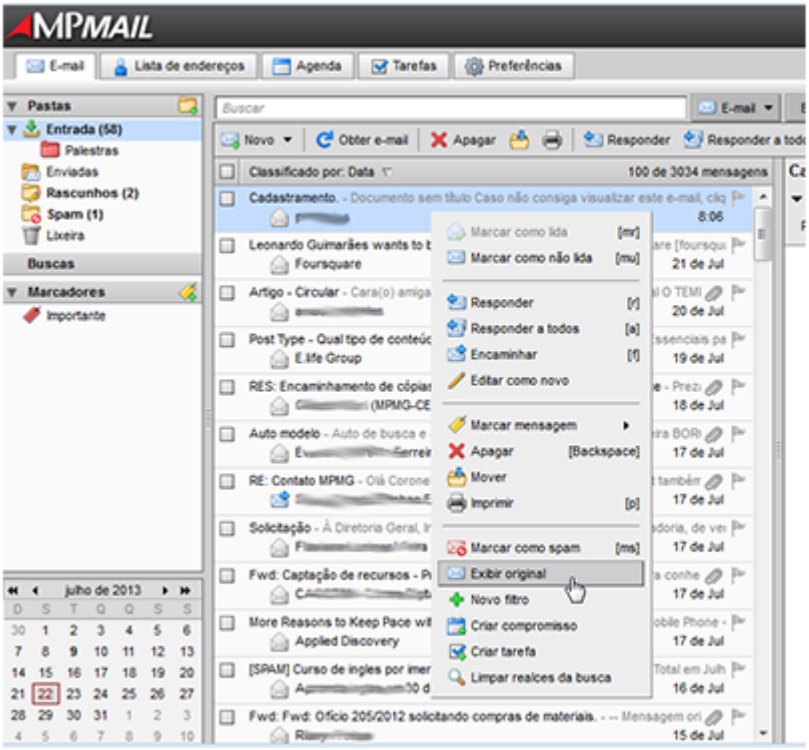
Em Mídias Sociais, a impressão também é realizada através do navegador da web, em opções, imprimir.

Deve-se atentar para posicionar a página com a informação que retrate a conduta ilícita, como também configurar a página no navegador para que também sejam impressos o endereço URL completo e a data/hora da impressão.

Nas opções de impressão, pode-se também escolher (salvar página da web completa). Desta forma, um arquivo e uma pasta serão criados em local escolhido pelo usuário e neste local, estarão todas as informações referentes à página da Mídia Social.

2. Email – Correio Eletrônico

- a. Na coleta de evidências contidas em mensagens de correio eletrônico, deve-se atentar para o conteúdo que caracteriza a conduta ilícita e o cabeçalho completo da mensagem, que contém informações sobre os provedores envolvidos na transmissão da mensagem como também datas e números IP.
- b. É importante atentar para o fato de que o cabeçalho da mensagem contém os dados da última transmissão da mensagem. Se a mensagem originalmente recebida for retransmitida para outra conta, as informações da origem estarão perdidas na mensagem retransmitida. Portanto é importante coletar o cabeçalho da mensagem diretamente da conta que a recebeu em primeiro lugar. Se a mensagem for uma retransmissão, a informação do cabeçalho não será relevante.
- c. Cada gerenciador de e-mail possui um comando próprio para exibição do cabeçalho completo da mensagem. No caso de gerenciador utilizado pelo MPMG, a opção pode ser encontrada clicando com o botão direito sobre a mensagem, antes de abri-la, selecionando no menu a opção “Exibir original”, conforme figura abaixo:



- d. O cabeçalho da mensagem possui informações importantes para a identificação do computador a qual foi originada, conforme figura abaixo:

Exemplo de Cabeçalho de uma mensagem de e-mail

Mozilla Firefox

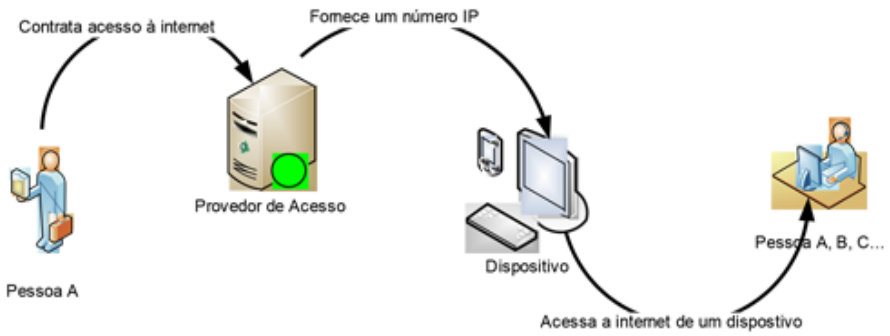
Arquivo Editar Exibir Histórico Favoritos Ferramentas Ajuda

Forneça uma pesquisa ou endereço

```
Return-Path: panprhr@4dollarweb.orbis.hr
Received: from webmail.mpmg.mp.br (LHLO webmail.mpmg.mp.br) (10.17.71.16) by
 webmail.mpmg.mp.br with LMTP; Mon, 22 Jul 2013 08:06:34 -0300 (BRT)
Received: from localhost (localhost.localdomain [127.0.0.1])
        by webmail.mpmg.mp.br (Postfix) with ESMTP id BBA84158041F
        for <p[redacted]@mpmg.mp.br>; Mon, 22 Jul 2013 08:06:34 -0300 (BRT)
X-Virus-Scanned: amavisd-new at mp.mg.gov.br
X-Spam-Flag: NO
X-Spam-Score: 2.855
X-Spam-Level: **
X-Spam-Status: No, score=2.855 tagged_above=-10 required=6.6
        tests=[AM:BOOST=-10, BAYES_99=3.5, FORGED_OUTLOOK_HTML=0.021,
        HTML_IMAGE_ONLY_08=1.651, HTML_IMAGE_RATIO_02=0.437,
        HTML_MESSAGE=0.001, HTML_SHORT_LINK_IMG_1=0.001, MIME_HTML_ONLY=0.723,
        TO_EQ_FM_DOM_HTML_IMG=0.798, TO_EQ_FM_DOM_HTML_ONLY=1.948,
        TO_EQ_FM_HTML_ONLY=1.841, TO_NO_BRKTS_MSFT=1.934, T_REMOTE_IMAGE=0.01,
        T_RP_MATCHES_RCVD=-0.01] autolearn=no
Received: from [redacted]pmg.mp.br ([127.0.0.1])
        by localhost (w[redacted].mpmg.mp.br [127.0.0.1]) (amavisd-new, port 10024)
        with ESMTP id 5rPZW+a8inqq for <p[redacted]@mpmg.mp.br>;
        Mon, 22 Jul 2013 08:06:30 -0300 (BRT)
Received: from 4dollarweb.orbis.hr (4dollarweb.orbis.hr [195.29.89.23])
        by webmail.mpmg.mp.br (Postfix) with ESMTPS id AF73C158041B
        for <p[redacted]@mp.mg.gov.br>; Mon, 22 Jul 2013 08:06:30 -0300 (BRT)
Received: from panprhr by 4dollarweb.orbis.hr with local (Exim 4.80)
        (envelope-from <panprhr@4dollarweb.orbis.hr>)
        id 1V1Dwh-0002kP-Gt
        for [redacted]@mp.mg.gov.br; Mon, 22 Jul 2013 13:06:27 +0200
To: [redacted]@mp.mg.gov.br
Subject: Cadastramento.
MIME-Version: 1.0
Content-type: text/html; charset=iso-8859-1
X-Mailer: Microsoft Office Outlook, Build 17.551210
From: [redacted]@mp.mg.gov.br
Message-Id: <E1V1Dwh-0002kP-Gt@4dollarweb.orbis.hr>
Date: Mon, 22 Jul 2013 13:06:27 +0200
X-AntiAbuse: This header was added to track abuse, please include it with any abuse report
X-AntiAbuse: Primary Hostname - 4dollarweb.orbis.hr
X-AntiAbuse: Original Domain - mp.mg.gov.br
X-AntiAbuse: Originator/Caller UID/GID - [998 0] / [47 12]
X-AntiAbuse: Sender Address Domain - 4dollarweb.orbis.hr
X-Get-Message-Sender-Via: 4dollarweb.orbis.hr: authenticated_id: panprhr/only user confirmed/virtual account not

<!DOCTYPE html PUBLIC "-//W3C//DTD XHTML 1.0 Transitional//EN" "http://www.w3.org/TR/xhtml1/DTD/xhtml1-transitic
```

- e. O conhecimento de um número IP é fundamental para a identificação de um autor de delito cibernético. O número IP está ligado à uma conexão contratada por alguma pessoa, que foi utilizada em um determinado computador por alguém que não necessariamente seja a mesma pessoa contratante da conexão. Pra se chegar até um autor através de um número IP é necessário o trabalho de investigação que irá relacionar uma pessoa a um computador, através de uma conexão com a internet.



3. Dispositivos e mídias eletrônicas (pendrives, discos, cartões de memória, Smarthphones, etc)

- a. Ao receber uma mídia contendo evidências ou provas de algum delito cibernético, a primeira providência deve ser o recolhimento, mediante recibo, em recipiente devidamente lacrado. Em seguida, deve-se tomar o

depoimento do denunciante, detalhando os fatos e obtendo informações sobre, a descrição do conteúdo no dispositivo, circunstâncias em que o dispositivo foi obtido e se possui alguma senha de acesso.

- b. No caso do recebimento de dispositivos como smartphones, PDA, tablets dentre outros, deve-se solicitar também ao denunciante, tanto o **cabo de alimentação** como o **cabo de dados** do dispositivo.

7. Atuação na Auditoria Militar

Autor/Colaborador: *Promotor de Justiça Fernando Ferreira Abreu*

- 7.1. Escorço histórico
- 7.2. Natureza na intervenção ministerial
- 7.3. Competência da Justiça Militar
- 7.4. Inquérito policial militar
- 7.5. Processo criminal
- 7.6. Instituto especial – Menagem
- 7.7. Dos recursos em primeira instância
- 7.8. Execução penal na Justiça Militar
- 7.9. Aspectos práticos da atuação do Promotor de Justiça perante a Justiça Militar de primeira instância
- 7.10. Ementário de Legislação Permanente e Sugestões de Leitura para Aprofundamento

7.1. Escorço histórico

A Justiça Militar apenas foi criada no Brasil em 1936, através da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, que autorizou a organização da Justiça Militar nos Estados, aproveitando-se de comando da Constituição de 1934, que conferiu à União competência privativa para legislar sobre a organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados, sendo que no Estado de Minas Gerais somente foi criada em 1937, através da Lei nº 226, de 09 de novembro de 1937.

A Constituição Federal de 1988 no que se refere à Justiça Militar dispõe sobre sua competência e criação dos Tribunais de Justiça Militar, já que esses só existem atualmente em três Estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul.

A Emenda Constitucional nº 45 de trouxe alterações à Justiça Militar estadual em seu art. 125, ampliando a competência desta Justiça Especializada, para o processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

7.2. Natureza na intervenção ministerial

Sendo precipuamente uma Promotoria de Justiça com ênfase criminal, os promotores de justiça oficiantes nesta especializada atuam nos procedimentos penais seguindo os ritos previstos no Código de Processo Penal Militar, dando vazão à aplicação do Código Penal Militar.

De tal arte, assim como nas promotorias criminais afetas à justiça comum, os promotores com atuação perante a Justiça Militar oficiam nos inquéritos policiais militares, peças de informações recebidas e processos criminais deflagrados.

Noutro giro, a atuação do *Parquet* na seara cível é reduzida, restringindo-se às hipóteses de intervenção previstas no art. 82 do Código de Processo Civil, sendo, em expressiva maioria, mandados de segurança contra atos disciplinares.

7.3. Competência da Justiça Militar

A Justiça Militar estadual é competente para processar e julgar os crimes militares e ações judiciais contra atos disciplinares militares praticados pelos oficiais e praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, bem como os crimes cometidos por militares da reserva e reformados, nos casos especificados na legislação penal militar. Julga também o militar excluído (ex-militar) que tenha cometido crime militar, ainda naquela condição à época do fato.

A Justiça Militar estadual não julga civis, por expressa vedação constitucional, diferentemente da Justiça Militar da União que tem essa competência, nos casos especificados.

Em Segunda Instância compete ao Tribunal de Justiça Militar julgar os recursos oriundos da Primeira Instância e, originariamente, os pedidos de *habeas corpus* e os processos definidos em lei como de sua competência e, ainda, a revisão de seus julgados. Das suas decisões cabem recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.

Em Primeira Instância os Conselhos Permanentes de Justiça processam e julgam os militares acusados que não sejam oficiais e, os Conselhos Especiais de Justiça processam e julgam os delitos previstos na legislação penal militar ou em leis especiais em que são acusados oficiais. Julgam também praças, nos crimes em co-autoria com oficiais. Estes dissolvem-se, após concluídos seus trabalhos em cada processo.

Assim, podemos afirmar que a competência da Justiça Militar Estadual é definida em razão da matéria (crime militar) e da pessoa (policial militar ou bombeiro militar). O policial militar da reserva ou reformado equipara-se ao policial em atividade para fins de aplicação da lei penal militar.

O Código Penal Militar prevê a existência de crimes propriamente militares, isto é, aqueles com previsão exclusiva no Código Penal Militar, e crimes militares impróprios, com previsão também estatuída na legislação penal comum, devendo, nestes casos, prevalecer a regra da Justiça especializada, *in casu*, a Castrense.

A Justiça Militar e a Justiça Comum poderão, excepcionalmente, julgar o mesmo fato, sem qualquer espécie de vinculação entre as decisões, como nos casos de concurso entre militares e civis, por força dos art. 102, alínea a do Código de Processo Penal Militar e art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal.

Por via de exceção legal, compete à Justiça Comum processar e julgar os policiais militares pela prática de crime de abuso de autoridade (Lei n° 4.898/65), facilitação de fuga de preso de cadeia pública e crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil (Lei n° 9.299/96).

Noutro giro, nossos tribunais têm entendido que compete, ainda, à Justiça Militar processar e julgar os delitos cometidos em lugares sujeitos à Administração militar e os crimes de favorecimento pessoal, mas somente quando se imputa ao favorecido um crime militar. Igualmente, sedimentaram o entendimento de que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade (Súmula nº 6 do Superior Tribunal de Justiça) e que compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa (Súmula nº 79 do Superior Tribunal de Justiça).

Referidas conclusões têm como esteio o art. 9º do Código Penal Militar, que define os crimes militares, de sorte que a atuação do Ministério Público pautar-se-á, estritamente às hipóteses ali previstas.

7.4. Inquérito policial militar

Assim como o inquérito policial afeto á Justiça Comum Estadual, os inquéritos policiais militares visam reunir prova da materialidade e indícios de autoria para supedanear a deflagração da ação penal.

Pode ser instaurado de ofício através de portaria, por requisição do Ministério Público, por auto de prisão em flagrante delito, por requerimento de parte interessada, por decisão do STM e, ainda, quando se verificar, no curso de sindicância, a prática de fato definido como crime, nos termos do art. 10 do Código de Processo Penal Militar. Naturalmente, as hipóteses mais comuns são as da instauração de ofício, por requisição do *Parquet* e auto de prisão em flagrante delito.

Os inquéritos policiais militares, por se constituírem peças que visam apurar a prática de infração penal, não possuem rito próprio, havendo tão somente o norte legal (art. 13) para realização de diligências para apuração do fato.

Recebido o inquérito militar pelo órgão ministerial, este poderá adotar as seguintes providências:

- 1 - Propor ação penal através de denúncia;
- 2 - Requerer o arquivamento;
- 3 - Requerer a devolução dos autos ao encarregado solicitando diligências;
- 4 - Requerer a declinação da competência;
- 5 - Ofertar proposta de transação penal.

Ressalte-se que os prazos para conclusão do inquérito policial militar (art. 20 do CPPM), 20 dias para investigado preso e 40 dias para investigado solto, sendo este prorrogável por mais 20 dias, geralmente são cumpridos pelos encarregados dos inquéritos, sendo não sendo praxe nesta especializada o pedido de prorrogação de prazos ou mesmo o atraso na conclusão do inquérito e encaminhamento à Justiça Militar.

Tal fato ocorre por não haver um único órgão responsável para realização dos inquéritos, sendo que qualquer oficial de maior graduação que o investigado pode ser encarregado do inquérito, pesando contra o investigador, no caso de descumprimento da determinação para investigação, os delitos de descumprimento de missão e descumprimento de lei, regulamento ou instrução, arts. 196 e 324 do CPM, respectivamente.

Em termos práticos, a única dificuldade do órgão de execução ministerial refere-se ao controle dos inquéritos policiais militares, pois diferentemente da Polícia Civil, as portarias de instauração de inquérito são lançadas em sistema único, concentrador de portarias afetas a IPMs, Sindicâncias e Procedimentos Administrativos disciplinares, além do fato que nos crimes funcionais próprios geralmente não são confeccionados Boletins de Ocorrência, pois os fatos são comunicados por intermédio de relatórios ou comunicações disciplinares, não havendo publicidade de tais atos.

7.5. Processo criminal

Primando pela oralidade, os processos criminais afetos à Justiça Militar possuem rito similar ao procedimento ordinário do Processo Penal Comum.

Oferecida a denúncia, o acusado é citado e interrogado, sendo depois ouvidas as testemunhas arroladas pelo *Parquet* (no máximo seis). Finda a oitiva das testemunhas da acusação, abre-se vista à defesa para arrolar testemunhas em igual número. Encerrada a instrução, as partes manifestam-se acerca de eventuais diligências, passando-se para a fase de alegações finais que, na Justiça Militar, são orais, apresentadas na sessão de julgamento, perante o juiz singular, conselho permanente ou especial de justiça, que, por seu turno, decidem o fato igualmente na sessão de julgamento.

O tempo para os debates é relativamente longo, três horas para acusação e três horas para a defesa, com réplica e tréplica de até uma hora, salvo nos casos de deserção em que o limite para as explanações é de trinta minutos, com réplica e tréplica de no máximo quinze minutos.

Ocorre que, diferentemente dos processos de Júri, onde os debates estendem-se, não é praxe na Justiça Militar o esgotamento do tempo previsto para os debates, pois os juízes militares têm acesso aos processos antes do julgamento, evitando assim, salvo em casos excepcionais, a cansativa leitura de depoimentos.

Com relação a estes, cumpre destacar que as infrações penais praticadas por militares contra civis são julgadas pelo juiz de direito singularmente, salvo nos casos de crimes dolosos contra a vida, cuja competência é do tribunal do júri por força constitucional. Os demais delitos militares são julgados em forma de colegiado, sendo este composto pelo juiz de direito e por quatro oficiais sorteados para o trimestre, denominado Conselho Permanente de Justiça. Em sendo o acusado oficial, sorteia-se o Conselho Especial de Justiça, composto de oficiais de maior patente que o acusado, que fica vinculado ao processo até sua decisão final.

7.6. Instituto especial − Menagem

O Código de Processo Penal Militar prevê, em seu art. 263, o instituto da menagem, prisão fora do cárcere mediante a palavra do agente, concedida como homenagem a este em razão de seus antecedentes e aspectos funcionais.

Nas hipóteses em que não caiba liberdade provisória (art. 270 do CPPM), poderá ser concedida a menagem ao agente, em respeito à sua situação pessoal e observância ao interesse da coletividade. Admite-se na doutrina a menagem intra-muros e a menagem extra-muros. A primeira revela-se verdadeira prisão, pois o militar está proibido de deixar a sede onde está preso, sendo-lhe permitido apenas o trânsito livre dentro do estabelecimento militar, sem a obrigação de permanecer na cela. Por outro turno, a menagem extra-muros assume contornos de liberdade por palavra, adequando-se à normatização dos art. 263 *usque* 269 do CPPM.

Feito o pedido de menagem, o Ministério Público terá vista dos autos por três dias para se manifestar, devendo posicionar quanto a concessão ou não do instituto.

7.7. Dos recursos em primeira instância

Segundo o art. 510 do Código de Processo Penal Militar, das decisões proferidas em primeira instância cabem recurso em sentido estrito e apelação. O recurso em sentido estrito segue as diretrizes dos arts. 516 *usque* 525 do CPPM, devendo ser interposto no prazo de três dias, sendo que as razões deverão ser apresentadas no prazo de cinco dias após a abertura de nova vista para tal fim, não possuindo, em regra, efeito suspensivo.

Ressalte-se que assim como no processo penal comum, o cabimento do recurso em sentido estrito restringe-se aos casos previstos em lei, sendo o rol do art. 516 do CPPM taxativo.

O recurso de apelação, por sua, é residual, consoante se infere do art. 526 e seguintes do CPPM. O prazo para interposição é de cinco dias, sendo que as razões recursais devem ser apresentadas em dez dias, contados após a abertura de vista para aludida finalidade, tendo, em regra, efeito suspensivo.

Não nos olvidemos ainda da possibilidade da oposição de embargos de declaração (art. 538) no prazo de cinco dias, no caso de omissão, obscuridade, contradição ou ambigüidade na decisão (art. 542 do CPPM).

7.8. Execução penal na Justiça Militar

A Lei de Execuções Penais, por expressa disposição legal, somente é aplicável à Justiça Militar quando o militar condenado cumpre pena em estabelecimento prisional comum (art. 2º da LEP).

Assim, pode-se afirmar que não existe lei própria a reger a execução de pena de militares condenados que cumprem pena em estabelecimentos prisionais militares, salvo o próprio CPPM.

Diante da lacuna legal, o Juiz Militar tem, por força dos arts. 588 e 590 do CPPM, competência para apreciação dos incidentes da execução penal, sendo certo, igualmente, que diante de tamanha discricionariedade, não se torna possível a definição de padrões.

De bom alvitre nos parece que nos casos não previstos no CPPM, subsidiariamente seja aplicada a Lei de Execuções Penais para nortear as decisões relativas à matéria, como forma de se preservar o princípio da isonomia, pois inexiste norma distintiva em nosso ordenamento jurídico.

Ainda que em diversas situações o militar tenha tratamento diverso do civil, assim o é por força de lei e em casos expressamente previstos. Diante da inexistência de regulamentação própria e ausência de correlação lógica entre a discriminação e o fator de *discrímen*, razoável seria a aplicação subsidiária da LEP até que outra norma disponha acerca da matéria, como forma de se preservar o princípio da isonomia e afastar o risco de arbitrariedades no curso do cumprimento da pena.

7.9. Aspectos práticos da atuação do Promotor de Justiça perante a Justiça Militar de primeira instância

A lida diária do Promotor de Justiça com atuação na Justiça Militar apresenta situações diferentes de sua atuação no juízo criminal comum. É importante para o Promotor de Justiça conhecer os termos e expressões utilizadas na caserna, bem como seus significados.

O convívio com o Conselho Permanente de Justiça perdurará por três meses, sendo importante o estabelecimento de relacionamento cordial com seus componentes (Juiz Auditor e quatro oficiais militares). Da mesma forma, revela-se imprescindível averiguar a formação profissional e pessoal de seus membros, pois não há a obrigatoriedade de que sejam formados em direito.

Diante de tal fato, a preparação para os julgamentos deve ser diferente para cada Conselho Permanente, haja vista a diversidade de sua composição. Certo é que a existência de oficiais formados em direito no Conselho facilita a preparação e encurta os debates, assim como mais árduo será o trabalho quando inexistam oficiais bacharéis em direito.

Ao longo do trimestre o Promotor de Justiça terá tempo suficiente para conhecer os componentes do Conselho e saber as suas predileções, tendências e opiniões. Assim, importantíssimo o uso desta atividade de inteligência durante o expediente.

Ementário da legislação pertinente

- Constituição Federal
- Código Penal Militar
- Código de Processo Penal Militar
- Código Penal
- Código de Processo Penal

Referências bibliográficas

ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Anotado**. Curitiba: Juruá, 2005.

FREYSELEBEN, Márcio Luís. **A prisão Provisória no CPPM**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Brasília Jurídica, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Apontamentos e Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

7.10. Ementário de Legislação Permanente e Sugestões de Leitura para Aprofundamento

Ementário

- Constituição Federal
- Código Penal Militar
- Código de Processo Penal Militar
- Código Penal
- Código de Processo Penal

Sugestões de Leitura para Aprofundamento no Assunto

- ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Anotado**. Curitiba: Juruá, 2005.
- FREYSELEBEN, Márcio Luís. **A prisão Provisória no CPPM**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Brasília Jurídica, 2006.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Apontamentos e Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Promotorias de Justiça: Atuação Cível

- 1. Atuação no Juízo de Família
- 2. Atuação em Declaratória de Paternidade
- 3. Atuação no Juízo da Sucessão e Ausência
- 4. Atuação no Juízo de Registros Públicos
- 5. Atuação no Juízo da Fazenda Pública e Execuções Fiscais
- 6. Atuação residual no Cível
- 7. Apêndice

1. Atuação no Juízo de Família

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Renato Augusto de Mendonça* [1),2)]

> "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado"[3)].

O Ministério Público vem procedendo a uma releitura da sua atuação no processo civil, em especial no âmbito do juízo de família, visando otimizar sua atuação, prestigiar a autonomia privada e voltar-se para os interesses que necessitam de maior proteção. A Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007, publicada no Minas Gerais de 28/11/2007, disciplinou a racionalização interventiva do Ministério Público no processo civil.

Este movimento veio ao encontro do legislativo brasileiro que, ao editar a Lei nº 11.441/2007, simplificou, sobremaneira, procedimentos relevantes envolvendo o direito de família, permitindo às partes interessadas, maiores, capazes e que não tenham filhos menores, o ajuste de dissolução do casamento pela via administrativa.

De acordo com a racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, será despicienda sua intervenção nos seguintes feitos:

- separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes;
- ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes;
- ação ordinária de partilha de bens entre partes capazes;
- ação executiva de alimentos entre partes capazes, excetuada a hipótese do art. 733 do CPC.

É nesse contexto que se irá abordar a atuação do Ministério Público no juízo de família.

- 1.1. Separação judicial por mútuo consentimento
- 1.2. Separação judicial litigiosa
- 1.3. Divórcio direto litigioso
- 1.4. Divórcio direto consensual
- 1.5. Divórcio por conversão
- 1.6. Ações cautelares
- 1.7. Restabelecimento da sociedade conjugal
- 1.8. A união estável
- 1.9. Ação de alimentos
- 1.10. Ação revisional de alimentos
- 1.11. Execução de alimentos
- 1.12. Alimentos gravídicos

- 1.13. Tutela
- 1.14. Curatela
- 1.15. Guarda
- 1.16. Investigação de paternidade
- 1.17. A exclusão da paternidade
- 1.18. Suprimento de idade para casamento - Fundamento
- 1.19. Suprimento de consentimento para o casamento - Procedimento
- 1.20. Ação de nulidade de casamento - Requisito da inicial
- 1.21. Ação de anulação de casamento
- 1.22. Pedidos de mudança de nome e sexo formulados por transexual
- 1.23. União homoafetiva
- 1.24. Mudança de regime de bens
- 1.25. Central de conciliação
- 1.26. Modelos de peças jurídicas
- 1.27. Jurisprudência

[1)] Na 1ª edição desta obra esta área foi escrita pelos promotores de Justiça Cláudia Ferreira de Souza, Érika de Fátima Matozinhos Ribeiro Lisboa, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Ruy Alexandre Neves da Motta, Maria Juliana de Brito Santos Moysés, Karen Thomé Seni da Silva e Oliveira Goulart e Marisa Furtado Coelho, pela Analista do Ministério Público Camila Gontijo de Paiva e o Servidor Terceirizado Wanderley Carlos de Souza.

[2)] O texto “Carta das Famílias” e a resolução PGJ no 67 de 6/10/2010 encontram-se no apêndice, ao final deste capítulo.

[3)] Art. 16, inciso III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

1.1. Separação judicial por mútuo consentimento

Requisitos da inicial

A inicial será assinada, em audiência, por ambos os cônjuges e deverá vir acompanhada dos seguintes documentos:

- a) procuração;
- b) certidão de casamento;
- c) certidões de nascimento dos filhos;
- d) pacto antenupcial, se houver.

Tratando-se de pessoas casadas no estrangeiro, o pedido deve ser instruído com certidão de casamento original, legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem e com versão em português feita por tradutor juramentado (art. 129, § 6º, da Lei nº 6.015/73). Atentar para o fato de que a separação consensual somente poderá ocorrer se os cônjuges forem casados por mais de um ano (art. 1.574, do CC).

Audiência

Em Minas Gerais as audiências para tentativa de reconciliação e ratificação dos termos acordados têm sido realizadas na Central de Conciliação e o Ministério Público deve ter vista do ajuste, antes de sua homologação.

Atentar para a possibilidade de ratificação através de procuração, por instrumento público, lavrada no Consulado Brasileiro, quando um dos cônjuges residir no exterior[1)].

Caso qualquer dos cônjuges não compareça à audiência ou não ratifique o pedido, o processo deverá ser arquivado (art. 1.122, § 2º, do CPC).

Acordo

O acordo deverá conter disposições acerca de:

- a) a guarda dos filhos menores;
- b) o valor da pensão dos filhos, sua data de vencimento, forma de reajuste e forma de pagamento;
- c) a regulamentação das visitas (fins de semana, férias, feriados, festas de fim de ano, aniversário dos pais, etc.);
- d) o valor da pensão ao cônjuge que dela necessitar;
- e) o nome a ser adotado pelos cônjuges, após a separação;
- f) no caso de transferência de bens imóveis para os filhos, deverá haver a estipulação de prazo para outorga de escritura;
- g) a descrição circunstanciada dos bens e a respectiva partilha.

Cláusulas que devem ser evitadas

Evitar cláusula de dispensa de alimentos para os filhos, mesmo que temporariamente e independentemente de qual genitor será o guardião.

Partilha

Lembrar que a partilha não é obrigatória, podendo ser feita após homologada a separação (art. 1.121, § 1º, do CPC).

Alteração do procedimento

Observar que não é possível a transformação do procedimento consensual em litigioso.

[1)] "DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO - CÔNJUGE, RESIDENTE NO EXTERIOR, REPRESENTADO POR PROCURADOR COM PODERES ESPECIAIS - IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO. No divórcio consensual direto, o fato de residir um dos cônjuges no exterior, a impossibilitar-lhe o comparecimento à audiência preliminar de conciliação, não induz à extinção do processo sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. O processo deve prosseguir, facultando-se a produção de provas, com designação de audiência de ratificação do pedido, na presença do procurador constituído, munido de procuração com poderes especiais". (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.294.733-1/00, RELATOR DES. WANDER MAROTTA, PUB. 13/02/2003).

1.2. Separação judicial litigiosa

Requisitos da inicial

Verificar se a petição inicial está instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, especialmente as certidões de casamento e de nascimento dos filhos.

Rito processual

Pugnar pela realização da audiência de conciliação antes do oferecimento da contestação. As audiências para tentativa de reconciliação estão sendo realizadas na Central de Conciliação, devendo o Ministério Público ter vista do processo, caso as partes cheguem a um acordo, antes de sua homologação. O rito assim se desenvolve:

- se houver reconciliação, decreta-se a extinção do processo;
- se possível a conversão de separação litigiosa em consensual, deve-se atentar para as recomendações da seção anterior;
- frustrado o acordo, o feito seguirá o rito ordinário e salienta-se a necessidade de realização de estudo social, quando o litígio versar sobre a guarda de menores;
- ocorrendo a morte de um dos cônjuges, no curso do processo, deve o representante do Ministério Público propugnar pela sua imediata extinção, tendo em vista a natureza personalíssima do direito.

Observação: os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil foram alterados pela Lei no 11.698/08, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada ao lado da guarda unilateral.

Desnecessidade de apuração da culpa

Não se apura a culpa nas hipóteses dos arts. 1.572, § 1º, e 1.573, parágrafo único, do Código Civil, desde que evidenciada a impossibilidade da vida em comum. A apuração somente se faz necessária para os fins do art. 1.702 do CC.

Sentença

Verificar se a sentença dispôs sobre guarda, direito de visita, pensão alimentícia e nome a ser adotado pelos cônjuges, não constituindo a partilha obstáculo à decretação da separação, o que poderá ser discutido em ação distinta de partilha de bens.

1.3. Divórcio direto litigioso

Requisitos da inicial

Completados dois anos da separação de fato, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado o decurso do tempo da separação, nos termos do art. 1.580, § 2º, do Código Civil, devendo a inicial ser instruída com procuração, outorgando poderes especiais para requerer divórcio, certidões de casamento e de nascimento dos filhos.

Audiência

As audiências para tentativa de reconciliação e oitiva de testemunhas têm sido realizadas na Central de Conciliação e, caso as partes cheguem a um acordo, o Ministério Público deverá ter vista para emitir parecer, antes de sua homologação.

Não havendo acordo, o feito seguirá o rito ordinário, que prevê prazo de quinze dias para apresentação da contestação.

Fase de instrução

A comprovação do tempo da separação de fato é necessária, mesmo que o pedido não tenha sido contestado.

Partilha

A ausência de partilha não impede a concessão do divórcio, conforme art. 1.581 do CC.

1.4. Divórcio direto consensual

Requisitos da inicial

A inicial deverá ser assinada por ambos os cônjuges, em audiência, conter a indicação dos meios probatórios da separação de fato e os itens especificados no item 3, da Seção I e ainda ser, ainda, instruída com os seguintes documentos:

- a) procuração;
- b) certidão de casamento;
- c) certidão de nascimento dos filhos menores.

Audiência

As audiências para tentativa de reconciliação, confirmação dos termos acordados e oitiva de testemunhas têm sido realizadas na Central de Conciliação e o Ministério Público deverá ter vista para parecer, antes de sua homologação.

Partilha

A ausência de partilha não impede a concessão do divórcio, conforme art. 1.581 do CC.

1.5. Divórcio por conversão

Tendo em vista que o único requisito a ser analisado é o decurso de um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos (art. 1.580, caput, do CC), prescindível a intervenção do Ministério Público, salvo se um dos cônjuges for incapaz.

A intervenção poderá se justificar, caso as partes, consensualmente, estejam alterando cláusulas relativas aos filhos menores, o que se admite apenas por economia processual.

Recomenda-se pedir o apensamento dos autos da separação aos autos da ação de divórcio, sempre que a ação de separação judicial tiver tramitado na mesma comarca.

1.6. Ações cautelares

Cautelares mais comuns

[1)]

Observar que, na área de família, as medidas cautelares mais comuns são: separação de corpos, guarda de filhos, visitação, alimentos provisionais, seqüestro e arrolamento de bens, busca e apreensão de coisas e de filhos.

Requisitos da inicial

Deverão ser observados os requisitos legais (arts. 282 e 283 do CPC), devendo, ainda, estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Se a cautelar é preparatória, é indispensável a indicação da ação principal a ser proposta.

Se houver necessidade de oitiva de testemunhas, estas deverão vir arroladas na inicial.

Pedido de liminar – impropriedade da manifestação do Ministério Público

Não cabe intervenção do Ministério Público no exame do pedido de liminar, já que, além de inexistir fundamento legal para a manifestação, a natureza urgente do pedido restaria frustrada, em caso de abertura de vista.

O juiz deve examinar o pedido de plano, intimando, em seguida, as partes e o Ministério Público, o qual, caso discorde da decisão, poderá interpor o recurso cabível ou pleitear a revogação da medida.

Busca e apreensão

Verificar que a busca e apreensão em alguns casos assume caráter satisfativo.

É possível o ajuizamento de ação de busca e apreensão de incapaz pelo genitor que detiver sua guarda de fato.

Arrolamento de bens

Não se pode cumular pedido de cautelar de arrolamento de bens com as demais porque, embora cautelar, o seu procedimento é diverso das demais medidas.

Separação de corpos – alimentos provisionais

Lembrar que os provisionais podem ser fixados se os cônjuges já se encontram separados, mas, residindo junto o casal, não há porque se deferir o pedido.

É possível a cumulação das ações, não obstante os ritos sejam diferentes, hipótese na qual deverá ser observado o rito das cautelares inominadas.

Cautelar de separação de corpos

Observar que, se um dos cônjuges já deixou o lar conjugal, a liminar poderá ser concedida para os fins de contagem de tempo para o divórcio por conversão, art. 1.580 do Código Civil, especialmente nos casos em que o pedido for consensual e o casamento não tenha ocorrido há mais de um ano. É necessária a realização da separação judicial, sem a qual resta impossível o divórcio pela via da conversão.

Separação de corpos – medida excepcional

Verificar que medida liminar de caráter expulsório só deverá ser deferida diante de fatos comprovadamente graves, a fim de se evitar agravamento das relações conjugais.

[1)] Têm por fundamento os arts. 796 e seguintes do CPC e poderão ser interpostas como preparatórias ou incidentais à ação principal.

1.7. Restabelecimento da sociedade conjugal

O pedido deverá ser formulado perante o juízo da separação, nos termos do art. 46 da Lei nº 6.015/77, e vir instruído com cópia da certidão de casamento, contendo a averbação da separação.

O restabelecimento deverá observar o disposto no art. 1.577 do CC.

Caso o pedido não tenha sido assinado pelos requerentes, necessária a juntada de procuração com poderes especiais para tanto.

Observar que a intervenção do Ministério Público será dispensável nos casos em que não houver interesse de incapazes.

1.8. A união estável

Consideração inicial

A matéria está disciplinada nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Observar que a intervenção do Ministério Público será dispensável nos casos em que não houver interesse de incapazes.

Requisitos

O estado civil das partes deverá estar comprovado nos autos, observando-se que, caso os conviventes sejam civilmente casados, será necessária a comprovação de eventual separação de fato, para os fins do art. 1.723, § 1º, Segunda Parte, do Código Civil. Nessa hipótese, o cônjuge deverá integrar o pólo passivo da ação. Também se faz necessário comprovar o período da união, apurando-se seu início e término.

Conversão da união estável em casamento

Importante observar o Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 133/2005.

1.9. Ação de alimentos

Requisitos da inicial

Observar se a inicial contém a descrição das necessidades do autor e se estão demonstradas as possibilidades do réu, examinando, para isso, a documentação, em especial a prova dos rendimentos.

A ausência de descrição das necessidades não inviabiliza, contudo, a apreciação do pedido, pois tratando-se de parte incapaz, suas necessidades são presumidas.

Audiência

A audiência será de conciliação, instrução e julgamento e, em caso de ausência do réu, ficará prejudicada a conciliação, passando-se para a fase de instrução, em que o autor deverá provar sua necessidade bem como a capacidade financeira do réu. Em sendo a parte autora maior e capaz, será imperativo se demonstrar a necessidade de recepção de alimentos, pois, considerando-se a capacidade e a maioridade civil, supõe-se que a pessoa possuirá plena capacidade para promover o próprio sustento.

Fixação dos alimentos

Verificar que os alimentos são devidos a partir da citação (art. 13, § 2, da Lei nº 5.478/68) e que na fixação do *quantum*, deverão ser levados em conta os seguintes critérios:

- a) se autor e réu forem maiores e capazes, observar recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 12 de novembro de 2007;
- b) a capacidade financeira do alimentante;
- c) a quantidade de filhos menores que possui o alimentante;
- d) caso seja o réu profissional autônomo, fixam-se os alimentos, via de regra, em um percentual do salário mínimo, podendo, contudo, ser estipulado um determinado valor, sujeito a um dos índices oficiais de correção;
- e) obrigatoriamente, conforme determinação do art. 1.710 do CCB, deverá existir previsão de reajuste para os alimentos;
- f) sendo o alimentante assalariado, fixa-se a verba alimentar, em regra, sobre percentual da remuneração bruta ou líquida do alimentante, entendendo-se como remuneração líquida, salvo algumas poucas e individualizadas exceções, o valor bruto, descontando-se a contribuição previdenciária e eventual imposto de renda;
- g) não existe um percentual previamente estabelecido para a fixação de alimentos, devendo os aplicadores da lei, ao fixarem a verba alimentar, observar o trinômio possibilidade/necessidade/proporcionalidade;
- h) se a mulher ou o marido possuírem renda própria, não se justifica pleitear pensão alimentícia um do outro (art. 226, CF/88). Contudo, mesmo possuindo o ex-consorte o seu próprio labor, sendo a renda insuficiente para atender suas necessidades básicas, poderá um pleitear alimento do outro;
- i) não existe compensação em ações de alimentos, a teor do art. 1.707 do CCB.

1.10. Ação revisional de alimentos

Breve consideração

Os alimentos, anteriormente fixados, poderão ser majorados ou minorados, dependendo da alteração das condições vividas pelo alimentante ou pelo alimentado.

A revisão de alimentos possui seu fundamento na chamada teoria da imprevisão. Pela própria natureza dos alimentos, a decisão proferida em tais ações contém ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, o que equivale a dizer que, enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito da forma como afirmadas na sentença, esta permanece com sua eficácia. Uma vez sobrevindo uma variante na vida do alimentante ou do alimentado, será possível se discutir um novo valor para os alimentos.

Não é, contudo, toda e qualquer variante financeira que poderá beneficiar o prestador de alimentos com a redução do encargo. Possuindo a revisão de alimentos raízes na teoria da imprevisão, somente aquelas situações futuras e inesperadas poderão beneficiar o prestador de alimentos, cabendo observar se o alimentante criou, com plena consciência, situações que venham lhe comprometer os ganhos e, em virtude de tais situações, pleiteou a redução dos alimentos.

Requisitos da inicial

Observar se a inicial contém a descrição da mudança da situação financeira dos interessados.

Fase instrutória

Verificar que o réu é citado para a apresentação de sua defesa e, na audiência, após a fase de conciliação, segue-se a instrução com a produção das provas requeridas, aplicando-se, no que couber, o exposto na subseção anterior.

1.11. Execução de alimentos

Espécies de execução de alimentos

Vale ressaltar que quatro são as possibilidades de procedimentos executivos da obrigação alimentar, a saber:

- a) execução com constrição patrimonial como simples fase do processo cognitivo (cumprimento de sentença);
- b) execução autônoma com constrição patrimonial;
- c) execução com coerção pessoal;
- d) execução com desconto em folha.

Referindo-se apenas a obrigações alimentares oriundas do direito de família, não estão incluídos, aqui, os alimentos provenientes de ato ilícito, apurados através de ações de indenização por responsabilidade civil, cujo tratamento é estranho ao direito de família (estritamente obrigacional); a execução dá-se na forma do art. 475-Q, do CPC.

Passemos a analisar as formas de execução de alimentos oriundas do direito de família em separado.

Execução com constrição patrimonial como simples fase do processo de conhecimento

Cabimento

Trata-se da execução que aplica o rito do cumprimento de sentença, instituído pela Lei nº 11.232/2005, fundamentalmente nos arts. 475-I a 475-R, do CPC. Tal procedimento aplica-se às execuções de alimentos fundados em título judicial, pois a despeito da literalidade da norma do art. 732 do CPC, que haveria excluído o referido regramento legal das execuções de alimentos, essa interpretação não resiste a uma hermenêutica teleológica, fundada no conteúdo finalístico da norma, pelo que se entende plenamente aplicável tal procedimento executivo em matéria de alimentos.

Alimentos definitivos e provisórios

O mencionado procedimento executivo é aplicável para alimentos provisórios ou definitivos.

Contudo, em se tratando de alimentos provisórios ou provisionais (fixados em cautelar específica ou liminarmente no despacho da inicial da ação de alimentos), bem como de alimentos fixados em sentença ainda sujeita a recurso, a execução atenderá às peculiaridades próprias da execução provisória, previstas no art. 475-O, do CPC.

Saliente-se que as execuções provisórias de alimentos, seguindo o procedimento executivo ora em comento, não se sujeitam à prestação de caução idônea até o limite de sessenta salários mínimos, já que é presumida a situação de necessidade do alimentado-exequente (art. 475-O, § 2º, I, do CPC).

Também independe da prestação de caução idônea o levantamento de depósito em dinheiro referente às prestações alimentícias, em razão dos mesmos fundamentos acima alinhados.

Iniciativa

A iniciativa do presente procedimento executivo é do credor, sendo que o legislador, apesar de prever esse

procedimento como mera fase do processo cognitivo por meio do chamado processo sincrético ou misto (com função de conhecimento e execução), não adotou a execução *ex officio*, nos moldes do que ocorre no processo trabalhista, em homenagem à tradição do princípio dispositivo.

No entanto, a sistemática da Lei nº 11.232/2005 quebrou, nessa modalidade executiva, a autonomia do processo executivo, não prevendo relação jurídico-processual autônoma, nova citação do obrigado ou mesmo petição inicial.

Desse modo, a iniciativa da fase de cumprimento da sentença é feita por simples petição nos próprios autos da ação de conhecimento, sendo desnecessário que tal petição preencha todos os requisitos de uma petição inicial.

Entretanto, deverá a petição estar devidamente acompanhada da memória discriminada do cálculo do valor exeqüendo, pois há muito foi extinto o cálculo por contador judicial, sendo tal memória indispensável ao cumprimento de sentença quando a determinação do valor depender de mero cálculo aritmético (art. 475-B do CPC), sob pena de indeferimento. Saliente-se que poderá a parte valer-se de contador judicial quando estiver amparada por assistência judiciária gratuita.

Na fase de cumprimento da sentença, como esta se processa nos próprios autos, desnecessária a juntada do título executivo, que já se encontrará encartado aos autos.

Pagamento voluntário e fase executiva

O cumprimento de sentença de alimentos só terá lugar após expirado o prazo legal de quinze dias para pagamento voluntário dos alimentos, a partir do qual poderá instaurar-se a fase executiva do processo sincrético (art. 475-J do CPC).

Caso o devedor de alimentos não cumpra voluntariamente sua obrigação, poderá o credor requerer a instauração da fase executiva na qual terá lugar o cumprimento da decisão, sendo que a partir desse prazo incidirá multa de dez por cento incidente sobre o *quantum debeatur*.

Existem três correntes sobre o termo inicial para contagem da fluência do prazo de quinze dias: a primeira considera a intimação pessoal do devedor como termo inicial de contagem; a segunda, a intimação do advogado e a terceira, defendendo a desnecessidade de intimação, conta o prazo a partir da publicação da decisão.

A impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei nº 8009/90, não se aplica às execuções de alimentos, por disposição expressa do art. 3º, III, da citada lei, devendo-se, contudo, observar o que consta no art. 649, II, do CPC.

Note-se que, no cumprimento de sentença, não se abre ao devedor a possibilidade de nomear bens à penhora, sendo de plano expedido mandado de penhora e avaliação, passando-se assim ao credor a possibilidade de nomeá-los, se entender pertinente. Pode, entretanto, o devedor requerer a substituição do bem penhorado por outro, atendendo sempre ao princípio da menor onerosidade da execução.

Feita a penhora e avaliação, será dela intimado o devedor, por intermédio de seu advogado ou, na falta deste, pessoalmente, fluindo-se a partir daí o prazo de quinze dias para impugnação.

Impugnação ao cumprimento de sentença

A defesa do executado, na fase de cumprimento de sentença, dá-se através de impugnação, regra que quebra longa tradição liebmaniana no direito brasileiro, a qual admitia a defesa do devedor através da ação cognitiva autônoma de embargos. Ao contrário, a impugnação não é ação autônoma, mas sim incidente processual.

A nova sistemática legal continuou exigindo a segurança do juízo pela penhora a fim de que possa o executado

oferecer impugnação, tal como ocorre nos embargos do devedor.

A matéria que pode ser argüida pela impugnação não é ampla, estando taxativamente elencada no art. 475-L, do CPC, segundo o qual tal peça defensiva não admite cognição ampla ao devedor, pois já teve essa oportunidade durante o processo de conhecimento.

De regra, a impugnação não tem efeito suspensivo, razão pela qual o cumprimento de sentença prossegue a despeito de seu oferecimento. Contudo, pode o juiz, a requerimento do impugnante, atribuir efeito suspensivo à impugnação, desde que o prosseguimento da execução seja suscetível de causar ao devedor grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

Deferido efeito suspensivo à impugnação, essa correrá nos próprios autos do cumprimento de sentença e, no caso de indeferimento, em autos apartados, a despeito de sua natureza de incidente processual, conforme previsto no art. 475-M, § 2º, do CPC.

Em face dessa natureza jurídica da impugnação, a decisão proferida nesse meio de defesa comporta recurso de agravo de instrumento, salvo quando a decisão da impugnação importar em extinção da própria execução, caso em que caberá apelação.

Execução autônoma com constrição patrimonial

Aqui se trata da execução por quantia certa contra devedor solvente, procedimento que continua aplicável em matéria de execução de alimentos, quando a obrigação alimentar fundar-se em título executivo extrajudicial.

Saliente-se que alguns doutrinadores defendem a aplicação desse tipo de execução também para os alimentos fundados em título executivo judicial.

Com relação ao tema, ressalte-se que, a despeito de a obrigação alimentar surgir de regra de sentença ou decisão judicial, entende-se cabível a fixação de alimentos em título executivo extrajudicial previsto no art. 585, II, do CPC, seja em documento público assinado pelo devedor e credor, seja em documento particular assinado pelas partes e duas testemunhas, seja, ainda, em documento referendado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (vide TJPR; RT 458/183). Esse procedimento executivo, aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, funda-se igualmente na constrição patrimonial de bens, mas se desenvolve como processo autônomo, com a necessidade de petição inicial e citação do devedor.

A defesa do executado dá-se pela forma de embargos do executado, os quais, em se tratando de títulos executivos extrajudiciais, têm cognição ampla, podendo-se suscitar qualquer matéria que se poderia alegar em processo de conhecimento.

Em suma, nessa espécie executiva, aplica-se a tradicional modalidade de execução já consagrada no direito brasileiro, conhecida como execução por quantia certa contra devedor solvente.

Execução com coerção pessoal

Coerção pessoal: prisão civil

A prisão civil por dívida é admitida excepcionalmente no ordenamento jurídico brasileiro nas dívidas de alimentos, sendo tal previsão expressa no texto constitucional (art. 5º, LXVII) e no Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de que o Brasil faz parte, em razão do qual o procedimento executivo especial foi recepcionado pela Carta Magna vigente.

A prisão civil do devedor inescusável de obrigação alimentícia é meio coercitivo do cumprimento de tal obrigação, não sendo assim substitutiva da própria obrigação alimentícia pecuniária que se pretende fazer

adimplir, dado o caráter não penal dessa prisão.

Desse modo, em razão da natureza dessa prisão civil, o cumprimento da medida coercitiva não extingue a própria obrigação alimentar, que continua a subsistir mesmo que o devedor cumpra a totalidade da prisão.

No entanto, não pode o devedor ser compelido a cumprir a prisão civil por mais de uma vez, por causa da mesma parcela da verba alimentar, motivo pelo qual, vencido o prazo de prisão civil determinado pelo juiz, a parcela alimentícia pode ser novamente executada, através de constrição patrimonial, não sendo mais possível a execução com coerção pessoal pela mesma parcela, sob pena de constrangimento ilegal.

Contudo, a obrigação alimentar é daquelas de trato sucessivo ou prestações periódicas; em caso de descumprimento dessa obrigação, o devedor pode ser compelido a nova coerção pessoal, em virtude das prestações vencidas no curso da execução, nos termos do art. 290 do CPC, só não podendo sê-lo por parcelas pelas quais já tenha cumprido a prisão civil.

O prazo máximo de prisão civil em virtude de inadimplemento inescusável de obrigação alimentar é de sessenta dias (de cada execução), nos termos do art. 19, da Lei nº 5.478/68 (com redação determinada pela Lei nº 6.014/73) que, sendo posterior ao CPC, revogou o art. 733, § 1º, desse diploma legal, o qual previa o prazo máximo de três meses para a prisão civil por dívida de alimentos.

Cabimento

O procedimento executivo de alimentos com coerção pessoal é admissível sejam os alimentos provisórios, provisionais ou definitivos, fixados em título judicial ou extrajudicial, sendo a existência do caráter alimentar da verba o único requisito para tornar manejável a execução de alimentos por esse rito.

A jurisprudência firmou entendimento, atualmente pacificado na Súmula nº 309 do Superior Tribunal de Justiça, de que só têm caráter alimentar as três últimas parcelas vencidas anteriormente à propositura da execução e as que vierem a vencer no seu curso. Assim sendo, somente essas parcelas podem valer-se dessa via executiva como coerção pessoal.

Tal entendimento baseia-se no próprio Texto Constitucional, o qual preceitua como regra de exceção à possibilidade de prisão civil por dívida de alimentos que parcelas vencidas há muito tempo e não cobradas perdem o caráter emergencial próprio da verba alimentar. O citado dispositivo constitucional de norma de exceção deve ser interpretado restritivamente no sentido de inadmitir a prisão civil por parcelas pretéritas.

Com relação ao prazo de três meses fixado jurisprudencialmente, foi feita interpretação analógica com o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos fixado originalmente no CPC, entendendo assim razoável firmar-se o entendimento de que seriam pretéritas e sem caráter alimentar as prestações vencidas há mais de três meses.

Entretanto, se fez necessária a inclusão das parcelas vencidas no curso da execução como possivelmente executáveis pelo rito do art. 733 do CPC, já que se trata de obrigação de trato sucessivo, em que há a inclusão das prestações vencidas no curso da execução por força de lei (CPC; art. 290).

Vale salientar que não podem integrar a execução de alimentos com coerção pessoal os honorários advocatícios e demais despesas processuais, em razão da ausência de caráter alimentar dessas verbas, sob pena de constrangimento ilegal.

Procedimento

A execução de alimentos com coerção pessoal é processo executivo autônomo, i.e., forma-se nova relação jurídica processual, com nova citação do devedor inadimplente para, em três dias, pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de prisão civil, sendo indispensável o ato citatório com essa

advertência (art. 733 do CPC).

Essa execução principia com uma petição inicial, que deve atender os requisitos das iniciais em geral, bem como estar acompanhada de título executivo e memória discriminada de cálculo, sob pena de indeferimento, valendo, com relação a essa memória de cálculo, o que já foi falado na parte relativa ao cumprimento de sentença.

A citação deve ser pessoal e por mandado, pois descabe citação por via postal no processo de execução (art. 222, “d”, do CPC). Cabível, contudo, citação ficta, por edital ou com hora certa, nessa modalidade executiva, desde que atendidos os requisitos legais para a citação ficta, ao contrário do que ocorre na execução autônoma com constrição patrimonial, na qual se aplica o art. 653 do CPC.

Procedida a citação do devedor e não tendo esse pago, provado que o fez ou justificado a impossibilidade de fazê-lo, será decretada sua prisão civil pelo prazo máximo de sessenta dias, como meio coercitivo do cumprimento da obrigação, valendo quanto à prisão civil o que já ficou consignado no item anterior (Coerção Pessoal: Prisão Civil).

Tendo sido paga a dívida, bem como as parcelas vencidas no curso da execução, essa será extinta (art. 794, I, do CPC); a execução poderá prosseguir, caso não tenham sido pagas as ditas parcelas vencidas, nos termos do art. 290 do CPC e Súmula nº 309 do STJ.

Caso o executado apresente justificativa da impossibilidade inescusável de efetuar o pagamento, tem ele o direito subjetivo de ver suas alegações devidamente apreciadas pelo juiz, sob pena de cerceamento de defesa, visto que a justificativa é meio de defesa do devedor nessa modalidade executiva.

Embora a lei processual civil não preveja fase instrutória nesse procedimento executivo, entende-se que, se o devedor alegar em sua justificativa matérias fáticas que dependam de dilação probatória, bem como de produção de prova oral, poderá designar-se audiência para colheita de provas orais, assim como realizar prova pericial, se for o caso.

Saliente-se, entretanto, que esse rito de execução de alimentos não deve atender às fases do procedimento ordinário, sob pena de retirar-lhe a necessária celeridade, admitindo-se apenas uma instrução sumária a fim de oportunizar ao devedor a possibilidade de exercer o direito ao contraditório, só sendo cabível tal instrução quando estritamente necessária.

Ressalte-se ainda que somente justificativas inescusáveis são capazes de elidir a prisão civil como meio coercitivo, não sendo aceitas simples alegações de desemprego ou dificuldades financeiras temporárias, já que se está diante de ação executiva, fundada assim em título executivo.

Após tal fase, o Ministério Público emitirá parecer sobre o caso, decidindo após o Juiz, se decreta ou não a prisão do devedor inadimplente.

Existe controvérsia doutrinária sobre a natureza do ato processual que decreta a prisão do devedor, alguns sustentando tratar-se de sentença (p.ex. Pontes de Miranda) e outros defendendo ser decisão interlocutória (p.ex. Araken de Assis).

Tendo em vista tratar-se de decisão interlocutória, desafia recurso de agravo por instrumento, uma vez que é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação ao devedor.

Execução por desconto em folha

O art. 734 do CPC prevê que a execução de alimentos será feita por simples desconto em folha do devedor quando esse for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, i.e., quando tiver rendimentos certos, sendo esse meio executivo o mais simples possível, tendo, por isso, prioridade sobre as demais modalidades executivas, como prescrevem os arts. 17 e 18 da Lei nº 5.478/68.

Esse procedimento executivo dá-se por simples comunicação à repartição pública ou empresa para desconto dos alimentos devidos, sendo tal comunicação feita por simples ofício do Juiz, salientando-se, contudo, que os descontos não podem suprimir a capacidade de sobrevivência do executado, devendo-se assim utilizar com cautela esse meio executivo.

A Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), em seu art. 22, parágrafo único, tipifica como crime contra a administração da Justiça a conduta de quem se recusa ou procrastina a execução de ordem de desconto em folha de pagamento, expedida por Juiz competente.

Escolha do procedimento executivo

Ressalvando-se a preferência da execução por desconto em folha, nos casos e sob as peculiaridades acima salientadas, bem como levando-se em consideração as particularidades dos diversos procedimentos executivos mencionados supra, o credor pode optar pela utilização da execução de alimentos por constrição patrimonial ou coerção pessoal.

Admite-se, ainda, a conversão de um procedimento em outro, caso o credor entenda mais vantajosa a utilização de um ou outro meio executivo, como, por exemplo, a conversão da execução com coerção pessoal em execução com constrição patrimonial.

Vale salientar, entretanto, que a citada conversão não poderá deixar de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual será imprescindível que o devedor disponha de novo prazo para apresentação dos meios de defesa que entender cabíveis, sob pena de ofensa ao *due process of law*.

Prescrição

O direito a alimentos é imprescritível, mas os créditos alimentares prescrevem em dois anos a partir da data de seu vencimento, nos termos do art. 206, § 2º, do CC.

No entanto, não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes (CC; art. 198, I), entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, bem como entre tutores e curadores e seus tutelados e curatelados, enquanto durar a tutela ou curatela (art. 197, II e III, do CC).

Com relação ao prazo prescricional acima aludido, deve-se ainda observar as causas interruptivas da prescrição previstas na lei civil.

1.12. Alimentos gravídicos

Nota introdutória

Entrou em vigor no dia 06 de novembro de 2008 uma nova lei de alimentos, a Lei 11.804/08, que “disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido” (art. 1º). Como bem observa Yussef Said Cahali[1], a lei traz modalidade nova de alimentos em favor da mulher gestante, como um autêntico “auxílio maternidade”, diverso, pela natureza e conteúdo, dos alimentos ao nascituro, de tal forma que, se para estes o titular é a aquele por vir (CC, art. 2º), nos alimentos gravídicos, “a titular da pretensão é a mulher, com direito próprio para exigir a coparticipação do autor de sua gravidez nas despesas que se fizerem necessárias no transcorrer da gestação, exclusivamente em função do estado gravídico”.

E acrescenta o citado autor:

> “A típica 'pensão alimentícia' em favor do filho menor, em forma de conversão, somente será devida com seu nascimento com vida, ao adquirir o mesmo a condição de pessoa dotada de capacidade civil”.

Critérios para fixação dos alimentos gravídicos

Note-se que os critérios para a fixação do valor dos alimentos gravídicos são basicamente os mesmos previstos para a concessão dos alimentos estabelecidos no art. 1694 do Código Civil: a necessidade da gestante, a possibilidade do réu - suposto pai -, e a proporcionalidade como eixo de equilíbrio entre tais critérios. A propósito, dispõe o parágrafo único do art. 2º da lei:

> “Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos”.

Há de se observar, entretanto, que, após sopesado o binômio necessidade/possibilidade, a verba deve ser estipulada na medida exata para suprir “as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto” (art. 2º,*caput*), não estando abrangidas pela lei as despesas estranhas a seu objetivo, como aquelas pessoais da gestante.

Questões processuais

Embora omissa a lei, a fixação dos alimentos é liminar, *initio litis*, pela natureza cautelar e urgente do provimento, desde que o juiz esteja “convencido da existência de indícios da paternidade” (art. 6º), o que revela que na ação de alimentos gravídicos a prova da paternidade não há de ser tão robusta quanto, ao menos teoricamente, o seria na investigação de paternidade.

Cabe ao julgador, se ainda fraca a prova, indeferir a fixação de alimentos liminarmente, postergando a apreciação do pedido para outro momento (após a contestação ou produção de determinada prova).

Também é omissa a lei quanto ao rito processual pós contestação, sendo que tanto o procedimento comum ordinário, quanto o da Lei no 5.478/68 (ambos de aplicação supletiva, nos termos do art. 11) são incompatíveis com a defesa em cinco dias (art. 8º). Nesse caso, o mais razoável é aproveitar, no que for compatível, o procedimento mais célere da Lei de Alimentos, com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento após a contestação.

Como já restou dito, os alimentos gravídicos perduram apenas até o nascimento com vida, quando se convertem em pensão alimentícia para o filho, o que se dá automaticamente, sem necessidade de

requerimento, cabendo ao juiz determinar de ofício a retificação das anotações pertinentes em razão da modificação da parte autora. Promovida a conversão, qualquer das partes poderá solicitar a sua revisão, de acordo com o parágrafo único do art. 6º, da Lei no 11.804/08.

Deve-se pugnar para que na sentença seja dado um tratamento próprio e em separado a cada uma das pensões (à gestante e ao filho), inclusive quanto ao termo inicial da obrigação.

Quanto ao foro competente, a ação deve ser proposta no domicílio da gestante. O projeto de lei que originou a Lei de Alimentos Gravídicos previa a competência do domicílio do réu, o que estava em desacordo com a sistemática já consagrada, pelo que de boa ordem foi vetado.

[1)] CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. São Paulo: RT, 209. p. 353-354.

1.13. Tutela

Competência do juízo

Verificar a competência do juízo, de acordo com o disposto no art. 98 c/c art. 148, ambos do ECA, e na Resolução nº 227/91 – TJ/MG.

Hipóteses legais

Observar as hipóteses legais consoante o art. 1.728 do CC.

Legitimidade

Em caso de ausência de indicação do tutor (testamentário), os legitimados estão descritos no art. 1.731 do CC (legítimos), observada remanescentemente a nomeação judicial preconizada no art. 1.732 do CC.

Documentos

Importante observar, no art. 1.735 do CC, os incapazes de exercer a tutela; daí a necessidade de se exigir certidões cíveis e criminais e folha de antecedentes criminais (IV), bem como atestado médico para análise da capacidade física e mental do requerente.

Necessária se faz a exigência de um estudo social para análise da situação fática, mormente quando há pedido de guarda provisória.

Alvará

Qualquer implicação patrimonial sobre os bens do tutelado deve vir fundamentada e demonstrado o interesse para o incapaz, submetendo o imóvel objeto de alvará à avaliação judicial e à autorização judicial ao final.

Prestação de contas

As contas serão prestadas a cada biênio, conforme legislação. Recusando o tutor a prestá-las, ele pode ser substituído (art. 1.764, III, do CC) e está sujeito à ação de prestação de contas a ser proposta pelo MP (art. 914, I e seguintes, do CPC).

Observação: a prestação de contas do tutor (arts. 1.755 a 1.762 do CC) trata-se de incidente processual que não se confunde com o procedimento de natureza contenciosa regulado nos arts. 914 e segs. do Código de Processo Penal, o que não impede que se lhe exija a forma mercantil, com especificação das receitas auferidas, das despesas realizadas e do saldo apurado.

Especialização de hipoteca legal

Promover a especialização da hipoteca, se omisso o tutor, lembrando que ela é dispensável caso o menor não tenha patrimônio ou se o tutor for de reconhecida idoneidade (art. 1.188, parágrafo único, c/c art. 1.190 do

CPC).

Depósito em conta judicial

Se o produto da venda for depositado em conta judicial, pugnar para que seja em estabelecimento oficial de crédito, com juros e correção monetária, exigindo, ainda, a comprovação nos autos do aludido depósito.

Prestação de contas

Fiscalizar a apresentação do balanço e a prestação de contas dos tutores, nos termos dos arts. 1.755 e seguintes do CC.

Remoção do tutor

Nas hipóteses previstas nos arts. 1.735 e 1.766, CC, requerer a remoção do tutor, adotando o procedimento previsto no art. 1.194 e seguintes do CPC.

1.14. Curatela

Hipóteses legais

Estão descritas no art. 1.767 do CC.

Legitimidade

A interdição deve ser promovida por: pais, tutores (I); cônjuge ou qualquer parente (II); Ministério Público (III) (art. 1.768 do Código Civil).

Documentos necessários

O pedido deve ser instruído por:

- prova da legitimação do autor, observada a ordem estabelecida pelo art. 1.775 do Código Civil;
- atestados médicos do autor e do requerido;
- declaração de bens e rendimentos do interditando;
- documento de identidade de ambos;
- certidões cíveis e criminais, inclusive perante o Juizado Especial Criminal, do autor;
- declaração do autor acerca de sua eventual incidência nas vedações do art. 1.735 do Código Civil.

Fase de instrução

Observar que o interditando deverá, quando possível, ser interrogado em audiência.

Recomenda-se requerer a realização de estudo social do caso quando:

- a) impossível o comparecimento do interditando para o ato de interrogatório;
- b) as partes residirem em endereços distintos;
- c) o pedido tiver sido formulado por parente que não seja próximo ou terceira pessoa tiver sido nomeada curadora provisória;
- d) houver indício de que o interditando não esteja sendo atendido satisfatoriamente em suas necessidades.

O laudo psiquiátrico deverá conter identificação dos antecedentes pessoais, diagnóstico e conclusão com resposta aos quesitos formulados, recomendando-se a elaboração dos seguintes questionamentos, entre outros, que o caso concreto poderá exigir:

- O interditando é portador de alguma enfermidade? Qual? (Caso afirmativo indicar o CID)
- Essa enfermidade compromete as faculdades de discernimento, afetividade e orientação psíquica?
- Tal enfermidade impede o interditando de reger sua pessoa e seus bens, tornando-o incapaz para os atos da vida civil?

1.15. Guarda

Competência

No juízo da família serão processados os pedidos de guarda de menores que não se encontram em situação de risco, privados das mínimas condições de criação, educação e subsistência, em razão da falta ou omissão, ou abuso dos pais ou responsável (art. 98, ECA), pois em caso positivo, o juízo competente é o da infância e juventude.

Modalidade da guarda

Há três espécies de guarda que são previstas pelo Estatuto: a provisória, a permanente e a peculiar:

- a guarda provisória (art. 33, § 1º, do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.
- a permanente (art. 33, 2º, 1ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É a medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA.
- a nominada guarda peculiar (art. 33, § 2º, 2ª hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação[1)].

Legitimidade

Conforme exposto, os pais biológicos, parentes ou outras pessoas têm legitimidade para atender a situações peculiares.

Fase de instrução

Além das provas requeridas pelo autor, recomenda-se pugnar pela realização de estudos social e psicológico.

Velar para a não concessão de guarda para fins exclusivamente previdenciários.

1.16. Investigação de paternidade

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que, em se tratando de ações de estado, não há coisa julgada material, de forma que a verdade real seja estabelecida e a justiça realizada, permitindo-se, pois, a chamada relativização da coisa julgada. A existência de decisão transitada em julgado desfavorável para o investigante, em ação na qual não foi realizado exame de DNA, não impede a propositura de nova ação, buscando a utilização dos avanços científicos e a defesa do direito personalíssimo de conhecimento da origem biológica.

Também plenamente possível a investigação de paternidade quando a pessoa já possua pai registral, caso em que deverão ser observados os arts. 1.602 e 1.604 do CC, dentre outros, com especial atenção para que se promova a citação do pai registral.

Competência

Se o pedido de investigação de paternidade é cumulado com alimentos, o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente.[1)]

Alimentos provisionais

Observar que, inexistindo prova pré-constituída da paternidade, não cabe fixação de alimentos provisionais que, caso requerido, deverá se dar por meio de ação cautelar.

Prova

No exame da prova, verificar:

- a) a existência de pessoa que conheça a mãe do autor, ao tempo do relacionamento desta com o réu;
- b) a data do namoro com o réu e a data do decorrente nascimento, a resguardar, com folga, o prazo de concepção (dentro dos 120 dias, a começar do 300o dia anterior ao nascimento do filho);
- c) o conteúdo dos depoimentos prestados pela mãe do autor e pelo réu, cotejando-o com o das testemunhas arroladas pelas partes e com outros elementos probatórios;
- d) o comportamento da mãe do autor;
- e) as conclusões do laudo pericial genético ou hematológico;
- f) observar o disposto na Lei no 12.004/09, que erigiu em preceito legal o entendimento da Súmula 301 do STJ e no artigo 2º da Lei no 8.560/92, cuja redação é a seguinte:

> Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.
> Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Provas requeridas pelo Ministério Público

Sem prejuízo das provas requeridas pelas partes ou determinadas de ofício pelo Juiz, pugnar pela produção de outras que entenda necessárias, tendo em vista a indisponibilidade do direito material invocado pelo autor.

Sentença

Averiguar se a sentença contempla termo inicial da prestação de alimentos, se houver cumulação com o pedido de investigação de paternidade.

Investigação de maternidade

Os dispositivos acima são, igualmente, aplicáveis aos casos de investigação de maternidade.

[1)] Súmula nº 1 do STJ.

1.17. A exclusão da paternidade

Cabível observar o disposto nos arts. 1.601, 1.602 e 1.604 do CC. A exclusão da paternidade poderá ser promovida pelo pai registral ou por outros interessados, tais como mãe, filhos, pretensos irmãos, aquele que se diz verdadeiro pai e mesmo outros herdeiros. O art. 1.601 do Código Civil dispõe especificamente sobre a ação negatória de paternidade, a qual pode ser promovida pelo marido. As ações fundadas em falsidade ideológica tratam-se de impugnação de paternidade ou de ação declaratória de inexistência de filiação legítima.

Competência

Prevalece a regra geral do art. 94 do CPC.

Fase de instrução

Além das provas requeridas pelas partes, nos casos em que o autor foi o declarante do registro civil o qual pretende impugnar, recomenda-se observar a necessidade de estar provada a ocorrência de vício de consentimento, além da exclusão da paternidade biológica e pugnar pela realização de estudo social e psicológico do caso, visando constatar a possível existência de vínculo socioafetivo entre o pai registral e o filho, hipótese esta em que é plenamente possível sustentar a paternidade socioafetiva, o que inviabiliza a exclusão da paternidade.

Exclusão da maternidade

As recomendações acima são aplicáveis aos casos de exclusão de maternidade, cabendo observar o disposto no art. 1.608 do CC.

1.18. Suprimento de idade para casamento − Fundamento

Observar que o pedido tem por finalidade evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal. Contudo, na hipótese em que não está caracterizada prática de crime, poderá ser admitido o suprimento de idade para o casamento, quando presente causa justificada e em interesse dos futuros cônjuges ou em caso de gravidez (art. 2º do Decreto nº 66.605/70, que promulgou a convenção sobre consentimento para casamento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas)[1)].

Recomenda-se a realização de audiência para oitiva dos nubentes e dos seus genitores.

[1)] "Os Estados contratantes adotarão as medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair casamento. Não poderão contrair casamento legalmente as pessoas que não tiverem atingido essa idade, salvo dispensa da autoridade competente ao requisito da idade, por causas justificadas e em interesse dos futuros cônjuges" (art. 2º, do Decreto nº 66.605, de 20/05/70).

1.19. Suprimento de consentimento para o casamento − Procedimento

Observar que os pais são citados não para contestar o pedido, mas para dar o consentimento, no prazo de quinze dias, ou apresentar as razões da recusa. No silêncio, ou não aceitas as razões, o consentimento será dado como suprido. Havendo apresentação das razões, o feito seguirá o procedimento ordinário. Observar o que consta no art. 148, parágrafo único, “c”, do ECA.

1.20. Ação de nulidade de casamento − Requisito da inicial

Expor de forma circunstanciada a causa de pedir relativa aos impedimentos mencionados no arts. 1.521, 1.548 e 1.549 do CC.

1.21. Ação de anulação de casamento

Atuação do Ministério Público

Lembrar que o Ministério Público não é parte legitimada para ajuizamento da ação anulatória, tendo em vista o disposto nos arts. 1.552, 1.555 e 1.559 do CC.

Requisitos da inicial

Averiguar se a causa de pedir mantém pertinência com as hipóteses previstas nos arts. 1.550 e 1.556 do CC, observando, ainda:

> “a) se não houve ratificação por um dos cônjuges (art. 1.553 do CC);
>
> b) que por defeito de idade não se anula casamento de que resultou gravidez (art. 1.551 do CC);
>
> c) disposição contida no art. 1.554 do CC”.

1.22. Pedidos de mudança de nome e sexo formulados por transexual

Considerações iniciais

Denomina-se transexual

> "[...] o indivíduo que, portador de órgãos definidos, tem toda disposição psíquica e afetiva do sexo oposto[1]. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicossexual, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico"[2].

Com base na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, alguns julgados têm admitido a alteração do registro civil da pessoa redesignada, permitindo a mudança de nome e sexo.

Atuação do Ministério Público

A atuação do Ministério Público nestas ações se justifica por se tratarem de ações de estado e implicarem alterações no registro civil do redesignado.

Verificar se a documentação juntada atesta que a cirurgia foi realizada, sendo conveniente a análise de relatório de equipe multidisciplinar que deve acompanhar o redesignado, bem como sua oitiva em audiência.

Recomenda-se requerer a juntada dos seguintes documentos:

- comprovante de residência dos últimos dez anos;
- certidões negativas estaduais e federais de âmbito cível e criminal dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- atestado de bons antecedentes dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidões negativas de débitos municipais, estaduais e federais dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidões negativas de protestos dos cartórios dos locais onde tenha residido nos últimos dez anos;
- certidão de que se encontra em dia com suas obrigações junto à Justiça Eleitoral e Militar.

Em face dos dispositivos da Lei nº 6.015/73, na hipótese de o Ministério Público entender pela mudança de nome e sexo no registro civil, recomenda-se que conste da decisão a ocorrência de alteração no registro em função de sentença judicial, o que serve de alerta a terceiros interessados e não gera qualquer discriminação contra o redesignado.

Conselho Federal de Medicina

Recomenda-se ver as Resoluções nº 1.652, de 6/11/2002, e nº 1.664, de 12/05/2003.

---

[1] SZANIAWSKI, Elimar.**Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: RT, 1998.
[2] FARINA, Roberto, apud SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: RT, 1998.

1.23. União homoafetiva

O entendimento de que a interpretação de norma constitucional deve ser baseada no princípio da máxima efetividade, combinado com os princípios da dignidade humana, da igualdade e na proibição de discriminação por orientação sexual, consagrados pela Carta Magna, pode permitir a conclusão de que o rol do art. 226 não é taxativo e a conjugação com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil viabiliza o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares.

Contudo, a atuação do Ministério Público apenas será necessária nas hipóteses em que estiver presente interesse de incapaz, nos termos da Recomendação Conjunta PGJ CG MP nº 3/2007 e da Lei nº 11.441/2007.

1.24. Mudança de regime de bens

[1)]

Com base na Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 3/2007, questiona-se a intervenção do Ministério Público nestes feitos, por se tratar de ação de cunho meramente patrimonial. Havendo intervenção, recomenda-se solicitar certidões negativas dos requerentes junto à Justiça Federal, à Justiça Estadual, à Justiça Trabalhista e ao Cartório de Distribuição de Protestos, para se verificar possível ocorrência de lesão a direito de terceiros.

Deve-se examinar as razões invocadas e pugnar pela realização de audiência para oitiva das partes.

[1)] Art.1.639, § 2º, do CC.

1.25. Central de conciliação

A Central de Conciliação foi criada pela Portaria Conjunta nº 4/2000 da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e regulamentada pela Resolução nº 407/2003.

Iniciou suas atividades em 2 de setembro de 2002, com a implantação de doze boxes para conciliação em processos das Varas de Família no Fórum Lafayette, da Comarca de Belo Horizonte.

Atualmente as centrais já foram implantadas em boa parte das comarcas do Estado de Minas Gerais.

A conciliação prévia ocorre, preferencialmente, nos processos de família referentes a:

- pedido , oferta, revisional, exoneração e execução de alimentos;
- separação consensual ou litigiosa;
- divórcio consensual ou litigioso;
- reconhecimento de união estável;
- investigação de paternidade;
- guarda e regulamentação de visitas.

Nas ações de guarda, de regulamentação de visitas ou conflitos mais acirrados, conta-se sempre, no momento da audiência, com a ajuda dos psicólogos judiciais, que auxiliam na composição amigável. Quando não é possível solucionar o conflito naquele momento, os profissionais aconselham a realização de estudo psicossocial no setor próprio.

Atuação do Ministério Público

Inexiste obrigatoriedade de participação do órgão de execução nas sessões de conciliação. Sua manifestação, na qualidade de fiscal da lei, ocorrerá após a realização do acordo e antes da prolação da respectiva sentença.

1.26. Modelos de peças jurídicas

Parecer final do Ministério Público – Adoção

> "Autos nº .....
> *Requerentes:*
> Espécie: Adoção
>
> Parecer Final do Ministério Público
>
> Meritíssimo Juiz:
>
> Trata-se de pedido de adoção formulado por ..... e ....., ambos qualificados na inicial de fls. 02/05.
>
> Consoante requerido pelo Ministério Público (fls. 20/verso), determinou-se a realização de estudo psicossocial do caso (fls. 21).
>
> Acostados aos autos o relatório do estudo psicológico (fls. 23) e o laudo do estudo social (fls. 24).
>
> Realizada audiência de instrução e julgamento, procedeu-se à oitiva das partes, como se vê do termo de fls. 33.
>
> Este é o relatório. Passo a opinar.
>
> As partes são legítimas e estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.
>
> No mérito, vislumbra-se que o adotante viveu maritalmente com a genitora da adotada, falecida em 9 de novembro de 2004 (fls. 11), razão pela qual a adotanda com ele convive desde a idade de um ano e dez meses. O afeto nutrido por ambas as partes norteou a propositura da presente ação.
>
> Impende anotar que a adotanda atualmente conta com vinte e seis anos, já tem companheiro e nunca teve a paternidade reconhecida, como se vê na certidão de nascimento de fls. 08.
>
> O art. 1.621 do Código Civil traz redação equivalente à do art. 45 da Lei nº 8069/90, cujo escopo é o de proteger aquele cuja adoção é almejada.
>
> Os estudos técnicos realizados consignaram que o Sr. sempre intencionou reconhecer a adotanda como filha perante a sociedade. Restou patente que, mesmo após o falecimento de sua genitora, preserva os vínculos afetivos com os seis filhos do Sr. e periodicamente visita o padrasto, dispensando-lhe carinho a atenção.
>
> A adotanda, ouvida em juízo (fls. 33), expressa com segurança o seu desejo de ser adotada pelo requerente, revelando, ademais, os efetivos benefícios da adoção, em especial, no plano psicológico-afetivo.
>
> Outrossim, esposa o desejo de não proceder a qualquer alteração em seu registro, com relação aos dados de sua genitora e de seus avós paternos. Pretende apenas a inclusão do nome do adotante e dos genitores daquele em seu registro de nascimento.
>
> Com efeito, na hipótese sob exame, a adoção se presta a solidificar o afeto recíproco dispensado entre o adotante e a adotanda durante praticamente toda a existência desta. Pensar o contrário seria seguramente, concretizar prejuízos de toda ordem à adotanda. Aí sim, haveria franca violação ao art. 1.625 do Código Civil em vigor.

> Por sua vez, como se infere da petição inicial, pretende a adotanda a manutenção de seu nome, sem acréscimo do patronímico do adotante. Em caso similar, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que:
>
> EMBARGOS INFRINGENTES. ADOÇÃO DE MAIOR. USO DOS APELIDOS DE FAMÍLIA DO ADOTANTE. QUESTÃO DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO E QUE FOI ATACADA POR RECURSO ESPECIAL EM CURSO. MATÉRIA QUE NÃO PODERIA SER ALVO DE REEXAME E RECONSIDERAÇÃO NO RECURSO DE APELAÇÃO. 1. Se o adotando pediu para manter os apelidos de família do registro original e o julgador indeferiu, determinando que ele manifestasse o seu interesse no processo de adoção e se a parte, em vista disso, interpôs agravo de instrumento e *o Tribunal de Justiça decidiu que ele poderia manter o nome registral, como pretendido, e, finalmente, se a sentença acolheu a decisão da instância superior*, então era descabida a interposição do recurso de apelação, pois a finalidade era obter nova decisão sobre questão já decidida, relativamente ao uso, pelo adotado, dos apelidos de família do adotante, havendo a vedação do art. 473 do CPC. 2. Como já houve interposição de recurso especial, cabível apenas o reexame da matéria pelo Tribunal Superior, até por que a apelação afrontou o princípio da unirrecorribilidade. (TJRS – Embargos nº 70013471768, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, p. 09/12/2005.)
>
> Por força do parágrafo único, do art. 1.626, do Código Civil, os vínculos de filiação entre o adotado e o companheiro do adotante e seus parentes mantêm-se, razão pela qual a pretensão da adotanda encontra amparo legal. Note-se que se trata de regra cogente, de ordem pública e não mera faculdade.
>
> Por último, se a adoção pode ser deferida, independentemente do consentimento dos pais biológicos, por certo, é cabível o deferimento do pedido de manutenção do patronímico materno, inclusive em observância aos princípios da continuidade e especialidade do nome (arts. 56 e 57 da Lei de Registros Públicos).
>
> Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência total da presente ação.
>
> Belo Horizonte, 11 de maio de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Alimentos dos avós aos netos

> "Processo nº ..... – ...ª Vara de Família
>
> Ação de Alimentos
>
> Requerentes:
>
> Requerido:
>
> MM. Juiz,
>
> Trata-se de Ação de Alimentos proposta por ..... e ....., menores impúberes devidamente representados por sua genitora, em face do avô paterno, todos devidamente qualificados nos autos, conforme exordial de fls. 02/07.
>
> Aduzem os autores, na inicial, que o seu genitor está obrigado ao pagamento de alimentos aos dois filhos menores. Entretanto, referido valor mostra-se insuficiente para custear suas despesas básicas, sobretudo da alimentada que é portadora de necessidades especiais, já que sofreu paralisia cerebral. Demais disso, o alimentante é devedor contumaz e a dívida de alimentos já atinge a cifra de R$ 25.000,00.
>
> Requereram, ao final, a condenação do avô paterno ao pagamento de alimentos complementares no

montante de 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos por ele percebidos.

Juntaram documentos de fls. 08/24 e fls. 27/35.

Audiência de Conciliação às fls.42, resultando inexitosa a tentativa de acordo, diante da intransigência das partes.

Contestação às fls. 44/55. Acostou os documentos de fls. 56/141.

Impugnação à contestação às fls. 143/144, acompanhada pela documentação de fls. 145 *usque* 161.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 13/07/2007, à fl. 186, oportunidade em que as partes rechaçaram a proposta de acordo, dispensaram a produção prova oral. Determinou-se a expedição de ofício à Receita Federal para o fornecimento das declarações de imposto de renda do requerido e do genitor dos autores.

Os autores aduziram suas alegações finais escritas às fls. 227/229.

É o relatório.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas no presente feito.

Pretendem os autores seja o avô paterno condenado ao pagamento de pensão alimentícia, no importe equivalente a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos por ele percebidos, uma vez que o genitor dos mesmos, embora condenado ao pagamento de alimentos em modesto valor, é devedor contumaz.

Contra a pretensão dos requerentes, insurge-se o réu, ao alegar, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto a obrigação alimentar dos avós é subsidiária. Acerca do mérito da demanda, afirma que o genitor dos autores vem cumprindo, regularmente, com o ajuste e arca com alimentos em importe equivalente a R$ 2.074,00, valor *mais que razoável* (fl. 48).

Alega, ainda, o requerido que a 'genitora dos requerentes tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos' (fl. 51), estando, inclusive, empregada na [...]. Por fim, aduz que é casado e mantém, sob sua dependência econômica, a esposa e três irmãs idosas e enfermas, e, 'a despeito de perceber um bom salário, de justificar, em contrapartida, que sua despesa mensal é exorbitante' (fl. 54).

De início, cumpre esclarecer que não é possível impetrar ação judicial diretamente contra os avós paternos ou maternos, sem a comprovação de que o devedor originário se encontra impossibilitado de cumprir com seu dever.

Na esteira de tal ensinamento, este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*:

Não tem fundamento a ação de alimentos impetrada diretamente contra o avô paterno, sem antes acionar o próprio pai. Somente depois de evidenciado nos autos, através do conjunto probatório, que o pai não tem condições de prestar alimentos, é que a parte passará a ter ação contra o avô, porque a obrigação deste é subsidiária e não direta. (Jurisprudência Mineira, v. 143/120).

No mesmo sentido, o STJ já decidiu que a responsabilidade alimentar dos avós, complementar, tem como pressuposto a falta dos devedores originários, a ela equiparada a incapacidade de qualquer deles de cumprir com a obrigação de forma satisfatória ao sustento dos alimentados.

CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE COMPLEMENTAR DOS AVÓS. Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante

originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai. Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária. Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos. (REsp. nº 366837/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/12/02.)

Portanto, consoante a melhor doutrina e atual jurisprudência, para que os menores possam reclamar alimentos dos avós, necessário é que faltem os pais; ou pela falta absoluta, que resulta da morte ou da ausência; ou pela impossibilidade de cumprir a obrigação, que se equipara à falta.

In casu, ação foi aforada em face do avô paterno, sob o argumento de que o seu genitor, embora condenado ao pagamento de pensão alimentícia, não a presta de forma regular, o que ensejou as diversas ações de execução apensas. Além disso, afirmou que o valor fixado é insuficiente para suprir as suas despesas mensais que são bastante elevados, sobretudo porque a requerente é portadora de paralisia cerebral com quadro de quadriplegia espástica e déficit no desenvolvimento neuropsicomotor.

As diversas ações de execução, apensadas ao presente feito, são suficientes para demonstrarem a incapacidade do genitor dos autores em adimplir, com pontualidade e suficiência, a obrigação alimentar. Logo, diante da responsabilidade alimentar complementar dos avós, não há se falar em ilegitimidade passiva.

No que concerne ao mérito, observa-se que, de fato, o genitor dos autores está obrigado ao adimplemento da mensalidade e transporte escolar do filho, além de fornecer aos alimentados moradia e soma mensal equivalente a R$ 600,00. Todavia, ela não cumpre, regularmente, com o ajuste.

Demais disso, os pagamentos efetuados *in natura* estão longe de implicarem em valor mais que razoável. Isso porque deixam sem cobertura os gastos relativos à saúde, lazer, alimentação, medicamentos, transporte, dentre outros tantos necessários à manutenção de duas crianças.

Alega, ainda, o requerido que a 'genitora dos requerentes tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos' (fl. 51), estando, inclusive, empregada na ..... . Por fim, aduz que é casado e mantém, sob sua dependência econômica, a esposa e três irmãs idosas e enfermas, e, 'a despeito de perceber um bom salário, de justificar, em contrapartida, que sua despesa mensal é exorbitante' (fl. 54).

Lado outro, provou-se à exaustão que a requerida é portadora de necessidades especiais, já que sofreu paralisia cerebral, e, portanto, tem elevadas despesas. As mesmas restaram, cristalinamente, demonstradas através dos documentos 190/199. Óbvio, também que na medida em que uma criança cresce, aumentam suas despesas.

Em que pese a afirmação de que a genitora dos menores 'tem condições físicas e mentais de, através de sua força laboral, obter os meios necessários e suficientes para custear, juntamente com o pai, a subsistência dos filhos' (fl. 51), restou provado que ela aufere parcos R$ 620,00 (seiscentos e vinte reais) mensais (fl. 202). Tal montante revela-se insuficiente, ainda que somado aos R$ 600,00 a que está obrigado o pai dos autores, para a mantença destes.

Demais disso, extremamente pertinente a afirmação dos suplicantes no sentido de que 'os pequenos recursos recebidos pela genitora da autora são inteiramente voltados para o sustento, tratamento e educação dos filhos' (fl. 228). E mais, 'se o genitor da autora não dispõe de renda suficiente para ombrear com ela as despesas e necessidades da filha menor, é perfeitamente válida e justa a reivindicação postulada contra o avô paterno' (fls. 228).

De acordo com o entendimento do tribunal mineiro, a busca da verdade real, quanto aos fatos, até o limite das possibilidades apresentadas nos autos, interessa a todos, para a finalidade de uma decisão mais justa e mais coerente com o caso concreto, para a segura aplicação do direito. Dessa feita,

imperiosa a prova da capacidades do avô paterno em suprir os alimentos pleiteados pelos netos.

Consoante prova o documento de fl. 119, o requerido percebe, a título de aposentadoria, o montante bruto equivalente a cerca de R$ 15.675,00. Ainda que tenha sido demonstrado que mantém, sob sua dependência econômica, a atual esposa e três irmãs idosas, tal fato não o exime da obrigação diante dos netos. A uma, porque se ele pode arcar com todas as despesas de parentes em grau colateral, por certo, pode e deve auxiliar seus descendentes menores. A duas, porque não restou patente que ele despenda, mensalmente, para suprir as despesas já assumidas, os R$ 9.734,30 líquidos que percebe.

Ora, a neta do suplicado tem gastos elevados e comprovados, com a compra de medicamentos e com o custeio de tratamentos especializados. Diante de tal panorama, mostra-se ínfima a contribuição mensal restrita ao pagamento de mensalidade de plano de saúde, no valor de R$135,00, sobretudo, porque nítida a capacidade do réu em auxiliá-la com maiores recursos.

Diante do exposto, opina o Ministério Público pela procedência parcial da ação, para que seja condenado o réu ao pagamento de pensão alimentícia aos netos no importe equivalente a 10% (dez por cento) de seus proventos líquidos de aposentadoria, devendo ser oficiada a fonte pagadora para que efetue os descontos diretamente em folha de pagamento.

É o parecer.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Alimentos em união estável

"Autos nº:.....

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação de alimentos proposta por ... em face de ..., ambos devidamente qualificados nos autos.

A autora alega que, desde meados do ano de 1975, ela e o réu passaram a viver em união estável, advindo dessa relação dois filhos, atualmente, maiores. Todavia, por culpa exclusiva do suplicado, tal convivência não mais perdura. Afirma, também, que 'contribui exaustivamente para o crescimento da família, dedicando-se exclusivamente ao marido e aos filhos', razão pela qual não tem nenhuma fonte de renda e, até que se efetive a partilha dos bens adquiridos pelos conviventes, ela não tem como prover o próprio sustento. Requer, ao final, seja fixada a pensão alimentícia em importe equivalente a 41,8 salários mínimos, porquanto o réu, próspero empresários, sempre permitiu que a família gozasse de elevadíssimo padrão social.

Com a inicial juntou aos autos os documentos de fls. 31/93.

A decisão exarada à fl. 104, que indeferiu a fixação de alimentos provisórios, desafiou a interposição do agravo de instrumento de fls. 107/125.

A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da intransigência das partes, consoante termo de fls. 214.

Realizada audiência de instrução e julgamento, consoante termo de fl. 266, oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal da autora (fl. 267) e do réu (fls. 268/269). »Procedeu-se à oitiva de três testemunhas (fls. 270/272).

O réu apresentou a contestação de fls. 273/300, pugnando pela improcedência do pedido de alimentos. Acostou os documentos de fls. 301/392.

A autora apresentou alegações finais às fls. 395/410 e o réu, às fls. 411/436.

É o sucinto relato.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas. Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

A autora pretende receber alimentos do réu, ex-convivente, sob o argumento de que, durante a união estável, ou seja, por vinte e três anos, dedicou-se exclusivamente ao marido e aos filhos. Ela não tem formação profissional e, não obstante seja sócia da empresa, que sempre administrou todos os bens, de forma exclusiva, fora o suplicado.

Aduz a suplicante que o réu 'é um conceituado empresário do ramo imobiliário e consorcial' e 'gerenciava de forma exclusiva todo esse patrimônio, enquanto a virago era quem dava todo o suporte psíquico e doméstico' para a família. Ainda, diz que 'abdicou de todos os seus sonhos' e 'não conseguiu espaço para inserir-se de forma efetiva no mercado de trabalho, pois sempre colocou a família em primeiro lugar na ordem de prioridade de sua vida' (fl. 06).

Demais disso, era altíssimo o padrão de vida mantido pela família, com moradia de alto luxo, viagens internacionais freqüentes, festas, aquisição de veículos importados, manutenção dos filhos em colégios particulares. Prossegue, afirmando que 'os alimentos devem ser fixados no mesmo patamar que sempre usufruiu, enquanto durou a união estável do casal e que o requerido sempre pagava, ou seja 41,8 salários mínimos mensais' (fl. 10). Através da planilha elaborada às fls. 20/21, consigna despesas mensais da ordem de R$ 14.660,00.

Às fls. 21 e 24, reitera que o suplicado enriqueceu-se, nos últimos anos, e seus ganhos mensais não são inferiores a R$ 120.000,00, excluída a renda proveniente do patrimônio acumulado. Assim, propugna pela fixação dos alimentos, mediante aplicação da 'teoria da aparência'.

Lado outro, alega o suplicado que 'o rompimento definitivo da união estável ocorreu no ano de 1993' e, desde então, ele não paga qualquer pensionamento à autora, 'arcando apenas com as despesas dos filhos advindos da relação'. Sustenta, ainda, que não há provas 'da dependência econômica da demandante junto ao demandado, após o rompimento da relação' (fl. 415). Reitera as informações prestadas, em sede de depoimento pessoal, segundo as quais arcava apenas com o sustento dos filhos, os quais se formaram no final do ano de 2006 (fl. 415).

Prossegue, o réu, asseverando que não tem condições financeiras de arcar com a pensão alimentícia pleiteada pela autora, pois sua situação econômica piorou, nos últimos anos, porquanto foi decretada a falência de sua empresa e a indisponibilidade de seus bens.

Ultima, pugnando pela improcedência do pedido, uma vez que a autora é uma 'mulher com plena capacidade para trabalhar e se sustentar' (fl. 417) e que ele não é proprietário da empresa 'Ltda.', mas tão só administrador, auferido pro labore no importe de dez salários mínimos.

O direito a alimentos pressupõe a existência de um vínculo objetivo que obrigue o suposto devedor a pensionar quem se diz credor. Além desse requisito objetivo, há que se comprovar os requisitos subjetivos. Neste tocante, ensina Orlando Gomes, na obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior (**Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 429.):

São pressupostos da obrigação de prestar alimentos:

a) a existência de determinado vínculo de família entre o alimentando e a pessoa obrigada a suprir alimentos;

b) as possibilidades econômico-financeiras da pessoa obrigada a prestar alimentos.

Restou inconteste nos autos que as partes conviveram durante um longo período. O art. 7 da Lei nº 9.278/96 garante a assistência material a ser prestada por um dos conviventes ao que dela precisar, quanto estabelece, que 'dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Por certo, os alimentos serão prestados sempre *ad necessitatem* e, conforme restou demonstrado, a Sra. ...., durante a vigência da convivência em união estável, dedicou-se somente aos afazeres domésticos e aos filhos, afastando-se do mercado de trabalho.

Em que pese a separação de fato das partes, ocorrida há mais de dez anos, a prova testemunhal produzida revelou que o réu permaneceu custeando as despesas da casa e dos filhos. Portanto, ainda que o dinheiro fornecido não se dirigisse, exclusivamente à virago, o simples fato de o suplicado arcar com o pagamento das despesas da casa implica na manutenção da mesma.

É cediço que a quantificação da verba alimentar a ser fixada amolda-se aos ditames do princípio da proporcionalidade, insculpido no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil.

A propósito, sobre a questão dos alimentos, Sílvio de Salvo Venosa ensina que:

Não tem o alimentante, por seu lado, obrigação de dividir sua fortuna com o necessitado. O espírito dos alimentos não é esse. O pagamento é periódico, tendo em vista a natureza dessa obrigação. Nessa fixação reside a maior responsabilidade do juiz nessas ações... Desse modo, a prova dos ganhos do alimentante é fundamental. Não há norma jurídica que imponha um valor ou padrão ao magistrado... Por outro lado, os alimentos devem ser fixados com base nos rendimentos do alimentante, e não com fundamento em seu patrimônio. O sujeito pode ter bens que não produzem renda. Não há mínima condição de forçá-lo, direta ou indiretamente, a vender seus bens para suportar o pagamento. (**Direito Civil**: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 408.).

O pressuposto dos alimentos não é a manutenção de luxos e veleidades mas, sim, a subsistência digna de quem não tem como se sustentar sozinho. Examinada a matéria que se revela verdadeiramente tormentosa, pois envolve análises subjetivas, visando ao equilíbrio entre possibilidade de quem presta os alimentos e a necessidade de quem deles precisa, cabe ao magistrado, dentro de uma análise subjetiva, determiná-los em conformidade com o caso concreto.

Destarte, leciona Maria Helena Diniz (**Código Civil Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 361.), que:

Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*. Consabidamente, ao fixar o valor dos alimentos o juiz deve levar em conta o dever do alimentante em contribuir para o sustento do alimentando, fixando o percentual em patamar razoável com a sua realidade socioeconômica.

Na hipótese dos autos, ante tudo o que foi expendido, restou demonstrado que o réu é um conceituado empresário, cuja renda mensal declarada em seu imposto de renda já alcançou, outrora, cerca de R$ 96.000,00.

Contudo, restou provado que a saúde financeira do mesmo sofreu sérios abalos, uma vez que uma das empresas das quais é sócio teve a falência decretada, consoante se depreende dos documentos de fls.

308/346.

Ainda, as certidões de registro de imóveis, carreadas às fls. 348/351, consignam o arresto de alguns bens de propriedade do suplicado. Demais disso, a declaração de imposto de renda, referente ao ano-calendário 2006, revela a redução de seus rendimentos tributáveis, para o patamar de R$ 36.000,00 (fls. 374/388).

Em seu depoimento pessoal, colacionado às fls. 268/269, o requerido afirmou que 'está morando no Rio de Janeiro, na Barra da Tijuca, em um apartamento de propriedade do filho', mas que, atualmente, 'não tem automóvel, não tem cartão de crédito e nem conta bancária'. Reconheceu, ainda, que é administrador da empresa 'Ltda.', fazendo uma retirada pro labore de dez salários mínimos'.

Noutro giro, as testemunhas ouvidas corroboraram as alegações da autora, em relação ao elevadíssimo padrão de vida desfrutado pelas partes durante a união estável. Entretanto, nenhuma delas soube precisar, com exatidão, o valor dos rendimentos percebidos pelo varão atualmente, restringindo-se a reiterar a magnitude patrimonial de propriedade dele.

A análise detida da declaração de imposto de renda, referente ao ano-calendário 2006, revela que o suplicado tem débitos para empréstimo, contraídos junto às empresas 'Ltda.' e 'Ltda.', no valor de, respectivamente, R$ 4.867.530,00 e R$ 2.333.870,00 (fl. 377). Por óbvio, a relação do mesmo com mencionadas empresas não se restringe à mera administração. Porém, a prova dos autos aponta para um endividamento sistemático do réu.

Em casos tais, ministra a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ementa - Alimentos - Pressupostos - Manutenção do mesmo nível de vida - Possibilidade demonstrada. Embora seja correta a ilação de que o pressuposto dos alimentos não é a manutenção do luxo, não menos certo que deve visar a manutenção do status antes existente e do mesmo nível de vida, quando possível, para que a modificação não humilhe nem obrigue o cônjuge dependente a mudar de amizades, de hábitos, e de locais que sempre freqüentou, o que terá que inevitavelmente fazer, se perder as condições de manter o mesmo padrão de vida que sempre manteve, mormente se, já beirando os setenta anos, não mais tem condições concretas de enfrentar o mercado de trabalho. Seria cruel tirar-lhe as condições de vida que o ex-marido, próspero empresário, conforme noticiam os autos, mantém. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.05.628660-2/001, rel. Des. Gouvêa Rios, p. 05/08/2005.)

Restringindo-se à análise do cotejo probatório dos autos, verifica-se o depauperamento do requerido. Todavia, não é crível que ele receba apenas R$ 3.500,00.

In casu, com certa parcimônia, deverá ser aplicada a teoria da aparência, consoante fixa o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Nesse sentido, é o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça:

Na fixação do pensionamento devido pelo alimentante deve-se atender às possibilidades deste e às necessidades do credor, conforme comando do art. 400 do Código Civil, aplicando-se para tanto, inclusive, a teoria da aparência, à mingua de prova documental robusta sobre os rendimentos do alimentante (Apelação Cível nº 239.266-0.00, rel. Des. Bady Curi).

ALIMENTOS - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DOS RENDIMENTOS - PROVAS INDICIÁRIAS - ELEMENTOS QUE PERMITEM CONCLUIR A RENTABILIDADE DO ALIMENTANTE - TEORIA DA APARÊNCIA. As provas indiciárias, ou seja, os elementos que permitem concluir a rentabilidade do alimentante podem ser usados, equivalendo-se à teoria da aparência, para fixação do *quantum* alimentar (AP. 148.743-8, Rel. Des. Orlando Carvalho).

A única verdade patente é a de que o réu disponibilizava ao núcleo cerca de R$ 8.000,00 mensais. Portanto, a pensão alimentícia deverá ser fixada no importe equivalente a vinte e três salários mínimos.

> Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que seja julgado parcialmente procedente o pedido inicial, fixando-se a verba alimentar devida pelo réu à autora no importe equivalente a vinte e três salários mínimos.
>
> É o parecer.
>
> Belo Horizonte, 15 de junho de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Alimentos a filho maior

> "Autos: ……
> Vara de Família
>
> MM. Juiz,
>
> ... ajuizou ação de alimentos em face de ……., aduzindo, em síntese, ser filho do requerido, e que, embora maior, necessita da contribuição paterna, para que possa pagar as despesas com plano de saúde, medicamentos, consultas, bem como concluir o curso de Direito, em instituição particular de ensino superior. Afirma, ainda, que sua genitora aufere parcos rendimentos de sua aposentadoria. Assevera ainda, que seu genitor possui condições de arcar com pensão alimentícia a ser fixada em importe equivalente a três salários mínimos.
> A peça inicial de fls. 02/08 foi instruída pelos documentos de fls. 08/29.
>
> O MM. Juiz deixou de acolher o pedido de arbitramentos dos alimentos provisórios, sob o fundamento de não existir prova pré-constituída do requisito necessidade do alimentando, que no caso não se presume, por tratar-se de pessoa maior e capaz, consoante decisão de fl.31.
>
> A audiência de conciliação restou frustrada, ante a ausência de citação do requerido (termo de fl. 37).
>
> Regularmente citado/intimado, o requerido compareceu à audiência de conciliação designada, restando, contudo, infrutífera a tentativa de conciliação pelas partes (fl. 45).
>
> O réu apresentou contestação às fls. 47/49. Nesta ocasião, foram acostados aos autos os documentos de fl.50/55.
>
> Impugnação à contestação às fls. 57/60.
>
> Realizada audiência de instrução e julgamento, conforme termo de fls. 68, oportunidade em que as partes dispensaram a produção de provas.
>
> É o relatório.
>
> Em análise dos autos, verifica-se que as preliminares argüidas em sede de contestação já foram rechaçadas, consoante decisão exarada à fl. 64.
>
> De início, cabe observar que em se tratando de filhos menores, o dever de prestar alimentos decorre do poder familiar, sendo, portanto, irrestrito. Contudo, uma vez atingida a maioridade, o filho que não estiver em condições de prover sua subsistência tem direito aos alimentos, mas se sujeita à comprovação dos requisitos da necessidade e da possibilidade.
>
> Conforme salientado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais '*tratando-se de filho maior que estuda, a doutrina e a jurisprudência recomendam que o direito a alimentos permaneça até que aquele atinja 24 anos, e enquanto não concluir os estudos, salvo se dispuser de meios próprios para sua manutenção*'

(TJMG – Proc. n.º 1.0024.04.298677-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 04/08/2005, p. 19/08/2005.).

No caso, verifica-se que o suplicante, tem 31 anos de idade, como prova o documento acostado às fls. 09. Outrossim, depreende-se do relatório médico de fls. 26/28, que o autor apresenta transtornos mentais como sintomas psicóticos, o que lhe impossibilitou, inclusive, continuar o curso de Direito (fl. 23).

Também, restou patente que a genitora do autor sobrevive da aposentadoria paga pelo INSS no importe de R$260 (duzentos e sessenta reais), conforme comprovante de fls. 22.

Sobre esse respeito é uníssona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

O dever de sustento extingue-se com a maioridade do filho e, se persiste a obrigação alimentar por incapacidade ou enfermidade do filho, ou ainda, por estar o mesmo em formação universitária, tais condições hão de ser provadas (TJDF 2ª T. Cív. Apelação. 25.283 -Rel. Des. NATANAEL CAETANO v.u. - J. 25/03/92).

É cediço que os alimentos devem ser fixados levando-se em consideração o dueto capacidade do alimentante - necessidade do alimentado, inclusive para que a obrigação venha a se tornar exeqüível, pela existência de capacidade econômica do sujeito passivo de poder prestar os alimentos sem lhe faltar mínimo necessário à sua própria sobrevivência.

Asseverou o réu, em sede de contestação, que está, doente, é pessoa idosa, bem como está desempregado desde 1991, consoante se verifica na carteira de trabalho à fl. 54. Logo, não tem renda para arcar com o pagamento dos alimentos no importe pretendido pelo autor.

Insta consignar, que em 22/11/99, nos autos em apenso sob o nº 024 91 789245 7 (fl. 111), o suplicado consignou ser 'sócio ultraminoritário de uma firma e representação comercial, na qual aufere pró-labore, de cerca de R$ 500,00 por mês', o que se pode inferir que o suplicado é microempresário. Portanto, o fato de a carteira de trabalho do suplicado não estar assinada não se pode concluir que o mesmo esteja desempregado.

Ademais disso, é certo que ao réu incumbia provar a insuficiência de seus rendimentos, a teor do art. 333, II, do CPC, mas não o fez. Não há, pois, nos autos elementos robustos capazes de ensejar a impossibilidade do réu em arcar com a obrigação alimentar.

Neste sentido citamos a elucidativa lição de Humberto Theodoro Júnior:

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra se inverte.

É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação. (**Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. [s.l.], [s.d.]. p. 455. v. I.)

Com efeito, considerando-se, pois, que o alimentante vem arcando com as despesas ora alegadas, e, considerando, ainda, o binômio possibilidade-necessidade, insculpido no § 1 do art. 1.694 do Código Civil, deverá a pensão alimentícia ser fixada no importe de um salário mínimo, conquanto seja referido importe 'o mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas', ex vi do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

Ex positis, opina o Ministério Público no sentido da procedência parcial do pedido de ingresso, a fim de que sejam fixados os alimentos em um salário mínimo.

É o parecer.

> Belo Horizonte, 05 de novembro de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Alimentos dos filhos aos pais

> "Processo nº: ……
>
> Parecer Final do Ministério Público
>
> MM. Juiz,
>
> Trata-se de ação de alimentos proposta por ... em face de seu filho ..., ambos já qualificados.
>
> O requerente alegou que é aposentado, mas os proventos que recebe não são suficientes para se sustentar, o que lhe ocasiona toda a sorte de privações. Afirmou, ainda, que sua idade avançada e as precárias condições de saúde impedem que trabalhe, a fim de complementar a renda mensal. Requereu, ao final, seja fixada pensão em seu favor no valor de um salário mínimo.
>
> Com a inicial juntou aos autos os documentos de fls. 05/66.
>
> Foram fixados alimentos provisórios no importe de 60% (sessenta por cento) do salário mínimo, segundo decisão exarada às fls. 68.
>
> A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da ausência do réu, segundo termo de fls. 71.
>
> A decisão de fls. 68 desafiou a interposição do agravo retido de fls. 78/80.
>
> Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 88/96, devidamente instruída pelos documentos de fls. 98/109.
>
> Nova audiência de conciliação designada, oportunidade em que não foi possível a celebração de acordo, diante da intransigência das partes, consoante termo de fls. 110.
>
> Realizada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas duas testemunhas, conforme termo de fls. 128/130. Na oportunidade, as partes aduziram suas alegações finais orais.
>
> É o sucinto relato.
>
> Parecer do M. Público.
>
> É cediço que o Código Civil, especialmente os arts. 1.694, 1.696 e 1.697, estabelecem a reciprocidade do dever de prestar alimentos entre pais e filhos.
>
> Conforme já determinou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais,
>
> cabe aos filhos a obrigação de cuidar e amparar os pais quando comprovado que eles não possuem mais condições de prover seu próprio sustento em função da velhice, doenças ou carência de recursos necessários para fazer frente às suas necessidades. Não comprovados tais requisitos, o pedido mostra-se inviável, pois não se pode dar abrigo a pleitos que instaurem a ociosidade. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.288067-2/000, RELATOR DESEMBARGADOR SÉRGIO BRAGA, **DJ** 18/02/2003.)
>
> Yussef Sahid Cahali, versando sobre o tema sustenta que:
>
> [...] a doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações

alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta. (**Dos Alimentos**. São Paulo: RT, 1994. p. 401.)

Desta feita, o pedido de alimentos, formulado pelo pai aos filhos, funda-se em obrigação decorrente do parentesco. Segundo o art. 1.695 do Código Civil, serão devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclama, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Neste diapasão, para que o autor faça jus aos alimentos, a jurisprudência fixou alguns requisitos legais, ou seja:

a - velhice, carência ou enfermidade;

b - não ter bens ou ter-se despojado dos mesmos em prol da prole;

c - não poder prover, por seu trabalho, o próprio sustento. (*In* TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.288067-2/000, RELATOR DESEMBARGADOR SÉRGIO BRAGA, **DJ** 18/02/2003.)

No caso dos autos, o requerente conta 65 anos de idade, mas embora seja idoso, ficou claro que ele goza de plena saúde. Em que pese tenha alegado que possui problemas de saúde, não carreou aos autos qualquer laudo médico que comprovasse tal assertiva. Não juntou qualquer receita médica que prove faça uso controlado de medicamentos e nem que deva ser considerado pessoa com grave enfermidade decorrente da velhice.

Outrossim, não restou claro que possa ser considerado carente, visto que reside em imóvel próprio, possui telefone celular, cartões de crédito (fls. 22/67). Demais disso, a prova oral revelou que ele é visto, na vizinhança, freqüentando *fliperamas e casas de apostas de jogo do bicho*, o que permite inferir que não se encontre em estado de penúria ou miserabilidade.

Quanto ao bem imóvel de sua propriedade, provou-se que o cedeu em parte, a fim de que o filho pudesse construir a própria residência. Todavia, não é possível, pois, considerar que o autor se despojou de bens em favorecimento do filho, o qual não usufruiu sozinho desse bem doado.

Com relação à capacidade de prover o próprio sustento com seu trabalho, o requerente também não se desincumbiu de provar que não pode se sustentar. Ao contrário, restou provado que recebe proventos de aposentadoria (fls. 98) e não logrou êxito em provar que as dívidas tenham sido contraídas, exclusivamente, com o intuito de garantir-lhe a subsistência.

O fato de a idade o impedir de conseguir trabalhar não pode prevalecer, pois a crise econômica é comum a todos os brasileiros, e não há provas de que esteja incapacitado ou mesmo de que o valor dos proventos sejam insuficientes para lhe suprir as necessidades básicas.

Lado outro, imperioso destacar o que ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Um dos princípios mais antigos no âmbito das relações pessoais, independentemente da espécie de vínculo, é o da solidariedade entre as pessoas, e que é sumamente reforçado no âmbito das relações familiares. Os alimentos no Direito de Família, tais como previstos nas legislações em vigor na maior parte dos países, representam a concretização do princípio da solidariedade familiar. Como se sabe, uma das técnicas originárias da proteção social que até hoje se mantém é a família. Na ordem jurídica, as pessoas que mantém vínculos de natureza familiar – e, portanto, integrantes da família – são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos sob o prisma do Direito objetivo (**Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. p. 104.).

Noutro giro, restou patente que o réu é viúvo e responsável pelo sustento de uma filha e um neto ainda menores (fls. 100 e 102), além de auxiliar uma filha maior, mas portadora de deficiência física.

A prova testemunhal, colacionada no termo de depoimento de fls. 130, revelou que o réu 'trabalha em

uma empresa pequena' e que a sua renda mensal não é suficiente para arcar com as despesas dos dependentes, que ainda são estudantes. Ainda, a filha portadora de deficiência física recebe pensão por morte deixada pela mãe, de valor ínfimo.

O autor não cuidou, contudo, de demonstrar, cabalmente, que o réu detém capacidade financeira para lhe auxiliar no sustento, sem desfalque à própria subsistência e a de seus dependentes, consoante lhe incumbia, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Considerando o binômio possibilidade-necessidade, insculpido no § 1º do art. 1.694 do Código Civil, não pode o filho, ora réu, arcar com o pagamento de pensão alimentícia, sem que isso implique em prejuízo próprio e enriquecimento sem causa do autor.

Isto posto, o Ministério Público opina pela total improcedência da presente ação.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Alteração de regime de bens

"Autos nº: ……

…–ª Vara de Família

Requerentes:

Espécie:

Meritíssima Juíza:

… e … ambos qualificados nos autos, propuseram a presente ação de alteração de regime de bens. Alegam os requerentes que se casaram em 11 de julho de 2003, sob o regime de comunhão parcial de bens, conforme certidão de casamento de fls. 06. Pretendem a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime de bens da separação convencional.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 06/11.

Os requerentes acostaram, às fls. 21/110, a documentação, solicitada através do parecer exarado às fls. 14/18.

Realizada audiência, oportunidade em que os requerentes ratificaram os termos de petição de fls. 02/05, no sentido de ser alterado o regime de bens do casal, como se infere do termo de fl. 112.

Após, vieram os autos ao Ministério Público para manifestação.

Em síntese, o relatório.

Os autores pretendem a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime de separação de bens, alegando que tal medida visa à preservação do patrimônio da requerente, diante da decisão do varão de constituir sociedade empresarial. Asseveraram, ainda, os desgastes e preocupações que a exigência de outorga do cônjuge virago acarretam ao relacionamento conjugal, mas salientaram que a pretendida modificação de regime não prejudicará direito de terceiros.

De início, imperioso ressaltar que o casamento dos requerentes fora celebrado em 11 de julho de 2003, conforme certidão de casamento de fls. 06, portanto, sob a égide do novo Código Civil.

Com efeito, o novo Estatuto Civil, em seu art. 1.639, § 2º, permite a alteração, condicionada à autorização judicial e à procedência das razões invocadas pelos cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.

A partir da vigência do novo Código, a doutrina e a jurisprudência discreparam, havendo corrente que admitia a referida alteração também do casamento contraído sob a égide do antigo Código, e outra que só a aceitava para os casamentos realizados sob a nova lei, sustentados pelo art. 2.039. Os adeptos da Segunda corrente alegavam, ainda, que o casamento é um ato jurídico perfeito, de forma que a lei nova não pode alterar suas regras.

Nada obstante, sabe-se que a razão pela qual a antiga legislação proibia a alteração de regime de bens do casamento era a preservação dos direitos do cônjuge, supostamente mais frágil, e o resguardo de interesses de terceiros.

Além disso, a modificação somente se processa mediante pedido de ambos os cônjuges, logo, não há como dizer que um deles será surpreendido ou prejudicado pela nova ordem.

Não há, pois, motivos para se vedar a alteração de regime de bens, sob o fundamento de causar prejuízos a terceiros. Sobre o tema, lapidar é o acórdão da lavra do Desembargador Carreira Machado, *in verbis*:

No caso, nada estará sendo modificado, e aquilo que até então foi realizado não sofrerá qualquer alteração, na medida em que o novo regime de bens só produzirá efeitos a partir da alteração, sem retroatividade, portanto.

Permitir a alteração do regime de bens do antigo casamento não alterará os efeitos jurídicos do matrimônio, na medida em que o novo regime não modificará aquilo que, em relação aos bens até então existentes, e para os novos cônjuges, já terá se operado (TJMG – Ap.Civ. n.º 1.0518.03.038304-7/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 20/05/2004, p. 29/06/2004.).

Desse modo, a jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem admitido a alteração do regime de bens. Senão, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - MATRIMÔNIO CONSTITUÍDO NA VIGÊNCIA DO CC/1916 - PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DA COMUNHÃO PARCIAL PARA A SEPARAÇÃO TOTAL - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.639, § 2º, DO NOVO CÓDIGO CIVIL - RECURSO PROVIDO. Segundo jurisprudência predominante neste Sodalício e no colendo STJ, é possível a alteração de regime de bens, mesmo em relação a matrimônios constituídos na vigência do CC/1916, à luz da inteligência do art. 1.639, § 2º, do Novo Código Civil.

CASAMENTO - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - POSSIBILIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO § 2º, DO ART. 1639, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0704.01.007839-9, Rel. Des. Belizário Lacerda, j. 16/08/2005, p. 27/09/2005.)

DIREITO DE FAMÍLIA - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO - CASAMENTO REALIZADO NA VIGÊNCIA DO ANTIGO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE. No Direito de Família, a alteração se admite para todos os casos de regime de bens, não importando a data de celebração do casamento, ante a abrangência do dispositivo legal e ante a exigência de que o pedido seja feito por ambos os cônjuges. (TJMG – Ap.Civ. 1.0514.04.012930-6, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 22/02/2005, p. 11/03/2005.)

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da possibilidade. Assim:

CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002.

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens.

Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio (REsp 730 546, Min. Jorge Scartezzini, **DJ** 3/10/2005.).

Os requisitos esposados no art. 1.639, § 2, do Código Civil restaram observados. Enfatize-se, ainda, que o pedido foi formulado, consensualmente, por ambos os cônjuges e restou motivado, tendo em vista a necessidade de se resguardar parcela do patrimônio do casal, sobremaneira aquela advinda dos esforços exclusivos do cônjuge virago.

Além disso, no que diz respeito às ressalvas exigidas, que é o caso da preservação do direito de terceiro, inclusive dos órgãos públicos, a documentação carreada às fls. 21/110 é suficiente para comprovar que tais interesses não se encontram ameaçados .

Diante do exposto, opina o Ministério Público pela procedência da ação, para que seja autorizada a alteração do regime de bens da comunhão parcial para o regime da separação de bens, bem como seja determinada a expedição dos competentes mandados, conforme preceitua o art. 1.150 do Código Civil.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Alvará judicial

"Requerente: ……

Parecer do MP

MM. Juíza:

……., já qualificada nos autos, ajuizou o presente procedimento de jurisdição voluntária, visando à expedição de alvará judicial, para a venda de bem imóvel de propriedade da interditada, da qual é curadora. Para tanto, alega que a referida venda seria vantajosa, vez que o imóvel, correspondente ao lote, quadra, Bairro, por não ser edificado, é tributado com elevado valor, a título de IPTU, o que acarreta ônus para a curatelada. Ademais, os recursos advindos do negócio serão empregados na melhoria da residência da interdita, com a instalação de porta para a passagem de cadeira de rodas, troca de pisos e adaptação do banheiro.

Outrossim, não se trata de único bem imóvel de propriedade da interditada, cuja venda seria imprescindível, em razão dos elevados custos para a manutenção da mesma, que necessita do auxílio de três *cuidadoras/enfermeiras*.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 04/14.

A peça inicial foi emendada à fl. 18, para a retificação do valor da causa.

Em cumprimento ao requerido no parecer ministerial de fl. 20/verso, a requerente acostou a documentação de fls. 24/90.

O auto de avaliação de bem imóvel foi juntado à fl. 99, sobre o qual se manifestou a requerente à fl. 100, oportunidade em que reiterou o pedido inicial.

É o relato e assim recebemos os autos.

Com efeito, nos termos da lei civil, para que seja procedente a autorização postulada, exige-se a demonstração da real necessidade, utilidade e proveito do incapaz quanto ao negócio que se pretenda

levar a efeito em seu nome, porquanto tais interesses são o verdadeiro objeto da proteção estatal.

In casu, aduziu a curadora que o imóvel, correspondente ao lote, quadra, Bairro, por não ser edificado, é tributado com elevado valor, a título de IPTU, o que acarreta ônus para a curatelada. Contudo, do auto de avaliação de fls. 99, exsurge que se trata de imóvel em que foi edificada uma casa, com três quartos, copa, cozinha, banheiro, área de serviço, garagem e um 'barracão' de fundos.

Portanto, depreende-se que tanto a casa, quanto o *barracão* poderiam ser alugados, o que implicaria na transferência do pagamento do IPTU ao locador e, ainda, geraria renda extra para a interditada.

No que tange à afirmação de que os recursos advindos do negócio seriam empregados na melhoria da residência da interdita, com a instalação de porta para a passagem de cadeira de rodas, troca de pisos e adaptação do banheiro, nenhuma avaliação acerca do montante de tais despesas foi juntada aos autos.

Outrossim, a avaliação judicial do bem consignou o valor de R$ 95.000,00, enquanto o pretenso comprador ofertou apenas R$ 80.000,00. Não bastasse elevada diferença, parece-nos que os R$ 15.000,00 poderiam ser empregados, com folha, na realização das benfeitorias necessárias ao imóvel que serve de residência para a curatelada.

Por último, em que pese a alegação de que as despesas da interditada são altíssimas, e, suplantam o valor do benefício previdenciário por ela auferido, outra é a realidade que deflui dos autos, Da análise dos documentos de fls. 24/83, exsurge que os gastos pessoais da curatelada (UNIMED, medicamentos, e *cuidadoras*), somados às despesas da casa – que diga-se, não é habitada apenas pela interditada –, alcançam a soma de cerca de R$ 2.166,00. São, pois, inferiores aos R$ 2.262,85 recebidos à título de pensão.

Assim, a transação, na forma como apresentada, não evidencia benefício para a curatelada, mormente porque não restará preservado o valor original do seu patrimônio. Demais disso, não restou patente premente necessidade de alienação do bem, sobretudo, porque ele goza de potencial possibilidade de exploração econômica.

Isto posto, somos pelo indeferimento do pedido.

É o parecer.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2008".

Parecer do Ministério Público – Anulação de casamento

"Autos nº: ……

- ª Vara de Família

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Cuida-se de ação ordinária de anulação de casamento proposta por … em face de …, ambos já qualificados nos autos.

Alega, em síntese, que se casou com o requerido no dia 05/02/2004, adotando o regime da comunhão

parcial de bens. Entretanto, após a realização do matrimônio, o réu 'passou a dotar uma postura diversa da até então adotada, tratando-a mal, contraindo dívidas em nome da autora e a desmoralizando perante terceiros' (fl.03). Após uma análise da vida pregressa do requerido, a autora descobriu que ele havia sido denunciado por crime contra o patrimônio. Além disso, após ameaçá-la de morte, o suplicado teria abandonado o lar conjugal, em março de 2004, ou seja, apenas um mês após o matrimônio.

Por tais motivos, pugnou pela decretação da anulação do casamento, vez que caracterizado o erro essencial sobre a pessoa do requerido. Outrossim, sob o fundamento do cúmulo objetivo de ações, aforou pedido alternativo de decretação da separação judicial por culpa do réu.

A inicial foi instruída pelos documentos de fls. 09/15.

Procedeu-se à citação editalícia do réu, segundo fls. 20 e 23.

Nomeada curadora ao réu citado por edital, foi ofertada a contestação de fls. 30/32. Alegou, preliminarmente, a nulidade de citação e no mérito, contestou por negativa geral.

A peça de defesa foi instruída com a procuração de fl.28. e declaração de pobreza de fl.31.

A impugnação a contestação feita pela autora, às fls. 34/36.

Proferido despacho saneador (fl.37), designando audiência de instrução e julgamento e fixando prazo para a apresentação do rol de testemunhas pelas partes.

No dia 14/06/2005, a audiência de instrução e julgamento foi realizada, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas, consoante termos de depoimento de fls. 40/41. As pares aduziram suas alegações finais orais.

O Ministério Público requereu a juntada da certidão de antecedentes criminais do réu e a requisição de informações acerca das partes junto ao SPC e SERASA (fl. 43).

Às fls. 50/53, 57/59 e 63 foi acostada a certidão de antecedentes criminais do requerido e certidões de andamento processual.

Os registros referentes ao SPC e SERASA foram juntados às fls. 71 e 81.

A autora manifestou-se acerca dos documentos novos à fl. 84 e a curadora do réu revel à fl. 85.

Vieram os autos ao Ministério Público.

Preliminarmente, as partes são legítimas, estão regularmente representadas e presentes se encontram os pressupostos processuais e as condições da ação.

Das Circunstâncias de Fato:

A autora alega que se casou com o requerido no dia 5 de fevereiro de 2004, como prova a certidão de casamento de fl. 11, após apenas dois meses de namoro. Afirma, outrossim, que após a realização do matrimônio, o réu 'passou a dotar uma postura diversa da até então adotada, tratando-a mal, contraindo dívidas em nome da autora e a desmoralizando perante terceiros' (fl.03).

Após uma análise da vida pregressa do requerido, a autora descobriu que ele havia sido denunciado por crime contra o patrimônio, além de ser devedor contumaz, com inscrição de seu nome nas instituições de proteção ao crédito. Além disso, após ameaçá-la de morte, o suplicado teria abandonado o lar conjugal, em março de 2004, ou seja, apenas um mês após a celebração do matrimônio.

Aduz, ainda, a requerente que foi vítima de um *golpe financeiro* arquitetado pelo réu que a levou a

contrair dívidas e, conseqüentemente, a ver seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

Consoante asseverado pela demandante, o desconhecimento acerca do comportamento indigno e desonesto do réu, bem como sobre a prática do crime de estelionato, foi determinante para a contração do matrimônio, porquanto ela tenha agido em erro. Dessa feita, a descoberta de tais condutas, posteriormente ao casamento, tornaram insuportável a vida em comum.

Ressalte-se que as alegações da autora, sobre as condutas desonrosas do réu, restaram provadas, mediante documentação carreada aos autos, sobretudo às fls. 50/53, 57/59 61, 63 e 71.

Outrossim, a inquirição das testemunhas, por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento, corroborou a tese da requerente, segundo a qual o conhecimento, ulterior ao casamento, de prática de crime pelo réu tornou insuportável a vida conjugal.

Neste diapasão, destaque-se o testemunho de, colacionado à fl. 40:

[...] que sabe que o requerido agrediu a autora e a ameaçou de morte por causa do processo criminal e porque sujou o nome dela; que a autora não sabia do processo antes de casar; que depois da briga o requerido saiu de casa.

Enfatize-se, ainda, o depoimento da testemunha, às fls. 40/41:

[...] que depois que os dois casaram é que 'a gente foi descobrindo a fama dele'; que descobriu que W era enrolado; que W falsificava documento [...] que o fato de W ter pretendido comprar o carro aconteceu antes do casamento e ele ia comprar o veículo em nome da futura esposa G; que a depoente contou para G esse fato somente depois que ela se casou; que W contou para a depoente que comprou todos os móveis em nome de G; que depois que ela ficou sabendo que ele tinha nome sujo eles tiveram uma briga, que ele ameaçava a autora [...].

Dos Requisitos Legais para a Anulação de Casamento:

A autora fundamentou o seu pedido nos arts. 1.556 e 1.557, II do Código Civil.

O primeiro dispositivo estatui que enseja a anulação do casamento o vício da vontade de um dos nubentes, ao consentir, pautado no erro essencial quanto à pessoa do outro.

O art. 1.557 fixa taxativamente as hipóteses de anulação do casamento, mas, embora a enumeração seja *numerus clausus*, impõe-se sua interpretação teleológica, pois estabelece elementos de ordem subjetiva.

Assim, a interpretação das hipóteses de cabimento da anulação do casamento exige um esforço hermenêutico. Nesse tocante, os julgadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais asseveram:

Interpretar a lei é buscar o seu real sentido e alcance, competindo ao julgador atender aos fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum, adotando, dentre outras regras de hermenêutica, a interpretação sociológica da LICC (art. 5º), que revela natureza de ordem pública [...]

Acerca do tema, ensina Maria Helena Diniz que:

O estado civil recebe proteção jurídica de ações de estado, que têm por escopo criar, modificar ou extinguir um estado, constituindo um novo, sendo, por isso, personalíssimas, intransmissíveis e imprescritíveis, requerendo, sempre, a intervenção estatal. É o que se dá com a interdição, separação judicial, divórcio, anulação de casamento etc., que resultam de sentença judicial. (*In* **Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 194. v. I. grifo nosso.)

Conclui-se, a partir do exposto acima, que as hipóteses de anulação do casamento devem ser interpretadas com fulcro na finalidade social de sua instituição, qual seja a proteção jurídica do estado

civil das pessoas.

O estado da pessoa é um dos predicados da sua personalidade e integra a dignidade da pessoa humana, devendo refletir-lhe a qualidade perante a sociedade, produzindo efeitos jurídicos compatíveis com sua realidade identificadora.

O casamento das partes restou inviabilizado não só pelas ameaças e abandono, perpetrados pelo réu à autora, em menos de um mês de matrimônio, mas, sobremaneira, pela descoberta de que se tratava de pessoa inidônea. Restou provado que a ignorância da autora, quanto ao crime de estelionato praticado pelo réu, anteriormente ao casamento, tornou insuportável a vida conjugal que perdurou por exíguos trinta dias.

A jurisprudência é farta no sentido da viabilidade da anulação nos casos semelhantes ao presente. Assim:

EMENTA: ANULAÇÃO DE CASAMENTO - ERRO ESSENCIAL – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - ESTADO CIVIL - ATRIBUTO DA PERSONALIDADE - PREDICADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CASAMENTO NÃO CONSUMADO - CÔNJUGE ABANDONADO LOGO APÓS O CASAMENTO - RECURSO PROVIDO. O estado civil revela atributo da personalidade e predicado da dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). A não-consumação do matrimônio, ante a recusa do cônjuge à convivência, à coabitação e ao consórcio carnal, abandonando a esposa logo após a cerimônia, enseja a anulação do casamento, porquanto configurado o erro essencial sobre a pessoa do outro, apresentando-se a inação conjugal hábil ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo. (Processo nº 1.0694.01.002065-9/001(1), Rel. Nepomuceno Silva, j. 29/06/2004.)

Casamento. Anulação. Erro de fato e essencial. Ocorrência. Hipótese em que o varão, após o matrimônio, ausente o conúbio sexual, afastou-se do Domicílio conjugal. Exegese do inciso I, do artigo 219 do Código Civil. Ação procedente. Recurso provido. (TJSP, Rel. Donaldo Armelin, Ap. Cível nº 157.181-1, j. 14/12/1993.)

Casamento. Nulidade. Comprovado erro essencial sobre a pessoa da mulher, que mantinha cobduta viciosa, antes do casamento, tornando insuportável a vida em comum, procede o pedido de anulação. Recurso provido. (TJRS – APELÇÃO CÍVEL nº 583011788 – RELATOR DESEMBARGADOR ELIAS ELMYR MANSSOUR, “DJ” 28/06/1983.)

Conclusão:

Diante do exposto, o Ministério Público opina pela anulação do casamento de ... e ....., requerendo que, após o trânsito em julgado, seja expedido mandado de anulação do casamento, para averbação no cartório competente, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, inclusive perante terceiros, cumprindo-se todos os termos do art. 100 e demais da Lei nº 6.015/1973.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2007”.

Parecer final do Ministério Público – Busca e apreensão de menor em face da mãe

“Processo nº: ……

MM. Juiz,

Trata-se de medida cautelar de busca e apreensão de menor proposta por ... em face de ..., todos qualificados na inicial de fls. 02/08.

O pedido de busca e apreensão refere-se à menor ...., cuja guarda judicial foi concedida à requerida, por

ocasião da decretação da separação judicial das partes. Todavia, a suplicada mudou-se para o estado do Paraná, levando consigo a filha, sem o consentimento paterno, o que tem gerado prejuízos à menor, razão pela qual pretende lhe seja concedida da guarda desta.

Requereu, por fim, a concessão de liminar, expedindo-se o competente mandado de busca e apreensão da menor, bem como pugnou pela procedência da presente ação cautelar.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 09/20.

Foi realizada audiência, oportunidade em que foi determinada a expedição de ofício a 'Ltda', para a averiguação de quem teria autorizado a viagem da menor, segundo termo de fls. 23.

O Ministério Público requereu a realização de estudo psicossocial do caso (fls. 29).

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 75/76.

A requerida manifestou-se às fls. 80/82, acompanhada pelos documentos de fls. 83/89. »Apresentou contestação que foi acostada às fls. 102/105 Aduziu que se mudou para a cidade de ..., em virtude de aprovação em concurso público e que jamais impediu o convívio paterno-filial. Na oportunidade, pugnou pela improcedência da medida cautelar.

Impugnação à contestação às fls.97/100.

Realizada audiência, ausente a parte ré, requereu o autor a expedição de carta precatória para a colheita do depoimento pessoal da requerida, para a oitiva da menor, bem como para a expedição de ofícios para a instituição de ensino da menor e para a Prefeitura de ..., segundo termo de fls. 143.

Audiência realizada em 09/11/2007, na Comarca de ..., oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal da requerida e ouvida a menor, conforme termos de fls. 173/175.

Instado a se manifestar, o requerente dispensou a produção de outras provas (fls. 182/verso).

É o sucinto relato.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos processuais.

O presente feito é medida cautelar que se processa consoante disposto nos arts. 839 a 843 do Código de Processo Civil.

No que toca às medidas cautelares de busca e apreensão, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

Medida cautelar de busca e apreensão de menor – Interesse prioritário da menor - Prova apontando para a conveniência da guarda pela mãe. A guarda de menor deve, preferencialmente, ficar com a mãe, máxime se a prova colacionada nos autos é conclusiva para esta finalidade. (Apelação nº 1.0686.05.151885-6/001, rel. Des. Jarbas Ladeira. Data da publicação: 21/10/2005.)

Processo Civil e Direito de Família. Busca e apreensão de menor. Possibilidade. Se a mãe preenche as condições necessárias para ter seu filho menor em sua companhia, tais como, mas não só, carinho, lar, condições econômicas e sociais, há que lhe ser deferida a busca e apreensão, como medida de zelo aos interesses da criança, ainda mais quando os laudos técnicos acostados aos autos não desmerecem a

autora, não havendo, também, indícios de suposta vida desregrada da apelada. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG – Proc. nº 1.0000.00.220249-7/000, rel. Des. Almeida Melo. Data da publicação: 30/10/2001.)

É cediço que a ação de busca e apreensão, ainda que submetida ao rito das medidas cautelares, é instrumento hábil para reaver a companhia da filha menor que se encontra na posse da mãe, sem qualquer decisão judicial que autorizasse essa situação de fato.

Na esteira do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é aconselhável que a guarda de filhos menores seja atribuída à mãe, exceto naquelas situações em que reste demonstrado a inidoneidade da genitora para o desempenho de seu papel, o que, nestes autos, não se comprovou.

A prova dos autos circunscreve-se, basicamente, à perícia técnica, consubstanciada nos parecer social, além do depoimento pessoal da genitora e da oitiva da menor.

Segundo se depreende do Estudo Social, '*a infante está recebendo orientação e educação necessária por parte da genitora e do padrasto, freqüenta escola, faz aulas de teclado, tratamento de saúde e possui um bom vínculo afetivo com a sua genitora e com o padrasto, mantém contato com o genitor*' – fls. 76.

Também, por ocasião da colheita do depoimento pessoal da requerida, ela afirmou que '*está exercendo a guarda de sua filha I desde a separação entre a depoente e o autor; que desde então sua filha mantém contato com o autor e vai visitá-lo durante as férias*'. Salientou, ainda, que a menor 'tem problema da glaucoma congênito', mas se submete a tratamento com profissional indicado pelo médico que a acompanhava em ..., como se depreende do termo de fls. 174.

Acerca do rendimento escolar da menor, aduziu a genitora que '*I estuda em colégio particular e ela apresenta bom desempenho*'. Por fim, alegou que a filha não demonstra interesse em ir residir na casa paterna e que ela e o ex-esposo não mantém um bom relacionamento.

Ainda, a própria menor, durante a realização de audiência, verbalizou o desejo de permanecer com sua genitora, 'pois possui um bom relacionamento com sua mãe' (fls.175). Salientou, também, que '*tem boas notas e não tem muitas faltas*' e que '*tem um quarto só seu e sua casa tem computador e que se dá muito bem com o padrasto*' (fls. 175).

Logo, se a mãe preenche as condições necessárias para ter sua filha menor em sua companhia, não há que ser deferida a busca e apreensão ao requerente, que tem resguardado o direito de visitas.

Isto posto, o Ministério Público opina pelo indeferimento da medida liminar pleiteada pelo requerente.

Belo Horizonte, 28 de março de 2008”.

Parecer final do Ministério Público – Busca e apreensão de menor em face do pai

“Processo nº: ……

MM. Juiz,

Trata-se de medida cautelar de busca e apreensão de menor proposta por ... em face de ..., ambos já qualificados na exordial de fls. 02/04.

O pedido de busca e apreensão refere-se à menor ..., cuja guarda de fato passou a ser exercida pelo requerido, '*em virtude de um episódio no qual a requerente solicitara a ajuda da ex-sogra, a fim de que a mesma a orientasse, no que tange aos cuidados médicos com a criança*' (fls. 03). Aduz que, desde então,

o requerido proibiu o contanto entre mãe e filha, inclusive impedindo a amamentação.

Requereu, por fim, a concessão de liminar, expedindo-se o competente mandado de busca e apreensão da menor, bem como pugnou pela procedência da presente ação cautelar.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 05/13.

O requerido ofertou a contestação de fls. 15/18, aduzindo que a requerida, há seis meses, espontaneamente, entregou a criança aos cuidados paternos, uma vez que ela estava 'desnutrida' e 'doente', fato que revelaria que 'a mãe não possui a menor condição de criar e cuidar da menor' (fls. 16). Afirmou, ainda, que jamais impediu o convívio materno-filial. Na oportunidade, pugnou pela improcedência da medida cautelar e acostou os documentos de fls. 19/24.

Impugnação à contestação às fls. 25/27.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 32/34 e do estudo psicológico, às fls. 35/36.

Foi realizada audiência conciliatória que restou frustrada, ante à intransigência das partes, consoante termo colacionado às fls. 42/43. Na oportunidade, foram colhidos os depoimentos pessoais da requerente e do requerido.

É o sucinto relato.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem, inexistindo nulidades ou irregularidades a serem sanadas.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos processuais.

O presente feito é medida cautelar que se processa consoante disposto nos arts. 839 a 843 do Código de Processo Civil. É cediço que a ação de busca e apreensão, ainda que submetida ao rito das medidas cautelares, é instrumento hábil para reaver a companhia da filha menor que se encontra na posse do pai, sem qualquer decisão judicial que autorizasse essa situação de fato.

Na esteira do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é aconselhável que a guarda de filhos menores seja atribuída à mãe, exceto naquelas situações em que reste demonstrado a inidoneidade da genitora para o desempenho de seu papel, o que, nestes autos, não se comprovou.

A prova dos autos circunscreve-se, basicamente, à perícia técnica, consubstanciada nos pareceres social e psicológico.

Segundo se depreende do Estudo Social, a menor foi deixada aos cuidados da família paterna, por sugestão do próprio requerido, já que ela apresentou problemas gastroentestinais e a requerente passava por dificuldades financeiras e para conciliar o horário de trabalho e os cuidados demandados pela menor.

Enfatize-se que não restaram evidenciados quaisquer sinais de maus tratos ou de abandono da menor por parte da mãe. Ao contrário do afirmado pelo suplicado, a requerente está inserida no mercado de trabalho e, durante o período de afastamento, buscou preservar os laços de afetividade com a filha, através das visitas.

O relatório do estudo técnico concluiu que '*no momento, a requerente encontra-se socialmente estabilizada, o que lhe possibilita exercer a guarda de M*' (fls. 34).

Também o laudo do Estudo Psicológico consignou, a respeito da menor, que '*no estágio de desenvolvimento em que esta se encontra, é necessário um contato materno mais estreito do que lhe tem sido proporcionado, e não foi observado nenhum aspecto que impeça a genitora de estar com a filha*

> *em sua companhia*'. *E finaliza:* '*portanto, sugerimos que a criança fique sob a responsabilidade da genitora*' (fls. 36).
>
> Logo, se a mãe preenche as condições necessárias para ter sua filha menor em sua companhia, há que lhe ser deferida a busca e apreensão, como medida de zelo aos interesses da criança, que conta apenas dois anos de idade (fls. 08). Sobretudo, porquanto os laudos técnicos acostados aos autos respaldam tal medida.
>
> Isto posto, o Ministério Público opina pelo deferimento da medida liminar pleiteada pela requerente, tendo-se em vista o melhor interesse da menor e por estarem presentes o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.
>
> Belo Horizonte, 25 de julho de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Cautelar inominada – Guarda

> "Requerente:
>
> Requerida:
>
> Meritíssimo Juiz,
>
> Trata-se de AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO LIMINAR proposta por .... em face de ..., ambos já qualificados nos autos.
>
> Cuida-se de pedido de concessão de guarda provisória referente aos menores, filhos das partes, cuja guarda vem sendo exercida pela requerida. Entretanto, em razão de diversas atitudes temerárias desta, as crianças estão sendo expostas a riscos de toda ordem, motivo pelo qual pretende a alteração imediata da guarda.
>
> Aduz que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* restaram configurados, uma vez que a requerida não exerce com adequação o múnus de guardiã dos menores, o que, inevitavelmente, os expõe à situação de risco à integridade física e moral. Requereu, por fim, a concessão de liminar, deferindo-lhe a guarda provisória dos menores.
>
> A peça exordial de fls. 02/03 foi devidamente instruída pelos documentos de fls. 04/10.
>
> A audiência conciliatória realizada restou prejudicada, diante da ausência da parte requerida, consoante se infere do termo de fls. 16.
>
> Realizada audiência de justificação, oportunidade em que foi ouvida uma testemunha, consoante termos de fls. 17/18.
>
> A requerida ofereceu a contestação de fls. 19/25, asseverando que os menores devem permanecer sob sua guarda, já que não há nenhum fato comprovado que desabone a sua conduta como mãe e guardiã. Acostou os documentos de fls. 26/31.
>
> Às fls. 33/35, o Ministério Público exarou parecer em que opinou contrariamente ao deferimento da medida liminar pleiteada.
>
> Exarou-se decisão através da qual foi indeferida a liminar postulada, como se vê às fls. 36.
>
> O requerente impugnou a contestação às fls. 37/ e acostou outros documentos às fls. 38/41.

Foi realizado o estudo social do caso, cujo laudo se encontra às fls. 47/49, sobre o que as partes se manifestaram às fls. 59/63 e fls. 63.

O relatório do estudo psicológico foi acostado às fls. 64/68, seguindo-se nova manifestação às fls. 70/71. Nova audiência conciliatória designada, oportunidade em que restou inviável a celebração de acordo pelas partes, consoante termo de fls. 76.

A requerida manifestou-se, nos presentes autos, às fls. 86/88 e às fls. 95/98, asseverando o fato de que a menor A, residente em companhia paterna, não estaria freqüentando instituição regular de ensino.

O requerente acostou o comprovante de matrícula da menor às fls. 103.

Foi realizado novo estudo social na comarca de Nova Lima, cujo relatório se encontra às fls. 122/124.

O autor manifestou-se às fls. 129/130, acostando os documentos de fls. 131/132.

É o relatório.

O presente feito é medida cautelar inominada que se processa consoante disposto nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

A rigor, o processo cautelar não é a via adequada para a discussão acerca da modificação da guarda, sendo imperiosa a propositura de ação principal.

Todavia, a jurisprudência é pacífica no sentido de que '*as medidas cautelares também podem ser satisfativas, e muitas vezes são necessariamente satisfativas, como ocorre em matéria de família. Além disso, há muitas situações em que a simples liminar na cautela, já produz o efeito exaustivo*.' (RJTJ – ERS, 133/239)

In casu, verifica-se que as partes contendem pela guarda dos filhos menores desde novembro de 2004. O prolongamento da discussão acerca da situação litigiosa acarretou a separação dos menores, sendo que, de fato, A se encontra sob a guarda paterna, enquanto M está sob os cuidados maternos.

A análise dos documentos carreados às fls. 130/131 revela que a falta de decisão acerca da guarda tem trazido enormes prejuízos aos interesses dos menores, sobretudo de A Como se infere, ainda, do laudo do estudo social de fls. 122/124, as 'idas e vindas' das crianças entre o lar paterno e materno acarretou a perda do ano escolar para A.

Assim, com escopo na necessidade de prevalência dos interesses da menor, e, diante dos estudos social e psicológico realizados, que sinalizaram para este caminho deverá a guarda provisória da menor ser deferida ao requerente.

Enfatize-se que a conclusão daqueles estudos, sobretudo daquele colacionado às fls. 122/124, foi no sentido de que a pré-adolescente ficaria em situação mais aconselhável e confortável na companhia paterna.

Lado outro, o interesse maior dos menores não reside em uma precipitada mudança de guarda, mas na apuração cautelosa das denúncias de ambas as partes, e numa decisão que evite alterações desnecessárias em suas rotinas de vida.

Diante de tal fato, deverá a presente medida cautelar inominada ser convertida em ação ordinária de modificação de guarda, para a melhor apuração dos fatos, mediante ampla instrução probatória. Nesse sentido é o precedente jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR - REQUERIMENTO PATERNO - AÇÃO CAUTELAR CONVERTIDA EM ORDINÁRIA - EFEITOS DA GUARDA - PRESENÇA DOS REQUISITOS

> ENSEJADORES DA MEDIDA - DEFERIMENTO MANTIDO. (TJMG – AI nº 1.0024.03.056816-6/001, rel. Des. Audebert Delage, j. 5/11/2004.).
>
> Isto posto, pugna o *Parquet* pelo deferimento da guarda provisória da menor A ao requerente, mantendo-se a guarda provisória da requerida em relação a M. Propugna, ainda, pela intimação da requerida para que regularize sua representação processual nos autos, bem como pela designação de audiência de instrução e julgamento.
>
> Belo Horizonte, 21 de março de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Cautela inominada

> "Autora:
>
> Réu:
>
> Meritíssimo Juiz,
>
> Trata-se de medida cautelar inominada proposta por ... em desfavor de ..., ambos já qualificados nos autos.
>
> A requerente aforou a presente ação cautelar de separação de corpos, arrolamento de bens, fixação de guarda provisória e de alimentos, aduzindo que manteve com o requerido uma união estável entre os anos de 1991 e 2003. Pretende o acolhimento liminar dos pedidos como medida preparatória da propositura de ação de reconhecimentos e dissolução de união estável.
>
> Acostou os documentos de fls. 14/49.
>
> Os pedidos liminares foram parcialmente concedidos às fls. 56/57.
>
> O requerido ofertou a contestação de fls. 74/91, acompanhada pelos documentos de fls. 92/93. Opôs, outrossim, os embargos de declaração de fls.94/96 que não foram conhecidos (fl. 98).
>
> A decisão de fls. 56/57 desafiou a propositura do agravo de instrumento de fls. 101/120.
>
> Impugnação à contestação às fls. 151/158.
>
> Às fls. 159/170 foi acostada a cópia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que negou provimento ao agravo, mantendo os alimentos provisórios fixados em 15% dos rendimentos líquidos do requerido, bem como o arrolamento cautelar dos bens.
>
> A audiência de justificação foi realizada em 7 de julho de 2006, oportunidade em que as partes rechaçaram a possibilidade de celebração de um acordo, segundo termo de fl. 228. Procedeu-se à oitiva de quatro testemunhas (fls. 229/231).
>
> A requerente apresentou alegações finais escritas às fls. 233/241 e o requerido, às fls. 243/254. Nesta oportunidade, foram acostados os documentos de fls. 255/294.
>
> Sobreveio manifestação da parte requerente às fls. 322/328, oportunidade em que foram coligidos os documentos de fls. 329/365.
>
> Nova manifestação do requerido às fls. 365/370, comprovando a situação de desemprego (fls. 371/372) que motivou o pedido de bloqueio do FGTS do mesmo, formulado pela demandante às fls. 374.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento do pedido à fl. 381/verso.

Às fls. 389/390, a requerente noticia o inadimplemento da obrigação alimentar e requer a intimação do requerido para 'saldar as prestações alimentare que estão em atraso desde o mês de dezembro de 2006, nos termos do art. 733, § 1º e § 2º do CPC'. Acostaram-se os documentos de fls. 391/399.

Vieram os autos ao Ministério Público.

De início, cumpre destacar que a fase instrutória foi encerrada no momento da realização da audiência, cujo termo se encontra à fl. 228. Dessa feita, todos os documentos acostados após a apresentação de alegações finais das pelas partes devem ser desentranhados, uma vez operados os efeitos da preclusão.

Enfatize-se, sobretudo, que o pedido consignado às fls. 389/390 deverá ser deduzido em processo autônomo de execução.

Em relação ao direito, sabe-se que a tutela jurisdicional cautelar tem objetivo específico, ensejar à parte ativa uma garantia provisória, de natureza processual, para assegurar a prova ou eventual futura execução. Eis, a propósito, a lição de Theodoro Júnior, Humberto. (*In* **Processo Cautelar**. 4. ed. São Paulo: LEUD, 1980. p. 40.):

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja definitivamente justa, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistir ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta, quando chegar a fase instrutória do processo; ou ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer por carência dos próprios alimentos.

Assim, não podem ser confundidas a tutela jurisdicional cautelar da tutela jurisdicional principal. Esta visa à solução do conflito de interesses (processo cognitivo) ou satisfação do direito material acertado (processo de execução), enquanto aquela tem por escopo, exclusivamente, a garantia de efetividade dos dois tipos de processos mencionados.

A manutenção da medida preparatória, porém, sofre limitação temporal, determinando a lei o prazo de 30 dias para interposição da ação principal, de acordo com o art. 806, do CPC.

Neste sentido, firmou-se a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Cautelar. Ajuizamento da ação principal. Trintídio legal. Termo inicial. Efetivação da liminar. Art. 806, CPC. Efeito. Perda de eficácia. Precedentes. Recurso desacolhido.
I. Na linha da jurisprudência desta Corte, o trintídio legal previsto no art. 806, CPC, conta da data da efetivação da liminar.
II. Entende também este Tribunal que o não-ajuizamento da ação principal acarreta a perda da eficácia da liminar e não a extinção da cautelar.
III. Sem preqüestionamento, não se inaugura a via do recurso especial. (Ac. no REsp. nº 431.418/MG, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23/09/2003, **DJU** 19/12/2003, p. 472.)

No presente caso, a certidão de fl. 182 noticia a propositura da ação de dissolução de união estável (autos nº ..., em apenso), embora a liminar de arrolamento de bens não estivesse cumprida integralmente.

Com efeito, as partes não divergem em relação à existência da união estável entre março de 1991 e julho de 2003, o que restou corroborado pela prova testemunhal.

No que toca ao filho comum, a guarda provisória deverá ser mantida em favor da requerente, posto não haja nos autos qualquer prova acerca de condutas que inviabilizassem o exercício do *munus* de guardiã, com o que concorda o requerido.

Certa a obrigação alimentar, uma vez provada a relação de parentesco, o *quantum*, provisoriamente fixado no patamar de 15% dos rendimentos líqüidos do requerido, deve ser mantido, até porque há notícia de situação de desemprego do mesmo (fls. 371/372). Em casos tais, ministra a jurisprudência que ' *a circunstância de estar o alimentante desempregado não impede execução de alimentos, que deve ser feita com base na última remuneração recebida e no percentual antes arbitrado*' (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0702.02.024958-8/001, Rel. Des. Célio César Paduani, p. 2/09/2005.).

Por fim, uma vez demonstrado o receio de dissipação dos bens, deverá ser determinada a expedição dos ofícios requeridos ao DETRAN e aos Cartórios de Registro de Imóveis de ... e ..., para que se proceda ao bloqueio dos bens descritos às fls. 09/10.

Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que sejam julgados parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos expostos.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2007".

Parecer Final do Ministério Público – Interdição e curatela de ascendentes

"Requerente:

Interditanda:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de interdição de ..., portadora de quadro de agitação psicomotora e delirante, intentada por sua filha ..., a qual pretende ser nomeada curadora.

O feito transcorreu validamente, na forma dos arts. 1.177 e segs. do Código de Processo Civil, tendo sido instruído, dentre outros, com os seguintes documentos: procuração (fl. 05), relatório médico da interditanda (fl. 06), carteira de identidade e CPF da requerente e da interditanda (fls. 07/08), atestado de antecedentes da requerente (fl. 18), comprovante de benefício percebido pela interditanda (fl. 19), formal de partilha (fls. 99/112), declarações de anuência (fls. 120/121), certidão cível (fl. 125), laudo psiquiátrico (fls. 150/156).

À fl. 16, foi deferido o pedido de curatela provisória, nomeando-se curadora a requerente.

À fl. 37, procedeu-se à atermação de audiência de interrogatório da interditanda.

É o breve relato, no que interessa. Passa-se ao exame do caso.

A petição inicial preenche os requisitos legais, tendo sido instruída com a prova de que a requerente se acha legitimada para promover a interdição, já que provado o parentesco com a interditanda (fls. 07/08).

Por ocasião do interrogatório (fl. 37), a interditanda deu mostras de sua deficiência, sendo certo que, decorrido o qüinqüídio legal, não houve qualquer impugnação ao pedido.

A perícia psiquiátrica comprovou que a interditanda é portadora de transtorno esquizotópico e demência senil vascular que a incapacitam de forma absoluta e permanente para a prática dos atos da vida civil. A referida prova pericial revela-se eminentemente técnica e harmônica às demais produzidas, dispensando,

in casu, a realização de audiência de instrução e julgamento.

Diante do exposto, o Ministério Público opina pelo acolhimento do pedido, decretando-se a interdição de e nomeando-se a requerente sua curadora.

Outrossim, conforme prescrição do art. 1.184 do Código de Processo Civil c-c art. 92 da Lei nº 6.015/75, a decisão a ser proferida deverá ser publicada no diário oficial por três vezes e inscrita no registro de pessoas naturais.

Deverá, ainda, ser declarada a suspensão dos direitos políticos da interditada, ex vi do disposto no art. 15, inc. II, da Constituição da República, oficiando-se ao Cartório Eleitoral, para fins de exclusão do nome da incapaz da lista de votação, se, porventura, inscrita.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2006".

Parecer final do Ministério Público – Interdição e curatela de descedentes

"Processo nº .....

MM. Juiz,

..., qualificado nos autos, ingressou com ação de interdição de seu filho, aduzindo, em síntese, na inicial de fls. 03/09, instruída por docs. fls. 10/100, que em virtude de acometimento de enfermidade mental, advinda de 'uso e abuso de substâncias químicas lícitas e ilícitas' o réu está incapacitado de gerir sua própria pessoa e seus bens. Assevera, ainda, que diante 'da volúpia por angariar novas dívidas, faz-se necessária a imediata interferência dos seus genitores, para cuidar de seus bens e de sai saúde, uma vez que o requerido atualmente está inabilitado para o trabalho'.

Audiência de interrogatório cujo termo de encontra às fls. 138/139.

Impugnação ao pedido de interdição acostada às fls. 154/174. Foram juntados os documentos de fls.175/205.

Em face da decisão que indeferiu o pedido de curatela provisória (fl. 142), foi interposto o agravo de instrumento de fls. 206/209.

Acostou-se vasta documentação acerca da vida financeira do interditando (fls. 214/325) sobre a qual se manifestaram as partes (fls. 327/331 e fls. 332340).

Parecer do Ministério Público às fls. 353/355, pugnando pela remessa dos autos ao juízo de Família da Comarca de ..., domicílio do interditando.

A competência foi declinada para a 4ª Vara de Família da Comarca de ..., mediante decisão exarada à fl. 368.

O feito foi recebido no estado em que se encontrava (fl. 179) e as partes manifestaram-se, novamente, acerca das declarações de imposto de renda do réu, relativas aos exercícios de 200/2003 (fls.386/390 e fls. 391/397).

Nomeado perito judicial, as partes apresentaram quesitos. O relatório da perícia médico-legal foi colacionado às fls. 423/433 dos autos.

Realizada audiência especial, oportunidade em que foi determinada a realização de estudo psicossocial (fl. 490).

Laudo do estudo psicossocial às fls. 501/502 que foi complementado às fls. 550/551.

O Ministério Público requereu a realização de uma segunda perícia psiquiátrica, o que foi deferido à fl. 558/v.

Laudo psiquiátrico forense às fls. 573/579, acerca do qual tiveram vista as partes (fls. 585/589 e fls.590/593).

O pedido de concessão da curatela provisória foi deferido, através da decisão de fls. 596/597.

Certidão de curatela provisória à fl. 598.

O réu interpôs o agravo de instrumento de fls. 601/611. Opôs, ainda, os embargos de declaração de fls. 612/620.

O despacho saneador de fl. 631 manteve a decisão agravada e não acolheu as razões opostas nos embargos declaratórios.

Realizada audiência de instrução e julgamento, procedeu-se à colheita de esclarecimentos do perito (fl. 661) e à inquirição de duas testemunhas (fls. 662/663). Ausente o requerido, a parte autora dispensou o depoimento testemunhal do mesmo, como se vê no termo de fls. 659/660.

Prorrogação da curatela provisória à fl. 684.

O alvará, requerido às fls. 676/677, para a venda de bem imóvel de propriedade do curatelado foi deferido à fl. 694.

Às fls. 697/698, o curador provisório requereu a expedição de outro alvará, objetivando a alienação de um cavalo de propriedade do interditando (fl. 699).

O requerido apresentou suas alegações finais escritas às fls. 700/702.

É o relatório, em síntese.

Os pressupostos processuais e as condições da ação estão presentes.

Não há irregularidades a serem sanadas no presente feito.

Restou provado, a partir das duas provas periciais, que o interditando é portador de transtorno afetivo bipolar (CID10, F31.7) e de transtorno mental decorrente da dependência de álcool e cocaína (CID10, F10.2 e F14.2). As enfermidades apontadas nos laudos periciais de fls. 423/433 e de fls. 573/579 acarretaram um 'quadro de prodigalidade, secundário ao alcoolismo e à dependência química' o que o trona relativamente incapaz para os atos da vida civil.

Vê-se que o acervo probatório do processo é formado pela oitiva do requerido em juízo (audiência de impressões pessoais às fls. 138/139), pelos laudos periciais de 423/433 e de fls. 573/579, firmados por Dr. e médicos psiquiatras que responderam aos quesitos formulados pelas partes. Somem-se, ainda, o relatório do estudo psicossocial de fls. 501/502 e fls. 550/551, os depoimentos testemunhais colacionados em AIJ e inúmeros documentos relativos à administração do patrimônio e renda do interditando.

Do cotejo dos documentos carreados ao feito, exsurge que o requerido apresenta dependência ao álcool desde o ano de 1994, o que lhe causou diversos transtornos pessoais, dentre os quais o divórcio, a internação em sete clínicas especializadas em desintoxicação e a sua retirada do cargo de diretor

comercial da empresa.

Demais disso, restou caracterizada a realização pelo curatelado de inúmeros negócios fracassados, fatos que provocaram a preocupação dos requerentes com o filho. Depreende-se, pois, a reunião de esforços para a proteção da saúde física, psíquica e, também, do patrimônio pessoal do interditando, com vistas à solução das dívidas, das demandas judiciais e da utilização de bens por terceiros.

Embora, em um primeiro momento, não tenha restado claramente evidenciado o comprometimento da capacidade mental do interditando, principalmente tendo-se em conta a precisão e a coerência com que ele respondeu às perguntas do juízo (fls. 138/139), outra foi a conclusão a que chegaram os médicos peritos.

Pelos laudos técnicos, os peritos nomeados pelo juízo confirmaram a existência do quadro patológico indicado na inicial, ao concluírem que '*o periciando apresenta um quadro de prodigalidade secundário a alcoolismo, dependência química e transtorno afetivo bipolar (este atualmente em remissão)*'. Os médicos psiquiatras destacaram que

afirmamos a necessidade de tratamento compulsório por médico a escolha da família (se possível com a participação do paciente) para se evitar complicações degenerativas ou letais a sua saúde a ainda tutela do acesso do periciando a seus bens e rendimentos como forma de garantir a permanência do patrimônio, bem como impedir o financiamento da dependência química (fl. 579).

Consoante já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DE INTERDIÇÃO – INDÍCIOS DE INCAPACIDADE POR DOENÇA MENTAL E/OU POR PRODIGALIDADE – NECESSIDADE DE LAUDO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO.*Por traduzir a curatela dos interditos em uma restrição ao princípio da dignidade da pessoa humana, exige-se ampla dilação probatória para a verificação de alguma de suas hipóteses permissivas, dispostas no art. 1.767, do CC. Se a causa de pedir da interdição possui lastro tanto na incapacidade da parte por anomalia psíquica e/ou comportamental e sua possível correlação, torna-se imprescindível, para a segurança da decisão judicial, a realização de prova técnica tanto por um psiquiatra quanto por um psicólogo*. (TJMG – AGRAVO Nº 1.0024.04.385138-5/002 EDILSON FERNANDES, **DJ** 9/09/2005.).

In casu, determinou-se a realização de estudo psicossocial, a partir do qual se depreendeu que o próprio requerido declara entender que seu pai tinha razão ao propor a presente ação, admitindo que, outrora, estava muito envolvido com o uso abusivo de substâncias alcoólicas e que as pessoas não o levavam a sério, além daquelas que se diziam amigas, mas o incentivavam ao consumo de bebidas e se aproveitavam da situação, procurando tirar vantagem, em virtude de sua condição financeira (fl. 550).

Cumpre, ainda, esclarecer que o laudo do estudo psicossocial de fls. 550/551 concluiu que

do ponto de vista técnico, percebe-se que o Sr. J encontra-se, no momento, com algumas dificuldades de ordem social e psicológica, uma vez que, em função da própria doença, podem ocorrer recaídas e a adesão ao tratamento, em geral, torna-se difícil para o paciente. Além disso, nota-se que os medicamentos utilizados pelo requerido limitam-no em algumas ações cotidianas, como o próprio exercício laborativo (fl. 551).

O requerente é pai do interditando, conforme prova a certidão de nascimento de fl. 16. Uma vez que o múnus de curador provisório tem sido exercido por ele, desde dezembro de 2006, o Sr.... é a pessoa que, no momento, reúne as melhores condições para o exercício do encargo.

Emanam dos já mencionados laudos periciais e estudo psicossocial elementos circunstanciais convincentes da conveniência da decretação da interdição do requerido, em virtude de 'quadro de prodigalidade, secundário ao alcoolismo e à dependência química', constatações que restaram amparadas pela prova testemunhal.

Ora, consoante expressa previsão do art. 1.772, do Código Civil, a decretação de interdição, em virtude de prodigalidade, ou, nos termos do inciso III do art. 1.767, exigem a circunscrição de limites impostos pelo art. 1.782 do mesmo diploma legal. Colho, no pertinente, decisão nesse sentido do STJ:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. INTERDIÇÃO. PRODIGALIDADE. MOTIVAÇÃO. O JUIZ NÃO ESTÁ ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL, PODENDO FORMAR A SUA CONVICÇÃO COM ELEMENTOS OU FATOS PROVADOS NOS AUTOS. (ART. 438, CPC). ASSIM É QUE, INDICADOS OS MOTIVOS QUE FORMARAM O CONVENCIMENTO A RESPEITO DA PRODIGALIDADE DETERMINANTE DA INTERDIÇÃO, NÃO HÁ COGITAR DE NEGATIVA DA VIGÊNCIA AO ART. 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PERFEITAMENTE DISPENSÁVEL, NO CASO, REFERIR A ANOMALIA PSÍQUICA, MOSTRANDO-SE SUFICIENTE A INDICAÇÃO DOS FATOS QUE REVELAM O COMPROMETIMENTO DA CAPACIDADE DE ADMINISTRAR O PATRIMÔNIO. A PRODIGALIDADE E UMA SITUAÇÃO QUE TEM MAIS A VER COM A OBJETIVIDADE DE UM COMPORTAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO QUE COM O SUBJETIVISMO DA INSANIDADE DA CAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 1180 DO CPC NÃO CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (RESP 36208 / RS, Terceira Turma, Relator Min. Costa Leite, publicada no **DJ** de 19/12/1994, p. 35.308.).

Com efeito, a interdição do requerido só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Na oportunidade, o *Parquet* não se opõe ao deferimento do pedido formulado às fls. 697/698.

Ex positis, em face das considerações dante tecidas e, por tudo mais que dos autos consta, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Promotora de Justiça no uso de suas atribuições legais, opina seja a presente ação julgada PROCEDENTE, com a decretação da interdição de , nos termos do art. 1.767, V e do art. 1.782 do Código Civil, sendo nomeado curador o Sr.…

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2007”.

Parecer final do Ministério Público – Curatela / Levantamento de interdição

Processo nº ……

MM. Juiz,

…, qualificado nos autos, ingressou com ação de levantamento de interdição em face de, aduzindo, em síntese, na inicial de fls. 02/05, instruída por docs. de fls. 06/12, que em virtude de enfermidade mental de que fora acometido, decretou-se a sua interdição. Entretanto, tratava-se de depressão acarretada pela perda do emprego, mas com possibilidade de remissão. Afirma ainda que há mais de quatro anos readquiriu o equilíbrio psicológico, responsabilizando-se por seus atos, razão pela qual pretende gerir seus bens e reingressar no mercado de trabalho. Na oportunidade formulou pedido de antecipação de tutela e a revogação da curatela.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido através da decisão exarada às fls.21/22.

Regularmente citada, conforme certidão de fl. 29, a curadora apresentou a contestação de fls. 31/34. Argüiu a ilegitimidade ativa do autor, porquanto não esteja representado e, no mérito, pugnou pela improcedência da ação, uma vez que o requerente seria portador de quadro de esquizofrenia irreversível. Acostou aos autos os documentos de fls. 37/43.

Impugnação à contestação às fls. 45/50.

Diante da alegação de que a curadora e o interdito estariam separados de fato, foi deferida a antecipação

da tutela concernente ao afastamento daquela do exercício do múnus, segundo fl. 63/verso.

Foi acostada a cópia do relatório do estudo psicossocial realizado nos autos da interdição (fls. 76/80).

Às fls. 151/152, a irmão do interdito requereu sua nomeação como curadora provisória do autor. Juntou os documentos de fl. 158, pelo que foi deferido o pedido à fl. 159/verso.

Certidão de curatela provisória em substituição acostada à fl. 161.

A perícia médica realizou-se em 21/03/2006 e o laudo psiquiátrico forense foi acostado às fls. 174/177.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, conforme termo de fl. 213, oportunidade em que foi dispensada a produção de outras provas.

Sucintamente relatados, opina-se.

Há legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Do cotejo dos laudos técnicos, acostados às fls. 76/77 e fls.78/80, exsurge que os peritos nomeados pelo juízo concluíram, em setembro de 2003, que:

M apresentou-se às entrevistas com cuidados satisfatórios em relação a sua aparência, lúcido e bem orientado quanto ao tempo e ao espaço. Seu discurso é lógico e atualmente demonstra possuir uma boa consciência de si e da realidade a sua volta. Do ponto de vista psicológico, como foi observado e descrito no presente estudo, os motivos que justificaram o pedido de interdição parecem cessados no momento (fl. 80).

O laudo psiquiátrico forense de fls. 174/177 consignou que:

o periciando apresentou-se assintomático e apto a se autogerir e a gerir seus bens, em aparente contradição ao diagnóstico anteriormente firmado. Porém, a história de vida atual (misticismo e apragmatismo) corrobora o diagnóstico anteriormente firmado, já que é possível a uma psicose esquizofrênica se estabilizar, mesmo sem tratamento medicamentoso, quando o seu portador está isento dos fatores estressantes e com hábitos de vida pouco exigentes, sendo comum vincularem-se a práticas místicas e esotéricas, destituindo-se de maiores ambições.

Concluiu, por fim, que 'o periciando apresenta-se apto e capaz' (fl. 176).

Por último, consigna-se que os pedidos formulados pelo interdito às fls. 194/195 e 204/205 devem ser deferidos, uma vez que os valores depositados em conta corrente de titularidade da antiga curadora foram auferidos pelo ora autor em novembro de 2004, data em que as partes já se encontravam separadas de fato.

Ex positis, face as considerações d'ante tecidas e, por tudo mais que dos autos consta, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS*, por sua Promotora de Justiça no uso de suas atribuições legais, opina seja a presente ação julgada procedente, determinando-se o levantamento da interdição de, com escopo no § 2º do art. 1.186 do Código de Processo Civil.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2008".

Parecer Final do Ministério Público – Prestação de contas

"Processos nº: .....

MM. Juiz,

Trata-se de Ação de Prestação de Contas proposta por ... em face de ..., todos devidamente qualificados nos autos.

Alegam os autores que, através de sentença prolatada nos autos da ação de interdição, em apenso, nomeou-se o réu como curador definitivo de .... Entretanto, asseveram que, com base em perícia contábil realizada pela empresa, verificou-se o desvio de recursos de propriedade do interditado, utilizados em proveito próprio do curador. Requereram a citação do réu para que preste as devidas contas em relação à administração das despesas e receitas do curatelado, bem como a destituição do curador.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 13/22.

Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 30/35, acompanhada pela documentação de fls. 36/283.

Impugnação à contestação às fls. 274/283.

Foi realizada nova perícia contábil, cujo laudo foi juntado às fls. 357/391 (anexos às fls. 392/1.067).

O réu manifestou-se acerca do laudo pericial às fls. 1.076/1.79, formulando quesitos suplementares às fls. 1.080/1.086 e acostando documentos às fls. 1.087/1.098.

O perito acostou os esclarecimentos ao laudo pericial às fls. 1.101/1.110, acompanhados pelos documentos de fls. 1.111/1.114.

Em face de requerimento do réu (fls. 1.134/1.135), o perito apresentou nova descrição do débito (fls. 1.146).

Realizada audiência, conforme termo de fls. 1.189, oportunidade em que foi indeferida a oitiva da testemunha (fls. 1.190) e dispensada a produção de outras provas pelas partes.

A parte autora apresentou suas alegações finais escritas às fls. 1.191/1.198.

Não obstante o encerramento da fase instrutória, foi realizada perícia grafotécnica, cujo laudo foi acostado às fls. 1.216/1.225, acompanhado pelos documentos de fls. 1.226/1.246.

Nova manifestação do réu às fls. 1.255/1.256.

O Ministério Público ofertou parecer final às fls. 1.257/1.259 e foi prolatada sentença às fls. 1.260/1.264, condenado-se o réu à devolução de R$ 153.544,06.

O réu interpôs recurso de apelação, cujas razões se encontram consignadas às fls. 1.269/1.277.

Apresentadas contra-razões à apelação às fls. 1.279/1.285.

Às fls. 1.293/1.299, foi apresentado parecer ministerial, opinando pelo desprovimento do recurso.

Em 30 de junho de 2005, foi proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, anulando-se, parcialmente, o processo, em virtude de cerceamento de defesa (fls. 1.304/1.308).

O réu pugnou pela intimação do autor, para que apresentasse todos os documentos referentes à curatela, desde 1996 até a presente data (fls. 1.312/1.313).

Os autores manifestaram-se às fls. 1.318/1.323, asseverando a inexistência de quaisquer documentos em poder dos autores. Acostaram os documentos de fls. 1.325/1.332.

Intimado o autor, a apresentar os documentos que comprovam as despesas do curatelado, referidas nas fls. 1.151/1.152, asseverou que tais documentos estariam em poder do curador (fls. 1.338/1.339).
Às fls. 1.345/1.346, o curador, ora réu, reiterou que 'delegou a administração financeira para seu irmão, M'. Requereu prazo de noventa dias para a realização de nova perícia contábil.

O réu manifestou-se, novamente, às fls. 1.396, reiterando a impossibilidade de comprovar as despesas referidas nas fls. 1.151/1.152.

É o relatório.

Parecer do M. Público.

O feito encontra-se em ordem e presentes estão os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas, tendo em vista a abertura de prazo para que o réu produzisse todas as provas por ele requeridas.

A análise dos autos da ação de interdição, em apenso, revela que o ora réu exerce o *munus* da curador do interdito.

Com efeito, constitui princípio de direito universal que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios, devem prestar contas. Conseqüentemente, aquele que está obrigado à referida prestação, se presume devedor enquanto não forem havidas por boas.

As provas carreadas aos autos demonstraram diversas irregularidades na administração das receitas do interdito. O laudo pericial de fls. 1.146 consignou um débito, corrigido até o mês de julho de 2002, no valor de R$ 153.544,06, referente a empréstimos contraídos pelo curador junto ao interdito e a despesas glosadas por falta de documentação suporte.

Dessa feita, em que pesem as inúmeras oportunidades concedidas ao réu, para que apresentasse a documentação hábil a comprovar as despesas supostamente efetuadas para a manutenção do curatelado, o mesmo não logrou êxito.

O relatório da perícia contábil demonstrou uma diferença entre as contas prestadas e o valor proveniente dos rendimentos do interdito, o que leva à presunção de que o réu tenha utilizado tais valores recebidos seu próprio proveito, descuidando das suas obrigações como curador.

Inequívoco, o dever do demandado de demonstrar, pormenorizadamente, em forma contábil, a especificação das receitas e aplicação dos dispêndios, resultantes do exercício da curatela, nos termos do art. 917 do CPC. Destarte, ainda que o Sr. tenha autorizado empréstimos e assinado cheques em nome do interdito, tais atitudes se deram em razão da negligência do curador na gestão dos interesses do curatelado.

Não há, nos autos, provas capazes de desconstituir o relatório da perícia contábil, o qual motivou a decisão recorrida.

Considerando que as contas prestadas não fora havidas como boas, e, considerando as circunstâncias do caso concreto, parece ser bastante oportuno e conveniente exigir-se o depósito, em favor do interditado, da diferença do valor recebido e dos gastos comprovados.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Curatela - Exercício - Prestação de contas - Despesas estranhas ao interesse da curatelada - Rejeição - Resultando devidamente comprovada a realização de diversas despesas estranhas ao interesse da curatelada, de rigor se faz a rejeição das contas apresentadas pelo curador, que fica obrigado à recomposição dos valores despendidos. Recurso desprovido. (Apelação nº 1.0701.03.052286-9/001(1), Rel.

Des. Lucas Sávio Gomes, Data do acórdão: 23/09/2004. Data da publicação: 8/10/2004).

Diante do exposto, novamente apurado saldo em favor do curatelado, opina o Ministério Público pela procedência em parte da ação, condenando-se o réu a devolver o valor apurado pela perícia referente aos empréstimos contraídos pelo curador junto ao interdito e a despesas glosadas por falta de documentação suporte.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2006".

Parecer final do Ministério Público – Remoção de curador

"Autos nº .....

Interditado:

Requerente:

Requerido:

MERITÍSSIMO JUIZ:

Trata-se de ação de remoção de curador proposta por ..., ambos já qualificados. Argumenta a requerente que o suplicado não exerce satisfatoriamente o munus de curador provisório da Sra. ... uma vez que a institucionalizou em *um asilo clandestino* e impede que os outros familiares a visitem, além de ser uma pessoa com vasto histórico de antecedentes criminais, que responde a processo criminal em curso na Juizado Especial Criminal da capital

A inicial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/162.

Regularmente citado (fls. 171/v.), o requerido apresentou a contestação de fls. 172/174, acompanhada pelos documentos de fls. 175/179.

Impugnação à contestação às fls. 180/verso.

As partes dispensaram a produção de outras provas.

A requerente apresentou suas alegações finais na forma de memorial às fls. 188/191 e o requerido, às fls. 192/194.

É o relatório.

Trata-se a curatela de instituto que tem por escopo a proteção ao incapaz maior, ou conforme assevera Clóvis Beviláqua, '*curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo*'. (Código Civil, cit, obs. 1 ao art. 447).

Conforme assevera o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

A curatela constitui um instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência. Como o próprio nome diz, o instituto tem por finalidade preservar a defesa dos interesses do deficiente, cuidando de tudo que diz respeito à sua pessoa e aos seus bens, no limite da necessidade.

Na nomeação de curador o julgador deve ter em vista a situação que melhor se amolda aos interesses do interditado, não podendo permitir que questões econômicas e interesses particulares prevaleçam sobre o seu bem-estar.

A jurisprudência pátria vem entendendo que a análise da curatela deve se ater muitas vezes às peculiaridades do caso concreto, devendo ser deferida a quem tem melhores condições de zelar pelos interesses do interditado. Referida interpretação também encontra respaldo no art. 1.109 do Código de Processo Civil, que estabelece a desobrigação do juiz, quanto ao critério da legalidade restrita, sendo-lhe facultado adotar em cada caso a solução que julgar mais conveniente e oportuna. (TJMG – Proc. n° 1.0024.02.828527-8/001, Rel Desa. Maria Elza, j. 06/04/2006, p. 19/05/2006.).

Portanto, sendo instituto de proteção do maior incapaz, é imprescindível que o curador nomeado seja aquele que melhor possa zelar pelos interesse da interdita.

Os documentos acostados às 09/18 e fls. 316 dos autos nº 0024 05 647193 1, em apenso, comprovaram a legitimidade e a idoneidade do requerido para pleitear a assunção do *munus* da curatela da mãe. Lado outro, o laudo pericial de fls. 404/407 daqueles autos consignou que a interditanda é portadora de demência não especificada (CID 10: F03), portanto, absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil.

Note-se, também, que o suplicado vem exercendo a curatela provisória, desde 27 de outubro de 2005 (fls. 270), tendo sido regularmente prestadas as contas relativas à administração dos rendimentos da interditanda, como se vê às fls. 271/309).

As alegações da requerente, segundo as quais o curador provisório é uma pessoa com vasto histórico de antecedentes criminais e que responde a processo criminal em curso na Juizado Especial Criminal da capital não merecem acolhida. Os documentos carreados aos autos revelam que todas as representações, formalizadas junto ao Juizado Especial Criminal, consignam como autora a própria requerente (fls. 60/61). Demais disso, não houve qualquer condenação e a boa-fé do suplicado, em relação à administração dos bens e rendimentos da interditanda, restou demonstrada nos autos da ação de interdição.

O estudo técnico, cujo relatório foi carreado às fls. 329/331 dos autos nº..., apurou que a interditanda sempre viveu na companhia do requerido. Todavia, a partir de um acidente que lhe afetou o fêmur e acarretou a paralisia dos membros inferiores, a curatelada passou a depender de cuidados médicos freqüentes, motivo pelo qual optaram por institucionalizá-la.

Com efeito, o Estudo Social destacou que ... a instituição ..., além de oferecer um preço acessível, localiza-se perto da casa do curador, facilitando o contato com a mãe .... Em visita ao local, pudemos perceber que a interditanda recebe os atendimentos adequados à sua atual situação, os quais implicam em dar-lhe banhos diários, medicá-la, alimentá-la e, se possível, fazer com que possa usufruir de alguma atividade que a instituição ofereça aos seus internos como forma de passar o tempo de modo mais produtivo ... O local é bastante simples, e parece atender às demandas de seus internos. Ao conversarmos com D., esta verbaliza que se encontra muito feliz naquele local, pois é bem tratada por todos ali ....

Destarte, a perícia técnica foi conclusiva no sentido de que ... o requerente (requerido nos presentes autos) apresenta, no momento, as condições necessárias para ser o curador da interditanda, apesar dos contratempos havidos até então por parte de sua irmã, Sra.... (ora requerente) (fls. 331).

Assim, restou provado que a curador provisório vem zelando adequadamente dos interesses da mãe incapaz.

No que tange à requerente, a perícia técnica realizada nos autos em apenso consignou que, após providenciar a internação da interditanda no Hospital ..., 'as visitas da Sra. M conteciam de forma esporádica e rápida e depois de um certo tempo deixaram de existir, caracterizando assim o abandono da mãe naquela instituição por quase um ano, após ter recebido alta'.

> O mesmo Estudo Social já mencionado apurou que a Sra. não possui profissão definida e nem aufere renda fixa e dificultou os procedimentos médicos realizados na interditanda, tornando-se necessária até a intervenção da polícia, a fim de assegurar que o tratamento prescrito não fosse prejudicado.
>
> Do conjunto probatório do processado e dos autos de interdição em apenso exsurge o comprometimento do curador provisório com o bem-estar da interditada, razão pela qual entendo ser o Sr. a pessoa mais indicada para exercer o múnus.
>
> Diante do exposto, satisfeitos os requisitos legais, opina o Ministério Público pela procedência total do pedido inicial, nomeando-se a como curador de sua mãe e fixando-se a obrigação de prestar contas, anualmente, das despesas efetuadas com a interdita.
>
> Belo Horizonte, 23 de abril de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Divórcio direto litigioso

> "Proc. ……..
>
> Requerente -
>
> Requerida -
>
> MM Juiz.
>
> Cuida-se de Ação de Divórcio Direto Litigioso proposta por ... em face de ..., sob o fundamento de estarem separados há mais de dois anos, situação fática suficiente a autorizar a dissolução do vínculo conjugal. Consigna, ainda a peça vestibular, proposta versando sobre a partilha de bens e pensão alimentícia ao filho menor do casal, no importe correspondente a 15% dos rendimentos líquidos do varão.
>
> Com a inicial vieram os documentos de fls.09/22.
>
> Designada audiência de conciliação, compareceram as partes declarando a impossibilidade de composição quanto ao objeto da presente demanda (fls.27). A requerida, então, ofertou contestação (fls.32/37), não se insurgindo contra a decretação do divórcio. Todavia, discordou da proposta no respeitante aos alimentos, às visitas e à partilha. Juntou os documentos de fls. 38/62.
>
> A contestação foi impugnada (fls. 64/67), cuidando o autor de corroborar as assertivas contidas na peça de ingresso.
>
> Audiência conforme termo de fls.95, oportunidade na qual foi colhida a prova testemunhal.
>
> Vieram-me os autos na seqüência. Passo a opinar.
>
> 1 - Do lapso temporal
>
> Versando o pedido sobre divórcio direto, incabível qualquer indagação quanto à responsabilidade dos cônjuges pela ruptura da vida comum. Em verdade, o que se há de considerar é tão-somente o tempo em que o casal já não mais coabita, prelecionando sobre o tema, Yussef Said Cahali (**Divórcio e Separação**. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: RT. p. 1178-1179.):
>
> Fundamentando-se o divórcio direto, agora exclusivamente, na separação de fato do casal prolongada por mais de dois anos, rompendo de maneira definitiva e irreversível a vida em comum dos cônjuges, nenhuma alegação ou verificação precisa ser feita a respeito da conduta culposa de qualquer deles como

causa determinante do esfacelamento da sociedade familiar.

Assim, decorrido o biênio legal, autorizado está o cônjuge a ingressar com ação de divórcio direto.

No caso em foco, não controvertem as partes quanto ao pleito divorcista, sendo certo que há nos autos prova suficiente da separação de fato por mais de dois anos, quer pela prova testemunhal coletada, quer pelo que consta da ação cautelar de separação de corpos em apenso que atesta estar o varão afastado do lar conjugal desde 1/08/00.

Destarte, merece ser decretado o divórcio direto do casal em questão, porquanto sobejamente provado o requisito temporal legal da separação de fato por mais de dois anos.

2 - Da partilha de bens

O embate que trava o casal finca-se em divergências que gravitam em torno da partilha dos bens comuns; do exercício do direito de visita ao filho menor do casal, que ficará sob a guarda da mãe e da fixação dos alimentos a serem prestados pelo varão ao mesmo filho.

O acervo patrimonial do casal — segundo consta da inicial e não fora contestado pela requerida — compõe-se de um veículo ..., um veículo ..., direitos sobre uma cota do ... e um imóvel residencial.

O imóvel, segundo desejo do varão, deve ser vendido e dividido o produto da alienação entre os divorciandos. Por outro giro, a requerida, quanto ao mesmo imóvel, pretende seja o bem doado ao filho do casal, com reserva de usufruto aos doadores.

Não tendo os cônjuges conseguido alcançar o consenso quanto aos destinos do imóvel, urge seja efetivada a partilha da forma mais equânime possível, em partes iguais, cabendo a cada um a fração ideal correspondente a 50% do dito imóvel, permancendo os cônjuges em condomínio.

No que concerne aos demais bens, o casal já os partilhou extrajudicialmente e de comum acordo, cabendo à varoa o veículo ... e ao marido o veículo ... e ainda os valores recebidos em virtude de distrato envolvendo uma cota de clube. Posterior discussão em torno dos bens já partilhados e até vendidos, como por exemplo eventual direito à torna, escapa da competência deste juízo, devendo ser dirimida nos lindes civis, por cuidar de direito meramente patrimonial, onde haverá possibilidade de se produzir, de forma mais adequada, a prova dos valores dos bens, fins dados às quantias auferidas com as vendas — que até podem ter sido revertidas para o interesse da sociedade conjugal, ainda não dissolvida, etc.

Assim, ao sentir do Ministério Público, urge seja o imóvel do casal partilhado, excluindo-se da mesma partilha os demais bens móveis e valores, já divididos amigavelmente entre as partes.

3 - Do exercício do direito de visitas

No que diz respeito ao direito de visitação, parece ao Ministério Público razoável a proposta da varoa (fls. 33), consubstanciada em visitas com dias e horários previamente fixados, a serem exercidas em finais de semana alternados (das 9 h. de sábado até 20 h. de domingo) e durante as férias escolares, dividido referido período entre os pais divorciandos. Ressalte-se que o requerente não se insurge contra a regulamentação das visitas nos termos propostos (fls. 65).

4 - Dos alimentos

Aqui, ao sentir do Ministério Público, reside o ponto nevrálgico da desinteligência entre as partes.

Na inicial alegou o autor que desde a separação de fato, contribui espontaneamente para o sustento do filho comum, 10 anos de idade, com a quantia mensal de R$ 276,00 (duzentos e setenta e seis reais), correspondente a 22% de seu rendimento líquido. Assevera, ainda, que oferece ao menor dois planos de saúde, além de aulas de basquete, mesada, e outros itens com os quais presenteia a criança, quando sob

sua responsabilidade direta. Postula fixação de pensão alimentícia no patamar de 15% de seus vencimentos.

Contestando, a requerida afirmou que os 15% oferecidos pelo varão são evidentemente insuficientes para a mantença do filho menor, alegando que até então vinha o autor contribuindo com valores que excedem aquele patamar sugerido. Declarou, mais, que o varão é servidor da 'Ltda', mas aufere outros rendimentos, já que recebe, assim como a requerida, R$ 750,00 (setecentos e cinqüenta reais) mensais, provenientes de alugueres da casa que o casal tem em comum (fls.34). Ultima pugnando pela fixação da pensão alimentícia em 40% dos rendimentos líquidos do varão, junto à 'Ltda'.

Quando da audiência de instrução e julgamento, o requerente manifestou sua concordância em contribuir para o sustento de seu filho menor, com 23% de seus rendimentos líquidos (fls. 95), no que foi rebatido pela suplicada que afirmou que hoje a pensão ofertada corresponde a 20% de seus ganhos e não 17%, consoante dito na inicial. Propugnou, ainda a suplicada, pela fixação da verba alimentar em 30% dos rendimentos líquidos do varão, a incidir inclusive sobre o 13° salário.

Em suma, vê-se que a discussão em torno da pensão alimentícia restou delimitada entre os marcos de 23% e 30% dos rendimentos líquidos do varão, que é servidor da 'Ltda' e percebe, sem considerar descontos, conforme provado nos autos, R$ 1.474,20 (hum mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e vinte centavos - fls.17).

A varoa, por seu turno, também é servidora da 'Ltda', mas recebe mais que o requerente, já que seus rendimentos brutos alcançam a cifra de R$ 2.026,85 (dois mil, vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos). Todavia, certamente a genitora do menor gasta mais que o requerido, porquanto paga aluguel, condomínio, IPTU, empregada doméstica, escola, lazer, material escolar, roupas, calçados, farmácia, enfim, todos os gastos diários inevitáveis e que são inerentes à mantença de uma criança com a idade de xx. O varão, por outro lado, mora com sua mãe e não tem outra família, fatos que sinalizam para uma vida menos onerosa, o que demonstra que, com um pouco de esforço e, quiçá, renúncia, pode mesmo o requerente pensionar de forma mais generosa seu próprio filho, como meio de se tentar preservar ao máximo o padrão socioeconômico que tinha a criança antes da separação dos pais.

Assim sendo, por tudo que consta dos autos, opina o Ministério Público no sentido de ser acolhido o pleito da requerida, para fixar em 30% dos rendimentos líquidos que o autor aufere na “Ltda” (bruto menos descontos obrigatórios – INSS e imposto de renda), a pensão alimentícia a ser prestada ao filho menor do casal; *quantum* que seria hoje praticamente suficiente apenas para fazer frente à mensalidade escolar da criança.

Ressalte-se que efetivamente o suplicante tem outra fonte de renda (R$ 750,00 mensais), a qual não está sendo considerada para fins do cálculo da pensão, fato que justifica o pensionamento nos moldes pugnados pela requerida.

Nestes termos, parece ao Ministério Público estarem preservados os critérios básicos da fixação da obrigação alimentar - binômio possibilidade/necessidade - considerando-se as peculiaridades do caso.

5 - Conclusão

Ex positis, opina o Ministério Público no sentido de ser decretado o divórcio direto do casal em questão, partilhando-se o bem imóvel, regulamentando-se as visitas do varão e fixando-se a pensão alimentícia do filho menor, nos termos retro sugeridos.

É o parecer, *sub censura*.

Belo Horizonte, 22 de dezembro de 2007”.

> “Processo nº ……
>
> Autor –
>
> Ré –
>
> MM Juiz
>
> Cuida-se de pedido de divórcio indireto aviado por … em face de …, ambos qualificados nos autos. Aduz o suplicante que as partes separaram-se judicialmente perante esse juízo há mais de um ano, cumprindo, pois, o lapso temporal legal exigido para a dissolução do vínculo conjugal.
>
> Todavia, afirma o suplicante que, por ocasião da decretação da separação judicial, não foi efetivada a partilha de fração ideal de um bem imóvel, adquirido por ele, na constância do casamento.
>
> Pretende, pois, seja decretado o divórcio indireto das partes, além de partilhado o bem imóvel descrito às fls. 37/39.
>
> A requerida foi citada por edital (fls. 40/41), tendo sido nomeada curadora especial que ofertou a peça de defesa de fls. 42 e 42/verso.
>
> Impugnação à contestação às fls. 44/45.
>
> Com efeito, o casal requerente separou-se em 23/04/2004, consoante consta da sentença prolatada nos autos em apenso, bem como da certidão de fls. 8, fazendo jus à conversão pretendida.
>
> Do cotejo dos autos, exsurge que o bem imóvel, composto pela fração ideal do apartamento nº do Edifício, situado na Rua, Bairro, foi adquirido pelo varão, por herança, em 10/09/1979 (fls. 12/15).
>
> Logo, tendo as partes se casado em 12 de maio de 1979, por força do disposto no art. 2.039 do Código Civil, o regime de bens obedece ao estatuído nos arts. 262 e seguintes do código precedente. Dessa feita, a quota-parte (13,92742% do bem imóvel descrito às fls. 12/15) deverá ser partilhada entre as partes, na proporção de 50% para cada uma.
>
> Assim, preenchidas que foram as formalidades legais próprias à espécie, com fincas no art. 1.580 do Código Civil, opina o Ministério Público no sentido do acolhimento do pedido de ingresso, decretando-se o divórcio indireto do casal postulante, bem como expedindo-se o formal de partilha.
>
> Belo Horizonte, 06 de junho de 2007”.

Parecer final do Ministério Público – Modificação de guarda – Avós

> “Autos nº ……
>
> Requerente:
>
> Requeridos:
>
> Meritíssimo Juiz:
>
> Trata-se de ação de modificação de guarda do menor requerida por…, todos qualificados na inicial de fls.

02/04.

Aduz o autor que é progenitor do menor, mas que os genitores do menino não possuem condições financeiras para criá-lo e nem para lhe oferecer educação e saúde. Requer lhe seja concedida a guarda do neto, uma vez que também os genitores deste vivem sob sua dependência econômica.

A peça exordial foi instruída pelos documentos de fls. 05/13.

Procedeu-se à emenda da inicial às fls. 20/22, para a retificação do pólo ativo da demanda. Na oportunidade, foram acostados os documentos de fls. 22/29.

Acostados aos autos o relatório do estudo psicológico (fls. 41/43) e o laudo do estudo social (fls. 49/51).

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que em foi deferida a guarda provisória do menor ao avô materno, como se vê do termo de fls. 69. Ato contínuo, procedeu-se à oitiva informal da genitora do menor (fls. 73) e à juntada dos documentos de fls. 74/78 e fls. 81/89.

Este é o relatório. Passo a opinar.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

No que pertine ao mérito, o art. 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la.

Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança. Ainda, a regra constante de seu § 2º fixa que, '*excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados*.'

Nesse sentido, tenha-se o magistério de Arnaldo Rizzardo:

Para atender situações peculiares, o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu § 2º, admite a autônoma concessão da guarda de menor e não somente - como medida incidental em procedimentos de adoção ou tutela -, pois visa, assim, a facilitar e incentivar o acolhimento de menores, - que necessitam de família substituta (**Direito de Família**. v. III, 1994. p. 863.).

Certo é que a guarda caberá à pessoa que demonstrar melhores condições de exercê-la, ou seja, que puder velar para que o menor receba os cuidados necessários para seu adequado desenvolvimento físico, moral, intelectual e social.

No caso *sub judice*, alega o avô materno, ora requerente, que o menor, nascido em 9 de agosto de 2006 (certidão de nascimento de fls. 05), desde o nascimento, vive sob seus cuidados e às suas expensas, posto que seus genitores não possuem condições financeiras nem psicológicas para criá-lo e educá-lo satisfatoriamente.

Com efeito, o avô materno possui situação econômica estável, visto que é assessor parlamentar e aposentado, razão pela qual requereu a legalização da guarda do menor, de vez que já a possui de fato, a fim de que possa beneficiá-lo com a inclusão como dependente para fins previdenciários, prestando-lhe a assistência de que necessitam. Aduz que o menor é portador de doença crônica, o que acarreta a necessidade de tratamento médico periódico e a imprescindibilidade da inclusão daquele como dependente do plano de saúde fornecido pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

Os pais da criança não se opuseram ao pedido, conforme se depreende das declarações de fls. 10/12 e fls. 69. Segundo ministra a jurisprudência mineira:

Sabe-se que a guarda é um meio-termo entre a adoção e a tutela, destinado a regularizar a posse de fato do menor, já que importa em uma situação provisória, devendo ser deferida sempre em melhor benefício do infante. (TJMG – Proc. nº 1.0319.03.014373-3/001(1), rel. Des. Batista Franco, p. 17/12/2004.)

De fato, a jurisprudência majoritária tem rechaçado a possibilidade de deferimento do pedido de guarda, quando a finalidade é exclusivamente para fins previdenciários. Todavia, pelo que se extrai dos autos, na realidade, o pedido de guarda, por parte do avô materno, não tem cunho meramente previdenciário.

Ao contrário, além deste fim, a guarda pleiteada objetiva regularizar a posse de fato que os avós maternos exercem em relação ao menor, porquanto a mãe da criança, cuja guarda se postula, embora seja manicure e resida em habitação diversa da dos pais, também depende do auxílio econômico do requerente.

Demais disso, a genitora do menor em tela é portadora de depressão, apresenta dependência química e passou por tentativas de auto-extermínio, consoante se depreende dos prontuários médicos de fls. 81/89.

No que tange ao pai do menor, que reside em casa própria em companhia de outro núcleo familiar, nunca ofereceu ao filho ajuda necessária para sua sobrevivência. Tampouco o visita, desde que rompera o relacionamento com a genitora, quando o menor era ainda recém-nascido.

O procedimento de guarda, por vezes, visa a regularizar uma situação de fato existente e o bem-estar do menor e a sua segurança econômica e emocional devem ser o norte para a solução do litígio, o que poderá determinar que este fique com outrem, que não os pais, se assim for melhor.

Quanto ao menor D, a prova técnica apurou que:

encontra-se assistido em suas necessidades básicas. Observamos que tanto a genitora como os avós maternos demonstraram-se investidos no acompanhamento e desenvolvimento da criança, dispensando a esta carinho e atenção. Nada foi verificado no sentido de contra-indicar o exercício da guarda da criança pelos avós (laudo do estudo social – fl. 51).

Extreme de dúvidas que, conforme consta no laudo do estudo psicológico,

D apresentou-se bem cuidado, mostrando desenvolvimento cognitivo e motor compatível com a faixa etária em que se encontra. Durante o atendimento, esteve acompanhado da avó materna, Sra. , com quem demonstrou estabelecer positivo vínculo. Sobre a questão processual, evidencia-se que os requerentes têm em comum a preocupação com o futuro e com o bem-estar da criança em tela. (fl. 43).

É cediço que o estado de pobreza dos genitores não é causa suficiente que habilite a alteração da guarda de menor. Assim '*não basta a simples conveniência econômica para se alterar a ordem natural de posse e proteção aos filhos, mas sim que a companhia do genitor que os tem se mostre deletéria à formação física, psíquica ou moral das crianças*' (RT 525/68). Somente circunstâncias que possam comprometer a saúde, a segurança e a formação do filho ensejam a mudança da guarda.

Nesse diapasão, entende-se que há, nos autos, causa bastante a justificar a alteração no estado de guarda do menor em questão, mormente se considerado que a exclusão deste como beneficiário do plano de saúde poderá acarretar-lhe graves problemas (relatório médico de fls. 44). Ainda, há provas de que a mãe do menor não goza de boas condições emocionais para acercar-se dos cuidados que ele demanda e o genitor se nega a lhe prestar a devida assistência moral e material.

Em casos similares ao presente, manifestou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*:

EMENTA: DIREITO CIVIL. GUARDA DE MENOR. AVÓS MATERNOS. REGULAMENTAÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR. PROCEDÊNCIA. É de ser deferido o pedido de guarda formulado pelos avós maternos, com a concordância expressa dos pais do menor, quando o conjunto probatório dos autos demonstra que a criança se encontra na posse de fato dos autores, os quais têm condições de prestar-lhe assistência material, moral

e educacional. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0153.06.051959-9/001, rel. Des. Almeida Melo, Data da publicação 23/08/2007.)

EMENTA: Se a legislação que versa sobre a criança e adolescente tem nítido norteamento protetor, se existe norma que prevê hipótese de guarda diversa daquelas expressamente arroladas no próprio texto, se a assunção dos benefícios previdenciários é de todo o interesse do menor, torna-se possível a inclusão desta hipótese na expressão 'situações peculiares", atendida que resulta dessa exegese a *mens lege*, desde que as circunstâncias do caso o autorizem, para que não resulte desvirtuado o instituto da guarda.' (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 000.242.419-0/000, Rel. Des. Bady Curi, data da publicação 15/03/2002.)

EMENTA: GUARDA DE MENOR - AVÔ - INTERESSE DA CRIANÇA - ACEITAÇÃO PELOS PAIS - SITUAÇÃO DE FATO - REGULARIZAÇÃO - GENITORA - ESTUDANTE - RESIDÊNCIA EM CIDADE DIVERSA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - Inexiste óbice para a legalização e transferência da guarda do menor para o avô, que dela cuida, educa e lhe dá assistência desde o seu nascimento, mantendo-o sob sua posse de fato, para atender situações peculiares, conforme preceitua o art. 33, § 2º, do ECA, considerando-se que o pai do infante não lhe dá qualquer assistência, e a genitora é estudante, só retorna à casa nos finais de semana, e é dependente econômica do requerente da guarda. Rejeitada preliminar, nega-se provimento ao recurso. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.211.218-3/000, Rel. Des. Kildare Carvalho, Data da publicação 27/04/2001.)

Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência da presente ação.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Modificação de guarda

"Autos nº .....

Autor:

Ré:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação modificação de guarda proposta por ... em desfavor de ..., ambos já qualificados nos autos, com esteio nos fatos narrados na exordial de fls. 02/07.

Alega o autor que é pai de ... e ..., menores cuja guarda foi deferida à genitora por ocasião da separação judicial das partes. Todavia, afirma que a genitora das crianças 'passou a manter uma conduta indesejável e desregrada', uma vez que 'deixou de cumprir as determinações judicias no que concerne ao sustento e à educação dos filhos' (fl. 03). Requer, pois, o autor lhe seja conferida a guarda definitiva dos filhos, bem como seja exonerado da obrigação de lhes pagar alimentos.

Para instruir o pedido inicial foram acostados os documentos de fls. 08/67.

A petição inicial foi aditada às fls. 71/76, oportunidade em que o requerente alegou que a genitora dos menores, além de não utilizar a pensão alimentícia para adimplir as mensalidades escolares dos menores, se furta da obrigação de acompanhar o desenvolvimento escolar dos mesmos. Acostou outros documentos às fls. 77/78.

Procedeu-se à emenda à inicial à fl. 81, nos termos do despacho de fl. 80.

Através da r. decisão de fl. 82, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela, concedendo ao autor o direito de efetuar os pagamentos das mensalidades escolares dos menores, diretamente à fonte prestadora dos serviços, com o desconto de tais valores da pensão alimentícia.

Citada (fl. 85), a ré ofertou a contestação de fls. 89/92, acompanhada pelos documentos de fls. 93/120.

Impugnação à contestação às fls. 122/123.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 124/126.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 131/133.

Audiência realizada em 08/11/2007, frustrada a tentativa de conciliação das partes, segundo termo de fl. 160. Foram colhidos os depoimentos pessoais das partes (fls. 159/160) e procedeu-se à oitiva dos menores (fls. 161/162).

O autor apresentou alegações finais escritas às fls. 165/167.

Este é o breve relato dos fatos.

As partes são legítimas e estão bem representadas.

Não há nulidades a serem sanadas.

Do cotejo dos autos exsurge que os menores, atualmente com doze e dez anos de idade, respectivamente, permanecem desde a separação judicial dos pais sob a guarda materna. Todavia, pretende o autor, genitor dos menores, que a guarda dos mesmos lhe seja deferida, sob o argumento de que a ré não administra os recursos pagos a título de pensão alimentícia em benefício dos filhos. Aduz, ainda, que os menores manifestaram expresso desejo de residirem juntamente com o pai e a madrasta.

Noutro giro, afirma a genitora dos menores que foi vítima de crime de extorsão, razão pela qual não pode adimplir, regularmente, as suas obrigações financeiras relativas ao ano de 2005. No entanto, tal situação já foi contornada . Quanto às suas obrigações como mãe, afirmou que jamais deixou de zelar pela educação dos filhos, tanto assim que o rendimento escolar deles sempre foi excelente. Pugnou pela total improcedência da ação.

O art. 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la.

Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança.

Assim, a guarda caberá ao genitor que demonstrar melhores condições de exercê-la, ou seja, que puder velar para que os menores recebam os cuidados necessários para seu adequado desenvolvimento físico, moral, intelectual e social.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o estudo social realizado apurou que:

no que tange aos questionamentos do Sr., quanto à administração da pensão, constatamos junto ao educandário que as mensalidades escolares do ano de 2005 foram quitadas e as do corrente ano vêm sendo pagas. Ademais, percebemos que as despesas com o lar e com as crianças são compatíveis com a receita da pensão repassada pelo requerente (fls. 133).

Importante enfatizar que o estudo técnico aferiu que '*os menores demonstram manter uma saudável convivência e estreito vínculo afetivo com a mãe. Mostram-se, ainda, satisfeitos com os cuidados cotidianos que recebem na companhia materna*' (fls. 133). Concluiu, portanto, a assistente signatária do

laudo que '*depreendeu-se que a Sra. vem atendendo as demandas dos filhos com adequação, não sendo observados, no momento, fatores impeditivos para que ela continue exercendo a função da guarda perante*' (fls. 133).

Convém assinalar que só se justifica a alteração da guarda, para a preservação do interesse/direito do menor, e quando demonstrada a ausência de condições do guardião, de tal forma que a situação e condição do menor seria tão melhorada a ponto de justificar a necessidade da transferência.

A melhor doutrina e a atual jurisprudência específicas, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio. »Nesse tocante:

AÇÃO ORDINÁRIA DE GUARDA DE MENOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS PARA A MODIFICAÇÃO DA GUARDA PELOS PAIS INDEMONSTRADAS - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO PERICULAR LEGAL PARA A MODIFICAÇÃO - IMPROCÊDENCIA DO PEDIDO. Não há o alegado cerceamento de defesa se a parte não requereu, na inicial, a produção de qualquer prova. Não resultando demonstradas circunstâncias para a modificação da guarda do menor pelos pais e nem mesmo situação peculiar legal para tal modificação, o pedido seria mesmo de ser julgado improcedente. Improvimento do recurso que se impõe. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.299423-4/000, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, p. 21/08/2003.)

Deflui da oitiva do menor, consignada às fls. 161, a afirmação de que '*se ele pudesse escolher, preferiria ficar com o pai porque tem mais lazer*'. Também o menor aduziu que '*que gosta tanto do pai quanto da mãe, mas gostaria de ficar na casa do pai porque lá tem alimentação melhor e lazer melhor*' *(fls. 162). Alegou, ainda, que* '*gosta mais de ficar na casa do pai, que na casa do pai ele pode dormir mais tarde e que na casa da mãe ele tem que dormir às nove horas*' (fls. 162).

Parece nítido que a imaturidade das crianças em tela obsta que elas optem pelo guardião, até porque a escolha manifestada em audiência baseia-se em critérios relativos ao lazer e à maior liberdade experimentada na casa paterna. Em caso similar, manifestou-se, brilhantemente a i. desembargadora Vanessa Verdolim, *in verbis*:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - GUARDA DOS FILHOS - MODIFICAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS SÉRIOS - MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO EXISTENTE. Estando a filha na companhia da mãe e o filho na companhia do pai desde a separação de fato e não havendo desídia da mãe para a criação da filha, que se mostra bem situada psíquica, social e familiarmente, *não há que se modificar a guarda anteriormente pactuada apenas porque o pai assim o deseja, mormente se os graves fatos alegados na inicial como causa de pedir não restaram comprovados. Deve-se levar em conta que o pai, ao realizar todas as vontades da filha menor, que se encontra em companhia e sob a guarda da mãe, não lhe impondo regras, apenas lhe propiciando lazer nos encontros esporádicos, não a educa para a vida, que impõe sempre limites. Não se pode concluir, apenas por essa circunstância, que a modificação da guarda seja a melhor opção para a criança, apenas porque esta assim timidamente manifesta, sem contudo demonstrar insatisfação por estar na companhia da mãe. Situação de fato que se recomenda manter, em face de inexistência de motivos graves que recomendem a modificação*, que não pode ficar apenas ao puro arbítrio do pai. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0407.04.006731-3/002, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson de Andrade, Data da publicação 24/10/2007.)

Isto posto, o Ministério Público opina pela improcedência da presente ação.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Guarda paterna

"Autos nº: ……

Autor:

Ré:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação de guarda proposta por … em desfavor de …, com esteio nos fatos narrados na exordial de fls. 03/04.

Alega o autor que é pai de …, menor que, desde fevereiro de 2006, reside em sua companhia, uma vez que 'não estava sendo devidamente cuidado pela requerida' (fls. 03).

Pretende, pois, o autor lhe seja conferida a guarda definitiva do filho, para a regularização de situação de fato já existente há mais de dois anos.

Para instruir o pedido inicial foram acostados os documentos de fls. 05/23.

A competência para processar e julgar o presente feito foi declinada para a Vara de Família (fl. 31).

O pedido de concessão da guarda provisório do menor ao autor foi deferido à fl. 34.

Citada (fl. 43), a ré ofertou a contestação de fls. 46/49, acompanhada pelos documentos de fls. 50/93. No mérito, aduziu que 'um pai que abandona a sua esposa e aos próprios filhos a própria sorte" não poderá ser um bom guardião. Afirmou que 'sempre demonstrou aptidão para manter os filhos em sua companhia' e que mesmo sem a presença do requerente, 'a duras penas manteve bem estar e um ambiente familiar tranqüilo' (fl. 48). Pugnou pela improcedência da ação.

Impugnação à contestação à fl. 95.

O relatório do estudo social foi encartado às fls. 102/103.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 29/01/2008, ausente a parte ré, procedeu-se à oitiva do menor, consoante termos de fls. 110/111.

A parte autora apresentou suas alegações finais escritas à fl. 115.

Este é o breve relato dos fatos.

Do cotejo dos autos exsurge que o menor, nascido em 28 de fevereiro de 1992 (certidão de nascimento de fl. 07), após a separação dos genitores, passou a residir na companhia materna. Todavia, diante do fato de que não freqüentava as aulas da instituição de ensino em que estava matriculado e apresentava-se apático e triste (relatório escolar – fl. 22), foi encaminhado ao Conselho Tutelar. Naquele conselho, na data de 08/02/2006, o menor foi entregue ao pai, ora requerente (termo de entrega e responsabilidade – fl. 09).

É certo que desde o início do ano de 2006, o adolescente passou a viver continuamente na casa paterna e o genitor exerce a guarda provisória de … desde janeiro de 2007 (termo de compromisso – fl. 36).

Noutro giro, discorda a requerida da transferência da guarda do filho ao autor, aduzindo que 'um pai que abandona a sua esposa e aos próprios filhos a própria sorte' não poderá ser um bom guardião. Afirmou, ainda, que 'sempre demonstrou aptidão para manter os filhos em sua companhia' e que mesmo sem a presença do requerente, 'a duras penas manteve bem estar e um ambiente familiar tranqüilo' (fl. 48). Porém, não cuidou de produzir quaisquer provas acerca do alegado, restringindo-se a acostar aos autos

cópia da ação de separação judicial das partes.

Saliente-se que, o Comissário da Infância e Juventude apurou que o menor, quando vivia na companhia da mãe, encontrava-se 'sem condições psicológicas de dar prosseguimento a sua vida escolar' e com a saúde abalada 'porque, além de obeso, sofria de rinite alérgica e sinusite' (fl. 26).

Verificou-se, ainda, que após a transferência do adolescente para a casa paterna, ele passou a freqüentar as aulas na E. E. .... A Sra..., tia materna do menor, ouvida pelo Conselho Tutelar, afirmou que “acredita que a irmã não tenha condições de cuidar do filho como deveria e que o Sr. tem demonstrado interesse e plena capacidade de fazê-lo' (fl. 27).

No que toca à convivência do menor com a família paterna, o relatório do estudo social consignou que:

K estuda a 6ª série do ensino fundamental na Escola Estadual .... O adolescente informou que prefere residir com o pai, pois o mesmo lhe oferece melhores condições de moradia e afeto, além de se preocupar com a sua educação. K demonstrou estar adaptado ao ambiente familiar paterno e se sentir bem residindo em companhia do requerente (fl. 103).

Ouvido em juízo, o adolescente corroborou as informações prestadas por ocasião da realização do estudo técnico, ou seja, reafirmou o desejo de permanecer sob a guarda do pai (termo de depoimento de fl. 111).

Quanto à genitora da menor, embora tenha ofertado contestação e demonstrado interesse em exercer o múnus de guardiã do filho, apurou-se que ela reside na comarca de ..., em local distante da escola da menor, da casa paterna e do ambiente de referência dele.

Convém assinalar que só se justifica a alteração da guarda, para a preservação do interesse/direito do menor, e quando demonstrada a ausência de condições do guardião, de tal forma que a situação e condição do menor seria tão melhorada a ponto de justificar a necessidade da transferência. A melhor doutrina e a atual jurisprudência específicas, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio. Nesse tocante:

AÇÃO ORDINÁRIA DE GUARDA DE MENOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS PARA A MODIFICAÇÃO DA GUARDA PELOS PAIS INDEMONSTRADAS - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO PERICULAR LEGAL PARA A MODIFICAÇÃO - IMPROCÊDENCIA DO PEDIDO. Não há o alegado cerceamento de defesa se a parte não requereu, na inicial, a produção de qualquer prova. Não resultando demonstradas circunstâncias para a modificação da guarda do menor pelos pais e nem mesmo situação peculiar legal para tal modificação, o pedido seria mesmo de ser julgado improcedente. Improvimento do recurso que se impõe. (TJMG – APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0000.00.299423-4/000, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, p. 21/08/2003.)

Ora, emanam do já mencionado estudo social elementos circunstanciais convincentes da conveniência do menor permanecer em companhia do autor, consolidando-se, assim, uma situação fática já existente.

Por derradeiro, nos termos do art. 35 do ECA, a guarda sempre é deferida a título precário, ou seja, poderá ser revista mediante pedido de modificação, inclusive reconquistada pela mãe, desde que haja mudança das condições que constituíram a razão de decidir.

Isto posto, o Ministério Público opina pela concessão da guarda do menor ao autor.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2008”.

Parecer final do Ministério Público – Investigação de Maternidade c/c Anulação de Adoção

"Autos nº .....

Autoras:

Réus :

MM. Juiz de Direito:

Trata-se de ação de investigação de maternidade c/c anulação de adoção proposta por e em face de ... e ..., representada por sua curadora, todas já qualificadas nos autos.

As autoras aduzem que são filhas biológicas de No entanto, após o falecimento precoce do genitor, e diante das dificuldades econômicas pelas quais passava a família, a tia materna achou por bem adotar as sobrinhas, com o intuito de ampará-las economicamente.

Alegam as requerente que a adoção implica em ato jurídico simulado, já que elas mantiveram-se vinculadas à mãe biológica, com ela residindo até o casamento. Afirmam que a existência de duas certidões de nascimento e mais uma escritura pública de adoção causa-lhes transtornos, inclusive acusações de falsidade ideológica.

Pretendem, pois, o restabelecimento do status quo ante, com a anulação da adoção e reconhecimento da origem biológica nos assentos de nascimento.

A peça exordial de fls.02/10 foi instruída pelos documentos de fls. 11/34.

Audiência de conciliação realizada em 12/04/2007, à fl. 48, oportunidade em que as rés não se opuseram ao deferimento dos pedidos iniciais.

Citação das rés às fls. 45 e 47.

O prazo para apresentação de defesa transcorreu in albis, como certificado à fl. 53.

Laudo do exame de DNA às fls. 58/60 e fls. 70/72.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 11/12/2007, à fl. 85, oportunidade em que a ré prestou depoimento pessoal (fls. 86/87) e procedeu-se à inquirição de uma testemunha (fl. 88). Foi determinada a expedição de ofício ao 3º Subdistrito de Registro Civil, para o fornecimento dos originais das certidões de nascimento das autoras.

Certidões de nascimento das autoras acostadas às fls. 93, 96/7.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na petição inicial, pretendem as requerentes a anulação da escritura pública através da qual foram adotadas pela tia materna, ora ré,. Para tanto, aduzem que a adoção, registrada em 15 de setembro de 1975, encontra-se eivada de vício, pois '*não objetivava alcançar a finalidade precípua do instituto, qual seja a de constituir-se uma família, na relação mãe e filho adotivo*' (fl. 03). Prosseguem, ao asseverar que '*a bem da verdade, as requerentes sempre viveram sob o mesmo teto da mãe biológica e sempre mantiveram com a mesma uma situação de fato criadora de vínculos, não só legais, mas afetivos e morais*' (fl. 04).

Requereram, pois, as autoras a declaração da nulidade da adoção, porquanto resultaria em um 'ato simulado', 'já que a real intenção da adotante não fora a de adotar as requerentes para substituir a mãe,

e, sim, para satisfazer as necessidades financeiras porque passavam' (fl. 04).

Reza o § 1º do art. 167 do Código Civil que:

Art. 167. [...]

§ 1º haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Com efeito, sobre o tema Clóvis Beviláqua ensina que:

Há simulação, quando o ato existe apenas aparentemente, sob a forma, em que o agente o faz entrar nas relações da vida. É um ato fictício, que encobre e disfarça uma declaração real de vontade, ou que simula a existência de uma declaração que não se fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (**Teoria Geral do Direito Civil**, § 54, p. 209.).

Assim, resta claro que a tia materna, ao adotar as requerentes, pretendia ampará-las, ainda que financeiramente, como se fossem suas filhas. Portanto, a declaração de vontade firmada na escritura pública não era fictícia, tampouco visava à produção de efeitos diversos do ostensivamente indicado.

Outrossim, não há nenhuma prova consistente nos autos no sentido de que a ré não pretendia, efetivamente, substituir a figura materna em relação às adotadas. A prova oral, imprescindível para a prova dos vícios de consentimento, nada esclareceu acerca das reais intenções da adotante.

Demais disso, ainda que tivesse sido provado que a adotante não pretendia substituir a mãe das autoras, mas tão-só suprir as necessidades financeiras das então menores, não haveria simulação. O vício que estaria a inquinar a declaração de vontade seria o erro, consoante reiterado entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros.

A esse propósito, veja-se:

ADOÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE ESCRITURA. TENDO-SE ORIGINADO A ADOÇÃO DAS MENORES, DE ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO, TANTO QUE AS MENORES NUNCA FICARAM EXCLUÍDAS DO PÁTRIO PODER DOS PAIS NATURAIS, E DE SER ADMITIDA A ANULAÇÃO DA ADOÇÃO, POR ERRO. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 21/03/1990.)

ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO 1. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. 2. ADOÇÃO. - REVOGAÇÃO. QUANDO CABE. - ANULAÇÃO. ERRO SUBSTANCIAL. - FINS PREVIDENCIÁRIOS. DESVIO DE FINALIDADE. 3. ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO. ANULAÇÃO. ERRO SUBSTANCIAL. (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 21/03/1990.)

ADOCAO. DESCONSTITUICAO DE ESCRITURA. TENDO-SE ORIGINADO A ADOCAO DAS MENORES, DE ERRO SUBSTANCIAL SOBRE AS CONSEQUENCIAS DO ATO, TANTO QUE AS MENORES NUNCA FICARAM EXCLUIDAS DO PATRIO PODER DOS PAIS NATURAIS, E DE SER ADMITIDA A ANULACAO DA ADOCAO, POR ERRO. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 588043026, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gervásio Barcellos, Julgado em 31/05/1989.)

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela improcedência total da presente ação.

> É o parecer.
>
> Belo Horizonte, 15 de abril de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Investigação de paternidade c/c alimentos

> "Processo nº .....
>
> Autor –
>
> Réu –
>
> Parecer Final do Ministério Público
>
> MM. Juiz
>
> 1. Histórico da ação
>
> Cuidam os autos de ação de investigação de paternidade c/c alimentos proposta por ..., menor impúbere, devidamente representado por sua mãe, em desfavor de .... Aduz o requerente ser filho do suplicado, posto seu nascimento, em 29 de março de 2000, seja decorrente do relacionamento amoroso havido entre sua genitora e o Sr.... . Sustenta, ainda, que o requerido negou-se a registrá-lo, assim como nunca lhe prestou assistência material. Assevera, mais o suplicante, que sua mãe, que é faxineira, tem enfrentado dificuldades para conseguir mantê-lo, já que assume sozinha todas as despesas necessárias ao seu sustento. Ultima o pleito pugnando seja o réu compelido a reconhecer a paternidade, bem como ao pensionamento no patamar de um salário mínimo mensal.
>
> A inicial se fez acompanhar dos documentos de fls. 06/11.
>
> Designada audiência de conciliação, não foi possível a composição da lide, amigavelmente, em razão da ausência injustificada da parte ré (fls.16).
>
> Regularmente citado (fl. 13), o réu ofertou a contestação de fls. 17/19, rechaçando a pretensão do autor, sustentando que não manteve relações sexuais com a genitora do menor. Sustentou não ter a mínima condição financeira de assumir encargo alimentício nos moldes pleiteados na proemial, pugnando pela fixação dos alimentos, caso provada a paternidade, em 10% do salário mínimo. A contestação foi impugnada às fls. 23/26.
>
> Atermada nova audiência, oportunidade em que as partes acordaram em relação à realização de perícia por análise de DNA (fl. 29).
>
> Devidamente intimadas as partes, consoante certidão de fl.32/v., restou frustrada a realização do exame de DNA, porquanto ausente o investigado (fl. 36).
>
> Na fase instrutória realizou-se a audiência, cujo termo encontra-se às fls. 48, procedendo-se à inquirição de duas testemunhas (fls. 49/50). A parte autora aduziu suas alegações finais orais.
>
> Em resenha, o que consta dos autos sob julgamento. Passo a opinar.
>
> 2. Mérito da causa
>
> De início, a análise detida dos autos revela que foi marcado exame de DNA, para o qual o réu restou devidamente intimado, como se vê à fl. 32/verso. Todavia, apesar da intimação, o suplicado esquivou-se

da realização da prova pericial.

Ora, nesse tocante, entende o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que:

No que se refere ao prejuízo em face da intimação, frise-se que o fato do Recorrente ter sido intimado da coleta de material genético para a realização do exame de DNA, apenas na noite anterior ao dia marcado, por si só não demonstra cerceamento de defesa do Apelado. Principalmente porquanto o mesmo não compareceu ao laboratório, e quedou-se inerte sem oferecer qualquer justificativa nos autos, apenas afirmando agora, tardiamente, em sede recursal, que '...já estava de viagem marcada para a capital mineira', sem, todavia, que tal informação esteja acompanhada de qualquer indício de prova, nem mesmo a motivação da aludida viagem... Pelo exposto, deixo de acolher a preliminar suscitada. Passo ao exame do mérito. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0701.96.007564-9/001, rel. Des. Jarbas Ladeira, p. 12/03/2004.)

No caso dos autos, verifica-se que o réu, além de esquivar-se da realização da prova pericial, quedou-se inerte sem oferecer qualquer justificativa. Nítida, pois, a recusa do suplicado em submeter-se ao exame de DNA.

Com efeito, aplicável ao caso tanto o art. 231 do Código Civil, quanto o art. 232 do mesmo diploma legal. Saliente-se brilhante entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

O art. 231 traz disposição inovadora que, no entanto, já vinha sendo aplicada por força de entendimento jurisprudencial. Dispõe o referido artigo que 'aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar- se de sua recusa'. O art. 232 complementa a regra referida, ao dispor que 'a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame'. O alvo dos referidos dispositivos é claramente as ações de investigação de paternidade, nas quais não raro se negam os supostos pais a se submeterem ao exame de DNA. Não se trata, no entanto, da criação de uma presunção legal absoluta. Segundo refere HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o que se autoriza no art. 232 é '*o uso da circunstância de ter a parte se recusado ao exame pericial médico como uma presunção, cuja valoração não deve se dar à luz isoladamente da própria recusa, mas em cotejo com o quadro geral dos elementos de convicção disponíveis no processo*'. Se nada mais se produziu como prova direta ou indireta do alegado na inicial, não será razoável nem aconselhável uma sentença de procedência da demanda fundada exclusivamente no gesto processual do réu.

Entendemos que se aplica imediatamente o dispositivo aos processos em curso, desde que ainda não tenha sido proferida a sentença. Trata-se, como visto, de regra que estabelece presunção (embora não absoluta), e tal presunção se dará no momento processual da sentença, em que o juiz apresentará as razões do seu convencimento. (**Ensaio acerca do impacto do Novo Código de Civil**. Disponível na Internet, em: www.mp.sp.gov.br/caocivil/Código). (TJMG – Apelação Cível nº 1.0701.96.007564-9/001, rel. Des. Jarbas Ladeira, p. 12/03/2004.)

Vigora, portanto, a presunção de paternidade do requerido em relação ao autor, já que aquele, mesmo advertido, não cuidou de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ora pleiteado, conforme determina o art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA - AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS – POSSIBLIDADE – DIREITO DA PARTE - RECUSA À REALIZAÇÃO DO EXAME - PRESUNÇÃO RELATIVA DE PATERNIDADE - ENTENDIMENTO SUMULADO PELO STJ, AUTORIZADO PELO ART. 232 DO NOVO C. CIVIL. 'Não é inepta a petição inicial onde é feita descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedido, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa' (STJ -REsp 343.592/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). O STJ cristalizou em Súmula o entendimento de que a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção de que o resultado, se fosse realizado o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai, a quem compete a prova em contrário (ver art. 232 do CCivil). (TJMG – Proc. nº 1.0024.05.629349-1, Rel. Des. Wander Marotta, j. 13/09/2005, p. 04/10/2005.)

Nítido, pois, que ao suplicado incumbia a prova de que não manteve relações sexuais com a genitora do menor, de que a concepção do menor ocorreu em período diverso daquele em que se relacionou com a genitora do mesmo, ou, ainda, da pluralidade de relacionamento concomitantes da mãe do autor. Ao contrário, limitou-se a afirmar 'não namorou e nem teve qualquer relacionamento durante oito meses com a mãe do suplicante' (fl.17).

Ao contrário, do cotejo da prova testemunhal produzida depreende-se que o réu '*manteve relacionamento amoroso com M.*', *que* '*o relacionamento ocorreu no início do ano de 1999*' e '*durou um ano*'. Além disso, a testemunha asseverou que '*a gravidez da representante legal do autor ocorreu no curso do namoro*' e que o próprio réu falou ao namorado da depoente que era '*o pai do autor*'. Demais disso, as duas testemunhas foram uníssonas, ao afirmarem que a genitora do autor e o requerido mantiveram um relacionamento amoroso em 1999 – termos de depoimentos de fls. 49/50.

Nítido, pois, que associada à presunção de paternidade exsurge a prova de que, à época da concepção do autor, sua mãe mantinha um relacionamento amoroso exclusivo com o réu.

Por último, importante destacar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já declarou que o exame de DNA não é prova absoluta. No entanto, se os fatos narrados na exordial são confirmados pela prova testemunhal, o pedido deve ser julgado procedente. *In verbis*:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA – DESNECESSIDADE – PROVAS CONTUNDENTES. - Na ação de investigação de paternidade, se há confissão do investigado de que manteve relações sexuais com a mãe do investigante e se as declarações prestadas pelas testemunhas confirmam o relacionamento amoroso havido entre o investigado e a mãe do investigante, à época da concepção do menor, o pedido deve ser julgado procedente, não havendo necessidade de se realizar exame de DNA, mormente quando os réus se desinteressaram por esse exame. - Recurso desprovido.(TJMG – Proc. nº 1.0084.04.911.577-1, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 22/02/2005, p. 11/03/2005.)

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DO EXAME DE DNA. PROVA TESTEMUNHAL. DEMONSTRAÇÃO SUFICIENTE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. I - Em termos gerais, o exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto; mas útil ao descobrimento da verdade. Se por um lado não se deva apoiar o não-comparecimento do investigante ao exame de DNA, a fim de se propiciarem esclarecimentos científicos quanto às questões relativas à alegada paternidade, por outro lado, é inegável que ele não está obrigado a submeter-se a tal análise, ante as garantias individuais constitucionais. II - A jurisprudência pátria admite o reconhecimento da paternidade, ainda que não se realize o exame de DNA, quando existem elementos probatórios que bastem à formação do convencimento do juiz. Por isto, a sentença deve ser confirmada quando o exame de DNA demonstra-se desnecessário porque restou incontroverso que a mãe da investigante manteve exclusivo relacionamento sexual com o investigado ao tempo da concepção (TJMG – Proc. nº 1.0514.01.001.759-8/001, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 08/06/2004, p. 25/06/2004.).

Assim, restou demonstrada a relação de parentesco, que gera o dever de sustento, inerente ao exercício do poder familiar. Além disso, a menoridade do autor — a qual faz presumir a necessidade aos alimentos pleiteados —, torna certa a obrigação alimentar.

Resta, tão-só, analisar-se a capacidade contributiva do réu, para que a pensão alimentícia seja fixada com observância do binômio necessidade/possibilidade, insculpido no § 1º do art. 1.694 do Código Civil.

O autor alegou que o requerido exerce a função de servente da construção civil, com renda mensal de R$ 500,00, e que possui, assim, capacidade contributiva de suportar o encargo de pensioná-lo com valor correspondente a um salário mínimo por mês.

O réu, a seu turno, afirmou que está desempregado e 'vive de bicos' dos quais 'extrai rendimento de R$ 40,00 semanais' (fl. 17). Dessa feita, não teria condições de prestar os alimentos no valor reivindicado pelo autor, ofertando alimentos no importe de 10% do salário mínimo.

> É firme a jurisprudência no sentido de que o desemprego, sem que haja outros obstáculos para o alimentante conseguir serviço lícito, não é justificativa bastante para afastar a obrigação alimentar. Demais disso, 'a pessoa que goza de boa saúde não pode alegar falta de serviço, quando lhe for possível dedicar-se a atividade diversa da que tinha, desde que compensadora' (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0702.02.024958-8/001(1), Rel. Des. Célio César Paduani, p.02/09/2005.).
>
> Do cotejo dos autos exsurge que o valor da última remuneração, percebida pelo réu, consoante ele próprio alegou, alcançou o importe de R$ 360,00. Todavia, aduz que *vive da ajuda de sua companheira*, já que o rendimento que aufere é *totalmente absorvido* com as suas despesas pessoais.
>
> Embora não haja nenhuma prova acerca das alegações do requerido, também o autor não logrou êxito em demonstrar, efetivamente, os reais ganhos do réu. Por conseguinte, a fixação da verba alimentar deve pautar-se pela realidade fática, segundo a qual, *in casu*, o devedor aufere menos do que um salário mínimo por mês.
>
> A obrigação alimentar deve amoldar-se ao trinômio que a justifica (necessidade, capacidade e proporcionalidade), mormente por competir aos pais a assistência, sustento, guarda, criação e educação dos filhos menores - necessidade presumida - corolário sócio-jurídico do poder familiar. Conforme já salientado, a precariedade da situação econômico-financeira do alimentante não se mostra hábil a eximi-lo dessa obrigação legal, porquanto se apresenta módico e razoável o *quantum* ofertado pelo réu, a título de alimentos.
>
> Sobre o tema, vale transcrever acórdão do Tribunal Mineiro:
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS – ALEGAÇÃO DE DESEMPREGO – INSUFICIÊNCIA – DIREITO DO MENOR – BINÔMIO-LEGAL ATENDIDO – MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO – RECURSO IMPROVIDO. 1. A alegação de desemprego não exime o pai do dever de pensionar o filho menor, máxime quando se cogita que o próprio alimentante sinalizou a possibilidade de arcar com o pagamento de determinado valor, tendo a sentença fixado quantia bastante aproximada desse quantum. 2. Atendido o binômio legal, nega-se provimento ao recurso. (AC nº 1.0079.02.008602-5/001, 4.ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Silas Vieira, j. 23/02/2005.)
>
> Assim, parece ao Ministério Público razoável a fixação da pensão no patamar de 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo.
>
> 3. Conclusão
>
> *Ex positis*, opina o Ministério Público no sentido do acolhimento parcial do pedido inaugural, a fim de que seja reconhecida a paternidade do autor sobre o menor, para que seja a pensão alimentícia fixada em valor correspondente a 50% do salário mínimo.
>
> É o parecer, *sub censura*.
>
> Belo Horizonte, 31 de outubro de 2007".

Parecer Final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Improcedência

> "Autos nº .....
>
> Requerente:
>
> Requerido:

Meritíssimo Juiz,

Trata-se de ação revisional de alimentos ajuizada por ..., menor devidamente representada por ... em desfavor de ..., todos já qualificados. Argumenta que, em virtude do crescimento adveio aumento de novas despesas, em razão disso, pretende a majoração dos alimentos para o importe de um do salário mínimo.

A peça exordial de fls. 05/04 foi instruída pelos documentos de fls. 05/10.

A audiência de conciliação restou infrutífera, ante à intransigência das partes, como se vê do termo de fl. 14.

Regularmente citado, o réu ofertou a contestação de fls. 15/16. Na oportunidade, juntou os documentos de fls. 17/19.

O autor apresentou impugnação à resposta, às fls. 21/22.

O Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito, à fl. 23.

Com o despacho de fl. 25, o MM. Juiz encerrou a fase instrutória.

A seguir vieram-me os autos.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e condições da ação.

Quanto ao mérito, estabelece o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.699, que, '*se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.*' (grifo nosso).

Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que:

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando 'sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe', [...] não se pode alterar o quantum arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...](**Dos Alimentos** – p. 982).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Primeiramente, verifica-se que a pensão alimentícia foi fixada, inicialmente, por sentença prolatada, por ocasião da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, no patamar de 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo (fl. 05).

Na hipótese em tela, verifica-se que pretende a autora seja majorados o valor da pensão alimentícia, sob o fundamento de aumento de seus gastos com alimentação, saúde, vestuário e educação. Assevera ainda, que sua genitora está desempregada e passa por dificuldades financeiras, o que a impossibilita de arcar com as suas despesas mensais.

Lado outro, resiste o réu, alegando o decréscimo de sua capacidade econômica, em virtude de estar desempregado.

No presente caso, o pedido formulado pela autora fundamenta-se na circunstância de que ficou desempregada e com o crescimento da beneficiária, houve inequívoca majoração de seus gastos. Todavia, a autora não traz aos autos quaisquer indícios de capacidade do réu para esse *quantum*, cingindo-se sua

argumentação a simples assertivas desprovidas de sustentação fática (fls. 05/09).

Assim, a autora não se desincumbiu do *onus probandi* que lhe competia, atinente a suposta mudança na situação financeira, para melhor, do réu a contento do ônus da prova que lhe é atribuído pelo art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não restando demonstrado nos autos o fato constitutivo do direito pleiteado.

Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, Guiseppe.**Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. p. 451. v. 2.), ao discorrer sobre o ônus da prova e os fatos constitutivos e impeditivos, leciona que:

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhe é natural.

Já Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** [s.l.]: Lejus, 1999. p. 540/542.), ao enfocar o ônus da prova, pondera, *in verbis*:

Raro será, mas é, no entanto, sempre possível o caso de, excluída a presença do fato a avaliar, não haver também quaisquer provas. Dentro do possível, o direito procura obtemperar a essa eventualidade por meio do que chamei disponibilidade das provas, e a obrigação de prova testemunhal constitui uma dessas típicas situações jurídicas que se relacionam com tal instituto. Mas tal meio não pode ir além de certos limites, pelo que a falta de prova de um fato não é uma hipótese meramente teórica mas um dado da realidade.

Lado outro, o réu carreou aos autos prova de que sua situação financeira mudou para pior quando da fixação da pensão alimentícia, conforme se constata no documento de fls. 17/18.

Dessa forma, diante da ausência de provas do alegado, bem como da situação do réu, ora apresentada, deve-se manter o valor da obrigação alimentar já fixada.

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela improcedência da presente ação, para que seja mantida a verba alimentar fixada.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2007”.

Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Procedência parcial da ação I

“Autos nº .....

Autora:

Réu:

Meritíssimo Juiz,

Cuida-se de ação revisional de alimentos ajuizada por ..., menor representada por sua mãe, em face de ..., todos já qualificados nos autos.

Alega a autora que houve alteração do binômio necessidade-possibilidade, consubstanciada na majoração das suas necessidades, já que foi matriculada em instituição particular de ensino, bem como na redução da fortuna de sua genitora que foi exonerada do cargo público que ocupava. Requereu o aumento da pensão alimentícia para o importe de 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos do réu.

A peça exordial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/17.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido às fls. 18 e 18/verso, majorando-se a pensão alimentícia para o importe de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu.

Citado (fl. 21), o réu apresentou a contestação de fls. 24/28, acompanhada pelos documentos de fls. 29/35.

Impugnação à contestação às fls. 39/43. Na oportunidade, a autora acostou os documentos de fls. 45/254.

A audiência de conciliação restou infrutífera, diante da intransigência das partes, segundo termo de fl. 266.

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que restou inviabilizada a tentativa de celebração de acordo, consoante termo de fl. 474. Procedeu-se à inquirição de duas testemunhas.

A autora apresentou suas alegações finais às fls. 478/486 e o réu, às fls. 491/494.

Este é o breve relato dos fatos.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na hipótese em tela, verifica-se que pretende a autora seja majorado o valor de sua pensão alimentícia, sob o fundamento de que houve o aumento de suas necessidades, em razão da idade e, sobretudo, da elevação das despesas concernentes à mensalidade escolar e à aquisição de material escolar.

Lado outro, resiste o réu, ao alegar que arca com o pagamento de alimentos mensais em valor superior a um salário mínimo, além das despesas concernentes a consultas médicas e à aquisição de medicamentos, já que a autora é sua dependente junto ao IPSEMG. Assevera que a majoração das necessidades da alimentada não restou claramente demonstrada e que a genitora daquela pretende matriculá-la em instituições de ensino muito caras, incompatíveis com o padrão de vida que ele pode lhe proporcionar.

Afirmou, ainda, que é responsável pelo sustento de outra filha menor, além de arcar com o pagamento das despesas de seu novo lar.

É cediço que a revisão do valor dos alimentos só pode prosperar quando houver alteração no binômio necessidade/possibilidade. Estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.699, que, 'se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.'

Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que:

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando ‘sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe’, [...] não se pode alterar o quantum arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...](**Dos Alimentos**. p. 982.).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Inicialmente, verifica-se, que à época da fixação da obrigação alimentar, por ocasião da separação judicial dos genitores da menor, o réu responsabilizou-se pelo pagamento de alimentos no montante de 20% (vinte por cento) sob seus rendimentos líquidos, mais as despesas de assistência médica, odontológica e farmacêutica – fls. 22/226, dos autos nº 002401 591503-6.

No presente caso, o pedido formulado pela autora fundamenta-se na circunstância de que, quando fixado o importe da prestação alimentícia, da qual é beneficiária, possuía tenra idade, ou seja, apenas um ano. Todavia, com o passar do tempo, aos seis anos de idade e inserida em instituição particular de ensino (fls. 361/362), houve inequívoca majoração de seus gastos.

Ora, é inequívoca a circunstância de que os gastos de uma criança de tenra idade são bem menores do que os de um infante, o que aliás restou fartamente demonstrado nos autos, devendo o pai compreender e participar de tal situação.

No entanto, verifica-se também o aumento das despesas do demandado que formou nova família (fl. 33), inclusive com o nascimento de mais uma filha menor (fl. 34). Consoante fixa a mais moderna orientação jurisprudencial, proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ALIMENTOS. REVISÃO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA FAMÍLIA. PROLE SUPERVENIENTE. 1 - A constituição de nova família, com a superveniência de prole, é fato juridicamente relevante a justificar o pleito revisional, pois não se pode privilegiar um filho em detrimento de outro. 2 - Apelo improvido. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.06.086380-0/001, Rel. Des. Nilson Reis, Data da publicação 9/10/2007.)

Outrossim, embota a constituição de nova família e nova prole seja um fato jurídico relevante, por si só, não desautoriza a majoração dos alimentos. Portanto, não demonstrada a alteração da capacidade financeira do alimentante, há que se acolher o pleito revisional.

Assim, do cotejo probatório produzido nos autos pode-se inferir que, nada obstante tenha constituído nova família, houve a majoração dos rendimentos mensais do réu, os quais somavam R$ 2.341,42 em agosto de 2007 (fls. 276/278 e fl. 348).

Noutro giro, incumbe a ambos os pais prover a subsistência dos filhos menores, calhando trazer a baila lição do ilustre jurista Yussef Said Cahali, em sua obra **Dos Alimentos**. 2 ed. São Paulo: RT, p. 400: 'Incumbe aos genitores a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes à subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos.'

Por conseguinte, à genitora da menor impõe-se o pagamento de parcela das despesas desta. A alegação inicial de desemprego restou superada no decorrer da ação, porquanto a própria representante legal da menor tenha alegado que é servidora pública (fl. 482).

Por último, sabe-se que a forma híbrida de prestação de alimentos, a despeito de legalmente admitida, é recomendada, tão somente, nas hipóteses em que se revelar impossível a contribuição material exclusivamente em espécie. Logo, o pensionamento em espécie constitui a regra, sendo que a forma híbrida de pensão constitui hipótese excepcional. Percebe-se, pois, que no presente caso, o uso do cartão de convênio médico e farmacêutico pela menor é fonte de constantes conflitos entre as partes. Assim, mostra-se prudente que seja majorado o montante da verba alimentar fixado em pecúnia, para que sejam atendidas todas as necessidades da menor e, para que seja desonerado o devedor do ônus de arcar com o pagamento *in natura*. Ressalte-se que a genitora da infante é servidora pública estadual, e ambas podem utilizar-se do IPSEMG para tais fins.

Os alimentos devem amoldar-se ao trinômio que os justifica (necessidade, capacidade e proporcionalidade), mormente por competir aos pais a assistência, sustento, guarda, criação e educação dos filhos menores - necessidade presumida - corolário sócio-jurídico do poder familiar. Logo, a pensão alimentícia, fixada no importe equivalente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu – cerca de R$ 621,64 – mostra-se suficiente para abarcar todas as despesas mensais da menor, incluídos os gastos com escola e medicamentos. Não se olvida de que a genitora é responsável pelo pagamento de metade de tais despesas.

À vista do exposto, observado o critério acima exposto, opina o Ministério Público pela procedência parcial da presente ação, para que o *quantum* fixado a título de alimentos seja majorado para o importe de 30%

(trinta por cento) dos rendimentos líquidos do réu, excluídos apenas o IR e a contribuição previdenciária, a incidir sobre o 13º salário e o terço constitucional de férias.

Belo Horizonte, 07 de abril de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Procedência parcial da ação II - Revisional devedor redução

"Autos nº ……

Autor:

Rés:

MM. Juiz de Direito:

Trata-se de ação revisional de alimentos proposta por ... em face de ..., menor representada por sua genitora, todos já qualificados nos autos.

O autor obrigou-se ao pagamento de pensão alimentícia às rés no valor correspondente a 1,5 (um e meio) salários mínimos. Na petição inicial, pretende o requerente a exoneração do pagamento de pensão a primeira ré, já que ela atingiu a maioridade e a redução desse valor para o equivalente a 20% de seu salário líquido, em benefício da segunda ré. Para tanto, argumenta que sua renda mensal, desde a data da fixação da obrigação alimentar, foi minorada, em razão da mudança de emprego e do descompasso entre o aumento do salário mínimo e o aumento do seu salário contratual. Por último, assevera que a manutenção da pensão no importe fixado implicou no seu endividamento.

A peça exordial de fls.02/03 foi instruída pelos documentos de fls.04/10 e fl.18.

Audiência de conciliação realizada em 26/06/2007, à fl. 34, restou frustrada, diante da ausência de intimação das rés.

Citação às fls. 39 e 41.

Contestação às fls.48/49, acompanhada pelos documentos de fls.50/62.

Impugnação às fls.162/164.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 12/03/2008, à fl.84, oportunidade em que as partes dispensaram a produção de prova oral.

Memorial do autor à fl.83.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Na petição inicial, pretende o requerente a exoneração do pagamento de pensão a primeira ré, sob o argumento de que ela 'atingiu a maioridade em 13/12/2005, não mais necessitando da ajuda do pai' (fl. 03). No que toca a Segunda ré, pretende a redução do valor da pensão para o equivalente a 20% de seu salário líquido. Para tanto, alega que sua renda mensal, na data da fixação da obrigação alimentar, equivalia a R$ 1.773,58, mas foi minorada, em razão da mudança de emprego e do descompasso entre o aumento do salário mínimo e o valor do seu salário contratual. Por último, assevera que a manutenção da

pensão no importe fixado implicou no seu endividamento.

Em contestação, as rés afirmaram que as mudanças de emprego do autor implicaram em redução de sua renda em menos de um salário mínimo. Acerca do implemento da maioridade, a requerida E. aduziu que 'encontra-se cursando faculdade, ou seja ainda necessita da ajuda de seu pai para terminar os estudos, como previamente acordado por ocasião da separação judicial dos genitores' (fl. 49). Alegaram, por fim, que o autor não cumpre com o pactuado, porquanto não mantêm as rés a ex-esposa como beneficiárias do pano de saúde da empresa, conforme determinado no acordo da separação judicial.

Ultimaram pugnando pela total improcedência da ação.

É cediço que a revisão do valor dos alimentos só pode prosperar quando houver alteração no binômio necessidade/possibilidade.

Reza o art. 1.699 do Código Civil que: 'se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo'.
Com efeito, ensina Yussef Said Cahali que:

a redução, exoneração ou agravação do encargo alimentar, quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando ‘sobrevier mudança na fortuna de quem os supre ou de quem os recebe’, [...] não se pode alterar o *quantum* arbitrado em favor da alimentada se prova não se fez de qualquer alteração de ordem econômica [...](**Dos Alimentos**. p. 982.).

Assim, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, é imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Inicialmente, verifica-se, que à época da fixação da obrigação alimentar, o autor era empregado da empresa, com média salarial de R$ 1.782,11, consoante ele próprio alegou na peça exordial (fl. 02). Posteriormente, no ano de 2005, passou a laborar junto à empresa, com média salarial superior a R$ 1.900,00, como se verifica à fl.09. Atualmente, voltou a fazer parte do quadro de empregados da empresa e obteve, em outubro de 2007, renda mensal equivalente a R$ 1.136,49 líquidos.

Dessa feita, restou patente que a capacidade econômica do requerente sofreu sensível redução.

Lado outro, cabe observar que uma vez atingida a maioridade, o filho que não estiver em condições de prover sua subsistência tem direito aos alimentos, mas se sujeita à comprovação dos requisitos da necessidade e da possibilidade.

Conforme salientado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais '*tratando-se de filho maior que estuda, a doutrina e a jurisprudência recomendam que o direito a alimentos permaneça até que aquele atinja 24 anos, e enquanto não concluir os estudos, salvo se dispuser de meios próprios para sua manutenção*' (TJMG – Proc. n.º 1.0024.04.298677-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 04/08/2005, p. 19/08/2005).

No caso, verifica-se que a ré tem 20 anos de idade e, segundo se depreende dos documentos de fl.59 está matriculada junto a ..., onde alega cursar o 3º grau. No entanto, não acostou aos autos quaisquer documentos que comprovassem a freqüência ao curso, o que impede a verificação de carga horário que, em tese poderia viabilizar que ela trabalhasse para cobrir parte dos gastos, inclusive com as mensalidades escolares.

Portanto, nos termos do art. 333, II, do CPC, à ré incumbia a prova de que não pode trabalhar, em virtude da carga horária do curso superior, razão pela qual se justifica a redução da verba alimentar a ela devida.

Saliente-se, outrossim, que o alimentante obrigou-se à manutenção dos alimentos no caso de as filhas estarem freqüentando a faculdade, conforme cláusula 'b' de fl. 52. Todavia, nada obsta que o *quantum*

desses alimentos seja revisto.

Dessa feita, com escopo no princípio da proporcionalidade, mister seja reduzida a pensão alimentícia já fixada, mas em termos distintos do pedido inicial do alimentante. Isso porque, embora tenha provado a redução de seus ganhos mensais, de outro lado, as alimentadas demonstraram que são estudantes e não pode sobreviver sem a ajuda paterna.

Por fim, sabe-se que, fixados os alimentos em salário mínimo, quando da separação, possível é a alteração dos mesmos para percentual dos vencimentos do alimentante, cuja remuneração não é vinculada àquele indexador. Pretende-se evitar que a maior parte da parcela líquida dos vencimentos seja consumida com o pagamento da pensão alimentícia. Porém, no caso em apreço, verifica-se que a remuneração do autor é variável, porque depende de comissões percebidas. Além disso, descontada a verba alimentar no montante de um salário mínimo, restará parcela líquida significativa e apta a manutenção digna do alimentante.

À vista do exposto, o Ministério Público opina pela procedência parcial da presente ação, fixando-se a verba alimentar *devida as duas rés* no importe equivalente a um salário mínimo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Revisional de alimentos – Improcedência – Revisional devedor redução

"Autos nº: .....

Requerente:

Requerido:

MM. Juiz,

Trata-se de Ação Revisional de Alimentos proposta por ..., em face de ..., todos já qualificados nos autos, sob a alegação que o autor se encontra obrigado a prestar alimentos definitivos os réus no importe de um salário mínimo e ½ (meio). Aduz ainda, que após a fixação da aludida prestação alimentícia, houve alteração na sua situação financeira, posto que ficou desempregado e, ainda, constituiu nova família. Alega ainda, que a genitora do menor possui condições financeiras suficientes para suportar a mantença do réu. Ao final, requer a redução da pensão alimentícia para o importe de ½ (meio) salário mínimo.

A petição inicial de fls. 02/14 foi instruída pelos documentos de fls. 15/41.

Foi determinada a emenda da peça inaugural, às fls. 43, sob o fundamento de retificar o nome do réu, o que foi realizado às fls. 44.

Em audiência de conciliação, consoante termo de fls. 55, restou frustrada ante a falta de citação do réu.

Em nova audiência de conciliação, conforme termo de fls. 69, restou infrutífera ante a intransigência de acordo entre as partes.

Regularmente citado o réu contestou o pedido de fls. 70/73.

O autor impugnou a peça de resposta às fls. 78/82.

À fl. 90, foi indeferido o pedido de tutela antecipada constante na exordial, sob o argumento de não existir nos autos elementos suficientes ensejadores da pretensão.

O autor manifestou acerca da juntada dos documentos novos, às fls. 98/129.

Aberta a audiência de instrução, consoante termo de fl. 148, não houve acordo entre as partes. Na oportunidade, foi tomado o depoimento pessoal do autor. Nesta ocasião, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelas partes.

Vieram os autos para manifestação final.

É o relatório.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e as condições da ação.

Inicialmente, a preliminar argüida em sede de contestação, foi rechaçada em decisão exarada à fl.90, sob o argumento de que a mesma se confunde com o mérito da presente ação.

Analisada a preliminar passo à análise do mérito.

De fato para ser possível o pleito de redução alimentar, é imprescindível que se verifique a efetiva alteração do binômio possibilidade-necessidade.

A redução do encargo alimentar quando já fixados os alimentos, só se recomenda quando 'sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe', consoante o disposto no art. 1.699 do Código Civil.

Dessa forma, para que seja acolhido o pedido de revisão da verba alimentar, imprescindível a verificação da modificação das condições econômicas dos interessados, confrontando-se àquelas existentes à época da fixação da pensão com as atuais.

Neste sentido, citamos:

'Para que seja acolhido o pedido de revisão, deve ser provada a modificação das condições econômicas dos interessados'. (*In* CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 1984. p. 591.)

Ora, o Código de 1916 dispunha que era necessária a mudança da fortuna de quem presta ou recebe alimentos. Enquanto o Código Civil atual alude à mudança da situação financeira dos envolvidos na obrigação alimentar. Com efeito, o autor não logrou êxito em comprovar que sobreveio mudança nas suas condições econômicas que justificasse a redução do encargo alimentar.

Primeiramente, verifica-se que o acordo, através do qual o autor obrigou-se ao pagamento de pensão mensal ao seu filho no valor equivalente a um salário mínimo e ½ (meio) fora celebrado em 3 de fevereiro de 2003, nos autos nº, em apenso, conforme se depreende da fl. 19.

Além disso, conforme se verifica através da análise dos autos de ação de execução, o suplicante alegou na justificativa que auferia junto à empresa, a título de pro-labore, a quantia de um salário mínimo (autos em apenso fl.26) e, posteriormente acorda em fixar a pensão alimentícia no valor supracitado. Insta consignar ainda, que na exordial, o autor alegou que se encontrava desempregado, mas também não fez provas deste fato constitutivo de seu direito, consoante determina o art. 333, I do CPC.

Mas, do cotejo probatório dos autos exsurge que não houve a piora da situação financeira do requerente, ao contrário do alegado por ele. Com efeito, a análise as provas orais produzidas foram uníssonas em afirmar que, atualmente, o autor trabalha como vendedor autônomo. Assim, a testemunha do autor, asseverou: 'que atualmente o autor trabalha vendendo churrasquinho defronte um restaurante popular situado no bairro ..., possuindo ele uma churrasqueira móvel [...]'. (Termo de fl.152).

> Logo, *in casu*, a prova que cabia ao requerente, relativamente à redução de sua capacidade financeira não fora produzida.
>
> A alegação do autor, esposada na inicial, de que constituiu nova família também não serve como fundamento para a revisão da pensão alimentícia arbitrada, pois a jurisprudência é firme no sentido de que o alimentante não poderá eximir-se da obrigação alimentar pela assunção de compromissos particulares desvinculados da relação jurídica mantida com o beneficiário dos alimentos.
>
> Nesse sentido:
>
> TJSP, 4ª CC: Se o alimentante pode suportar novos encargos com a constituição de nova família, que o faça, mas sem exclusão ou redução dos anteriores, aos quais, por lei, está obrigado (23/02/2983, RT 580/192; 18/06/1986, Paraná Jud. 19/169).
> 4ª CC, TJRS: O ajuste da pensão na separação consensual não pode ser negado em função de compromissos, posteriores assumidos pelo marido (26/09/1984, Ajuris 33/147).
> 4ª CC, TJSP: Se o autor resolveu assumir novos encargos, constituindo nova família, é porque tinha condições econômicas de mantê-las, não podendo valer-se do novo casamento que contraiu para obter a diminuição da pensão que vem pagando às filhas (AC 106.146-1, 08/12/1988).
>
> Alegou que a situação da mãe das menores melhorou muito desde a época da fixação dos alimentos. Todavia, tal afirmação não pode prosperar, pois no caso em tela não se discute a pensão paga à mãe da menor, como parece, pois o autor em seu fundamento para redução da verba alimentar invoca a modificação de fortuna da mãe, esquecendo que isto não serve de argumento para aludida redução.
>
> Em casos tais, o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já determinou que 'A pensão alimentícia, devida pelo pai ao filho, não é influenciada pela fortuna da mãe, pois que o vínculo é entre alimentando e alimentante (4º c.c., TJRS, AC 5900 28148, 12/9/90, Repert. IOB Jurisprudência 3/5011)'.
>
> Cumpria, pois, ao autor demonstrar, inequivocamente, a redução das necessidades do réu, ou o depauperamento de suas condições econômicas. Contudo, diante da ausência de provas restou prejudicada a revisão, nos moldes pleiteados pelo requerente.
>
> Lembrando que, por se tratar de questão alimentícia, esta não faz coisa julgada material, razão pela qual qualquer melhora (alteração) na situação financeira do requerente ou mesmo das partes poderá trazer novo convencimento.

'A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados' (Lei nº 5.478/68).

> Assim, analisando o binômio necessidade-possibilidade e, considerando, ainda, a proporcionalidade, impõe-se a manutenção dos alimentos fixados na ação de alimentos no valor de um salário mínimo e ½ (meio), tendo em vista que, além de entender que possui o autor capacidade econômica para suportá-lo, as necessidades do réu reclamam, no mínimo, o pensionamento nesta quantia.
>
> Ante o exposto, o Ministério Público opina pela improcedência do pedido, para que sejam mantidos os alimentos anteriormente fixados no valor correspondente a um salário mínimo e ½ (meio).
>
> É o parecer.
>
> Belo Horizonte, 26 de novembro de 2007”.

"Autos nº: ……

Requerente:

Requerido:

MMª. Juíza,

Trata-se de Ação de Separação Litigiosa proposta por … face de …, ambos devidamente qualificados nos autos.

A autora alegou que se casou com o réu em 25/03/1999, sob o regime de comunhão parcial de bens. Dessa união advieram dois filhos, ainda menores, bem como a aquisição do patrimônio composto pelo veículo …, placa ….

Todavia, a vida conjugal tornou-se insuportável diante do comportamento do varão, que passou a violar os deveres matrimoniais concernentes à mútua assistência e ao respeito e à consideração mútuos, o que acarretou a separação de fato das partes em janeiro de 2006.

Com fulcro em tais argumentos, a autora requereu a decretação da separação judicial do casal, por culpa exclusiva do varão, a partilha do bem móvel na proporção de 50% para cada ex-consorte, a concessão da guarda dos filhos para si, a fixação de visitas livres, a condenação do requerido ao pagamento de pensão aos filhos no importe de 60% do salário mínimo, bem como a autorização para voltar a usar o nome de solteira.

A petição inicial foi instruída pelos documentos de fls. 08/15.

Os alimentos provisórios foram fixados no importe equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo, conforme decisão exarada às fls. 17.

Realizada audiência de conciliação, restou inviabilizada a celebração de acordo pelas partes, consoante termo de fls. 23.

Devidamente citado (fls. 25/v.), o réu ofertou a contestação de fls. 26/29, aduziu que não se opõe à decretação da separação, mas a requerente é que seria a responsável pela ruptura da vida em comum. Afirmou que concorda com a concessão da guarda dos filhos menores à autora e com a partilha do veículo. Ofertou alimentos aos filhos no importe de 35% (trinta e cinco por cento) do salário mínimo. Acostou os documentos de fls. 32/33.

A autora impugnou a contestação às fls. 35/36.

Realizada audiência de instrução e julgamento, segundo termo de fls. 60, oportunidade em que não foi possível a celebração de acordo pelas partes, diante da ausência do réu. Procedeu-se à inquirição de uma testemunha (fls. 61).

É o sucinto relato.

As partes estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas.

Não foram argüidas preliminares de mérito, razão pela qual é possível adentrar as questões de fundo da demanda. Não obstante a autora tenha requerido a decretação da separação-sanção, o asseverado descumprimento dos deveres matrimoniais não restou provado. Isso porque, não houve a produção de prova documental conclusiva e o depoimento testemunhal coligido não conduziu à conclusão de que o ora

réu tenha sido violado os deveres inerentes ao casamento.

Contudo, ambas as partes reconhecem que, desde a saída da autora do lar conjugal, em janeiro de 2006, encontram-se separadas de fato. A ruptura da vida em comum , há mais de um ano, restou provada através da prova testemunhal produzida nos autos (fls. 61).

Com efeito, uma vez provada a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, autorizada está a decretação da separação judicial, com fulcro no § 1º do art. 1.572 do Código Civil, nos termos do pedido do autor.

Nesse tocante, ministra o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que:

EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - PEDIDO FUNDADO NA CULPA - NÃO DEMONSTRAÇÃO - INSUSTENTABILIDADE DA VIDA EM COMUM - CARACTERIZAÇÃO - DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO - JULGAMENTO DIVERSO DO PEDIDO - INOCORRÊNCIA. Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la, quando detectar, pelas provas coligidas, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido (RESP 466329/RS, **DJ** de 11/10/2004).

As partes não divergem com relação ao pedido de desistência recíproca dos alimentos e a varoa pretende voltar a usar o nome de solteira.

Quanto ao pedido de partilha do único bem móvel adquirido pelas partes, o veículo ..., placa ..., não há provas acerca da existência e propriedade do mesmo. Contudo, concordam as partes em que o valor do bem seja partilhado na proporção de 50% para cada uma.

Ainda, concordam os consortes em que a guarda dos filhos menores, (certidões de nascimento às fls. 11/12) seja deferida à requerente.

É cediço que, conforme dispõe o art. 1.584 do Código Civil, a guarda será atribuída à pessoa que revelar melhores condições para exercê-la. Já o art. 33 da Lei nº 8.069/90 fixa que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança. Nos autos não há nada que impeça a concessão da guarda à autora, com a estipulação de visitas livres.

No presente feito há divergência apenas com relação ao montante dos alimentos a serem prestados pelo réu aos filhos menores.

É cediço que o Código Civil, especialmente os arts. 1.694 e seguintes, estabelece a reciprocidade do dever de prestar alimentos entre parentes.

A relação de parentesco entre os menores e o réu restou provada, mediante certidões de nascimento de fls. 11/12, advindo daí o dever de sustento, inerente ao exercício do poder familiar. Assim, considerando a existência do dito parentesco, bem como a menoridade dos filhos — que faze presumir a necessidade aos alimentos pleiteados —, nada mais há a ser perquirido acerca do cabimento da pensão buscada.

Resta, tão-só, analisar-se a capacidade contributiva do réu, para que a obrigação alimentícia seja fixada com observância do binômio necessidade/possibilidade.

A autora alegou ser o requerido operador de caixa da empresa 'Ltda.', razão pela qual possui capacidade contributiva de suportar o encargo de pensionar os filhos com valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo por mês.

O réu, a seu turno, restringiu-se a afirmar que aufere apenas um salário mínimo por mês, motivo pelo qual oferta alimentos aos menores no importe de 35% do salário mínimo. Nada obstante, não produziu qualquer prova acerca de sua capacidade financeira, o que se daria com a simples juntada de seu demonstrativo de pagamento.

Portanto, presume-se que a renda auferida pelo suplicado seja maior do que a declarada por ele. Tal presunção é corroborada pelo fato de que ele vem suportando o pagamento dos alimentos provisórios ficados no montante de 50% do salário mínimo.

Dessa feita, deverá o requerido ser compelido ao pagamento de alimentos aos filhos no valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do salário mínimo por mês, devendo ser expedido ofício à empregadora, no endereço constante às fls. 35, para que proceda aos descontos mensais em folha de pagamento.

Diante de todo o exposto, opina o Ministério Público pela decretação da separação judicial do casal, com base no § 1º do art. 1.572 do Código Civil, devendo ser expedido o competente mandado de averbação, com todos os consectários acima esposados.

É o parecer.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Separação litigiosa II

"Autos nº .....

Autora:

Réu:

MM Juiz,

..., já qualificada nos autos, propôs ação de separação judicial litigiosa em face de ..., pleiteando a decretação da separação judicial do casal, imputando ao requerido o descumprimento dos deveres conjugais da mútua assistência e coabitação, tornando insuportável a vida em comum.

Foram fixados alimentos provisórios em favor da autora em importe equivalente a 20% dos rendimentos líquidos do réu e negada a liminar de separação de corpos (fl. 53).

Designada audiência de tentativa de conciliação, não houve acordo, ficando o requerido citado para ofertar contestação (fl. 58).

Foi oferecida contestação(fls.62/68), negando a culpa a ele atribuída e a possibilidade de arcar com a pensão alimentícia solicitada, tendo sido devidamente impugnada a contestação pela requerente (fls. 172/178).

O réu apresentou reconvenção (fls. 138/149), imputando à autora/reconvinda a violação do dever conjugal de fidelidade recíproca, o que acarretou a sua saída do lar conjugal. Pretende a decretação da separação judicial por culpa da ré, exonerando-o do pagamento de pensão alimentícia. Pretende a exclusão da partilha dos bens adquiridos antes do casamento, bem como a expedição de alvará para o afastamento da varoa do lar conjugal. Ultima, propugnando pela condenação da autora/reconvinda ao pagamento de indenização por danos morais.

A autora/reconvinda contestou a reconvenção (fls. 179/188) a qual foi também impugnada (fls. 208/230).

Realizada audiência, não foi possível a composição de um acordo pelas partes (fl. 240).

Designada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas três testemunhas (fls. 250/251).

A autora/reconvinda ofertou suas razões finais por memoriais às fls. 256/265 e o réu/reconvinte, às fls. 267/269, pelo que vieram os autos ao Parquet para exarar parecer final sobre o caso, o que passo a fazer a partir de agora.

É o breve relatório. Opino.

Processo em ordem e sem nulidades a serem supridas. Não foram argüidas preliminares, razão pela qual é possível passar-se à análise do mérito.

No mérito, a autora/reconvida sustenta, como causa da ruptura da vida conjugal, o abandono do lar pelo réu/reconvinte. Aduz que 'o requerido abandonou a autora, deixando-a totalmente desamparada, pois encontra-se afastada do trabalho, doente e em tratamento de saúde, tentando se recuperar da crise de depressão que se agravou muito em decorrência da crise conjugal' (fls. 256/257). Prossegue, afirmando que 'o descumprimento do dever de fidelidade do Requerido restou claramente demonstrado, quando por muitas vezes permanecia em noitadas, chegando de madrugada, passando semanas fora do lar' (fl. 257).

Lado outro, resiste o réu/reconvinte, imputando à autora/reconvinda conduta desonrosa, consubstanciada na manutenção de relacionamento afetivo com terceiro, por meio do *site* de relacionamentos Orkut. Afirma que referida atitude acarretou-lhe um sentimento de humilhação, inclusive perante os familiares e amigos.

Nesse tocante, a autora/reconvinda limitou-se a afirmar que 'é um absurdo falar que houve traição virtual ou real', já que o 'requerido é perito e técnico em eletrônica, sabendo muito bem lidar com o computador, forjou toda história' (fls. 258).

Com efeito, o art. 1.566, V, do Código Civil, fixa que, dentre os deveres inerentes ao casamento está o de respeito e consideração mútuos, e o descumprimento por parte de um cônjuge constitui, evidentemente, conduta desonrosa para com o outro. Juntamente com a contestação o réu/reconvinte acostou os documentos de fls. 81/149, que comprovam um envolvimento íntimo entre a autora/reconvinda e ....

Ora, sem ao menos uma justificativa para tal conduta, a autora/reconvinda deu ao seu marido fundadas razões para a suspeita da infidelidade. Demais disso, feriu o sentimento de honra e dignidade moral do réu/reconvinte, o que acarretou a insuportabilidade da continuação da vida comum de ambos.

Segundo Washington de Barros Monteiro, 'urge não esquecer que, pelo matrimônio, o casal passa a constituir uma só unidade moral, de sorte que o desvio de um dos cônjuges inevitavelmente no outro repercute, afetando-o na sua dignidade.' (**Curso de Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 201. v. 2.). Assim, é forçoso concluir que ..., ainda que não tenha mantido 'contatos reais' com ..., afetou a dignidade de seu consorte, de forma a incorrer em uma das causas que autorizam a decretação da separação judicial. Sobretudo, porque, o fato de ela 'manter um amante via *Orkut*, *site* através do qual ela “usava lingerie branca e se despia', mantendo 'diálogo pornográfico', chegou a conhecimento público, como se vê do termo de fl. 250.

Do cotejo dos depoimentos testemunhais, produzidos em audiência de instrução e julgamento, sob o crivo do contraditório, não exsurge qualquer prova acerca da infidelidade do réu/reconvinte, alegada pela demandante. Nem mesmo as agressões supostamente perpetradas por ele restaram evidenciadas. Portanto, entendo que deve ser decretada a separação judicial ora requerida por culpa exclusiva da autora/reconvinda.

A aferição da culpa real pelo desfazimento da união conjugal é matéria tormentosa que só tem relevância quando dela se extrai conseqüência jurídica imediata. É sabido que, a simples discussão instrutória de infidelidade não autoriza, sob o princípio da prudência, o corte da pensão do cônjuge de plano. Isso porque o art. 1.694, § 2º, do Código Civil, prevê a possibilidade de pagamento da prestação ao cônjuge culpado pela separação do casal, se a prestação for indispensável à sua subsistência.

No caso dos autos, não verifico a ocorrência de situação excepcional a ensejar o arbitramento da

prestação. Não há elementos que permitam concluir que, diante da separação, a autora/reconvinda será privada de meios à manutenção da própria subsistência, eis que pessoa jovem e capaz para o trabalho.

Enfatize-se que ela conta apenas 32 anos de idade, é auxiliar de enfermagem e não logrou êxito em provar que a alegada depressão a incapacite para o trabalho.

No que concerne à pretensão indenizatória, formulada pelo réu, na reconvenção, não merece acolhida. Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA – DIVÓRCIO DIRETO – SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE 2 ANOS – AUSÊNCIA DE PROVA – RECONVENÇÃO – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – CULPA – INFIDELIDADE – COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INADMISSIBILIDADE. - A decretação do divórcio direto do casal depende da prova da separação de fato por mais de dois anos consecutivos; que não foi produzida nos autos. - A confissão do varão de que está vivendo com outra mulher caracteriza infidelidade, ensejando a decretação da separação judicial do casal, por culpa daquele. - É inadmissível no direito brasileiro a reparação civil em razão de infração de dever conjugal. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0024.04.192294-9/00, rel. DES. MOREIRA DINIZ, p. 14/09/2005.)

Quanto aos bens a partilhar, como se extrai da prova testemunhal produzida às fls. 250/251, os separandos, antes do enlace matrimonial, não moravam juntos e não mantinham comunhão financeira. Inclusive restou provado que a autora/reconvinda não contribuiu financeiramente na compra do imóvel situado em ... (fl. 15), apesar de, naquela época trabalhar e ter rendimento próprio.

Conclui-se, pois, que o que havia realmente antes do casamento entre os litigantes não passava de simples namoro, jamais podendo a relação entre eles configurar união estável. Uma vez que o matrimônio constituiu-se, sob o regime da separação parcial de bens, os bens adquiridos anteriormente ao casamento não se comunicam, nos termos do art. 1.659, I do Código Civil. Veja-se, *in verbis*:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO - NÃO CONFIGURAÇÃO. MEAÇÃO DA CASA CONSTRUÍDA ANTES DO ENLACE MATRIMONIAL - REGIME DA SEPARAÇÃO PARCIAL DE BENS - EXCLUSÃO DA MEAÇÃO. A ocorrência de mero namoro não é suficiente para configuração da união estável. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.0287.04.016402-5/001(1, rel. Desa. Vanessa Verdolim Hudosn Andrade, p. 13/05/2005.)

Logo, o imóvel descrito à fl. 15, adquirido em 5/05/2000, e o automóvel (fl. 17), adquirido em 2003, devem ser excluídos da partilha. Os bens móveis que guarnecem a residência do casal também não poderão ser partilhados, em virtude da ausência de prova acerca da existência dos mesmos. Por fim, o imóvel descrito à fl. 16, adquirido em 09/12/2005, deverá ser partilhado à razão de 50% para cada cônjuge, já que a presunção de aquisição por esforço comum das partes não restou elidida.

Em relação ao pedido de divisão da verba trabalhista que pertence ao varão, esta constitui direito pessoal, insuscetível, portanto, de ser partilhada. Senão, veja-se:

ALIMENTOS - ADULTÉRIO - FUNDO DE GARANTIA OU ACERTO DE CRÉDITO DE RESCISÃO CONTRATUAL TRABALHISTA - POSSIBILIDADE RELATIVA - Na separação conjugal a pensão é de ser decidida a final da demanda. A simples discussão instrutória de adultério não autoriza, sob o princípio da prudência, cortar a pensão do cônjuge de plano. - Fundo de Garantia ou Acerto de Crédito de Rescisão Contratual Trabalhista é Direito Pessoal e não crédito conjugal partilhável. - Pode, não obstante, servir de garantia de crédito, nos moldes do art. 655 do CPC. (TJMG – Proc. nº 1.0000.00.220469-1/000, rel. Des. Francisco Figueiredo, p. 21/12/2001.)

Por último, a requerente deverá voltar a usar o nome de solteira (CC; art. 1.578, § 1º).

Ante o exposto, opina o Ministério Público para que se julgue parcialmente procedentes o pedido inaugural e o pedido reconvencional, a fim de decretar a separação judicial do casal, com a conseqüente dissolução da sociedade conjugal e produção das demais conseqüências acima mencionadas, por ser de

direito e justiça.

É o parecer, s.m.j..

Belo Horizonte, 24 de maio de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Tutela

"Processo nº ……

Meritíssimo Juiz,

…, já qualificada nos autos, interpôs a presente ação de destituição de poder familiar de … sobre a menor … . Alega a autora que a menor é filha das partes, nascida em 13 de novembro de 1992, conforme certidão de nascimento de fls. 10.

Segundo a suplicante, embora o genitor tenha procedido ao registro civil de nascimento da filha, nunca lhe prestou qualquer tipo de assistência moral, material ou afetiva, múnus exercido, unilateralmente, pela genitora.

Aduz, ainda, a requerente que o pai da menor possui passagens pela Polícia Civil do Estado de …, onde responde a processos criminais pela prática de estelionato e crime de falsidade ideológica.

Diante do abandono perpetrado pelo réu, desde o nascimento da filha ora adolescente, e, por ter ele praticado crimes atentatórios à moral e aos bons costumes, pretende a autora a decretação da perda do poder familiar do réu sobre a menor.

Com a exordial, vieram os documentos de fls. 09/32.

O pedido liminar de suspensão do poder familiar do requerido foi indeferido, mediante decisão exarada às fls. 37/38, já que não restaram configurados o perigo na demora e a situação de risco.

Expedida carta precatória para a Comarca de …, para a citação do réu. Frustrada a tentativa (fls. 47/verso), procedeu-se a citação editalícia (fls. 57/62).

Relatório do estudo social às fls. 54/55.

O curador nomeado ao réu citado por edital ofertou a contestação de fls. 64/70. Argüi, preliminarmente, a incompetência da Vara da Infância e Juventude para o processamento do feito, bem como a inépcia da inicial e a nulidade de citação. No mérito, contestou por negativa geral.

Impugnação à contestação às fls. 71/79.

Parecer ministerial às fls. 80/83.

Declarada a incompetência da Vara de Infância e Juventude, através de decisão prolatada às fls. 84/86.

Os autos foram encaminhados a 7ª Vara de Família, onde se realizou a audiência de instrução e julgamento, segundo ata de fls. 98, oportunidade em que foi inquirida uma testemunha, consoante termos de depoimento de fls. 99.

Procedeu-se à oitiva de uma informante na Comarca de …, como se depreende do termo de fls. 110/111.

Memorial apresentado pela autora às fls. 116/124 e pelo réu às fls. 126/127.

A prova produzida em AIJ foi ratificada pelo curador especial nomeado ao réu revel, às fls. 129.

É o relatório. Passo, pois, a opinar.

As partes são legítimas e estão bem representadas. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há nulidades a serem sanadas.

É cediço que a ação de destituição do pátrio poder é a via processual adequada para casos específicos e extremos de abuso de autoridade e descumprimento dos deveres legais por parte dos pais em relação aos seus filhos menores. Assim, a destituição do poder familiar por ordem judicial é medida grave e última, que somente deve ser imposta quando imprescindível e favorável aos interesses dos menores envolvidos.

A respeito da matéria, o art. 1.638 do Código Civil dispõe:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Do cotejo dos autos exsurge que a menor com onze anos de idade, desde o seu nascimento reside apenas na companhia materna. O genitor da adolescente, embora tenha declarado, espontaneamente, a paternidade no registro civil, manteve um único contato com cinco meses após o nascimento da mesma.

Como se depreende da certidão de fls. 47/verso, datada de 13 de setembro de 2005, o requerido encontra-se em local incerto e não sabido há cerca de uma década.

Outrossim, com base nas informações prestadas, em juízo, pela própria genitora do réu:

[...] ela não tem contato nem notícia do réu há oito anos [...]; O réu possui uma outra filha, que conta 16 anos de idade. A depoente é quem exerce a guarda de fato de [...]; O réu não concorre para a mantença de (termo de depoimento de fls. 111).

Demais disso, o depoimento testemunhal de fls. 99 evidenciou que o requerido nunca prestou qualquer amparo, material ou afetivo à sua filha, além de tê-la visto uma única vez, aos cinco meses de idade. Restou extreme de dúvidas que, há mais de cinco anos, o réu está desaparecido e nem mesmo os familiares deste conhecem o seu paradeiro ou o motivo de tal desaparecimento.

Deflui, ainda, da oitiva da testemunha que tem uma excelente convivência e adaptação com o atual marido da genitora, com quem vive há cerca de cinco anos.

Acerca do abandono como causa da destituição do poder familiar, manifesta-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de que:

PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PRESENÇA DE MOTIVO RELEVANTE. CONSEQÜENTE OPORTUNIDADE DA MEDIDA. É sabido que os laços de família e a prevalência dos pais biológicos são importantes ao menor desde que sejam capazes de dar-lhe vida digna e saudável. Entretanto, provado que a mãe, detentora da titularidade do pátrio poder, não reúne condições emocionais para educar seus filhos, há de ser dele

destituída, transferindo-a a quem esteja apto a assegurar as garantias fundamentais ao menor, previstas no art. 227 da 'Lex Major´, e sintetizadas no quadrinômio guarda, saúde, educação e moralidade (Ap. 187.330-6/00, Rel. Des. Hyparco Immesi, **DJ** 20/02/2001.).

CIVIL - DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - MÃE BIOLÓGICA QUE ABANDONA FILHA MATERIAL E AFETIVAMENTE - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR - SENTENÇA - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 24, DA LEI 8.069/90 E ART. 395, II, DO CÓDIGO CIVIL. O Estatuto da Criança e do Adolescente leva em conta o bem-estar da criança e a garantia de sua integral proteção, de forma a afastar da convivência em situações difíceis, fazendo-se indispensável o respeito aos seus direitos indisponíveis, que constituem bem jurídico da mais alta relevância. »É de ser mantida sentença que, em Ação de Destituição do Pátrio Poder, julga procedente o pedido e destitui a mãe biológica do poder parental, quando a prova ministrada nos autos evidencia o abandono afetivo e material da menor e o bem-estar desta com a família que lhe acolheu. (Ap. 1.0000.00.29980-5/000, Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, **DJ** 19/09/2003.)

AÇÃO ORDINÁRIA DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER CUMULADO COM TUTELA - MÃE FALECIDA - PAI EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA - GUARDA DO AVÔ MATERNO - A par do consentimento do pai quanto à guarda da filha ao avô materno, o genitor deixou-a sem nenhuma assistência efetiva ou material, encontrando-se em local incerto e não sabido por mais de uma década, razões suficientes para que seja o mesmo destituído do pátrio poder, uma vez que incorre na inobservância injustificada das obrigações inerentes à »paternidade. A nomeação de tutor para o menor que se encontra em estado de abandono não depende de ter ele a condição de órfão. Caracterizado o abandono, o Juiz pode tomar as providências tutelares, ainda que o menor tenha pais. Decreta-se, por sentença, a perda do pátrio poder e, em conseqüência, nomeia-se tutor ao incapaz. (Ap. 1.0000.00.277383-6/000, Relator Des. Silas Vieira, **DJ** 02/10/2003.)

TUTELA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DIREITOS FUNDAMENTAIS - ASSEGURAMENTO POR LEI OU OUTROS MEIOS - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA - PRÉVIA DECRETAÇÃO DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR - ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE A RECOMENDAM (OU MELHOR, EXIGEM) - INFANTES QUE JÁ SE ENCONTRAM SOB OS CUIDADOS DA AVÓ MATERNA - ADEQUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA - SENTENÇA REFORMADA 1. O processo é meio de se alcançar o direito material deduzido em juízo, e não fim em si mesmo, máxime porque os direitos fundamentais da criança e do »adolescente devem ser assegurados por lei ou outros meios, mediante efetiva e integral proteção, com absoluta prioridade (ECA, arts. 3º e 4º, caput). 2. O falecimento da mãe das infantes, a condenação do pai de uma delas pela prática de crime hediondo (matou a mãe de sua filha), e o abandono moral, afetivo e material por parte do genitor da outra, que se encontra em local incerto e não sabido, configuram hipóteses graves que autorizam a suspensão do poder familiar, a fim de que seja deferida a tutela à avó materna, que já as tem sob os seus cuidados, há muito tempo, dedicando-lhes amor, zelo e carinho, como se extrai do parecer da assistência social. (Ap. nº 1.0693.01.008300-6/001, Relator Desembargador Nepomuceno Silva, **DJ** 20/11/2007.)

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o estudo social realizado apurou que:

apresentou-se tranqüila para a entrevista neste juizado, informando que cursa a 7ª série do ensino fundamental [...]. Aparenta ser uma adolescente muito bem cuidada, com facilidade de verbalizar sentimentos, demonstrando boa interação com sua genitora, com que mantém forte vinculação afetiva e diálogo aberto. Indagada sobre o presente processo, declarou ter conhecimento do significado desta ação e, mesmo assim apóia a pretensão de sua genitora, alegando que o reconhecimento de sua paternidade, não lhe trouxe nenhuma vantagem, já que seu pai nunca lhe prestou assistência material nem afetiva e muitas vezes sentiu-se prejudicada, como, no momento que tentou providenciar o seu passaporte para viajar para a Disney e não obteve êxito, devido ao desaparecimento do pai. Além disso, pretende fazer intercâmbio cultural no exterior e teme que, mais uma vez, não consiga alcançar seu objetivo (fls. 55).

In casu, vislumbra-se completo descaso e desinteresse do requerido em relação à filha, haja vista que jamais procurou a adolescente ou lhe prestou qualquer tipo de assistência moral e material. Tanto assim que está desaparecido há quase uma década, fato que indica flagrante desejo de se eximir de seus deveres e responsabilidades de pai, não só em relação a, mas também quanto a outra filha.

> Ora, a se manter intacto o poder familiar, estar-se-ia preservando uma relação familiar meramente formal entre a menor e o requerido, a qual destoaria da realidade retratada nos autos. Do comportamento revel e irresponsável do mesmo, deduz-se que ele não pretende adotar qualquer atitude para modificar o quadro delineado pelos longos anos de abandono, tanto material, quanto moral e afetivo.
>
> Destarte, o acolhimento do pedido traduz-se em verdadeiro reconhecimento de uma situação consolidada no mundo fático.
>
> Por fim, ressai do cotejo probatório dos autos que o requerido, de fato, abandonou moral, afetivo e materialmente a menor, além de se encontrar em local incerto e não sabido, hipóteses graves capazes de ensejar a destituição do poder familiar.
>
> Isto posto, o Ministério Público opina pela procedência da presente ação, uma vez que se afigura a conveniência e a necessidade de se destituir o poder familiar de ... em relação à filha menor, ...
>
> Belo Horizonte, 30 de novembro de 2007".

Parecer final do Ministério Público – Reconhecimento de união estável – Procedência

> "Requerente:
>
> Requerida:
>
> MM. Juiz,
>
> Trata-se de Ação de Reconhecimento de União Estável, proposta por ..., em face de ..., ambos devidamente qualificados nos autos, conforme exordial de fls. 02/05.
>
> Juntou documentos de fls.06/11.
>
> Alega o requerente que conviveu com a ré, sob o mesmo teto, em uma relação pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição e família. Aduziu que, desta relação, adveio o nascimento de dois filhos, ainda menores. Todavia, diante do fato de que se encontram separados há mais de cinco anos, pretende seja dissolvida a união estável havida pelas partes.
>
> Requereu, pois, o demandante seja declarada a existência, e, posteriormente, dissolvida a união estável havida pelas partes, com a fixação de pensão alimentícia, em favor dos filhos menores, no importe equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo.
>
> Emenda à inicial à fl. 18, para a juntada da certidão de casamento do autor (fl. 19).
>
> Citação da ré à fl. 22.
>
> Contestação às fls. 23/24.
>
> Impugnação à contestação às fls. 39/40.
>
> Audiência de conciliação realizada em 26/04/2006, restando inviável a composição de acordo pelas partes (fl. 43).
>
> Relatório do estudo social às fls. 62/63.
>
> Relatório do estudo psicológico às fls. 64/66.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 13/11/2007, à fl. 79, oportunidade em que foram inquiridas duas testemunhas (fls. 80/81).

Memorial apresentado pela autora às fls. 82/85 e pela parte ré às fls. 87/90.

É o relatório.

Relatados. Examino.

Sobre a preliminar arguida pela ré, no que toca à inépcia da petição inicial, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de que:

Processo Civil. Petição inicial. Inépcia. Descaracterização. União Estável. Reconhecimento. Bens. Aquisição. Constância daquela. Partilha. Possibilidade. A petição inicial em que o autor relata os fatos, declina o fundamento e o respectivo pedido e propicia a ampla defesa, não é inepta. Os bens adquiridos na constância da união estável são partilháveis. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.00.135298-8/001, Rel. Des. Manuel Saramago, Data da publicação 25/02/2005.)

Assim, uma vez que dos fatos narrados na exordial é possível se inferir o período de convivência das partes, não há que se falar em inépcia. Sobretudo, porque, como informa a moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, deve prevalecer o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando não há prejuízo para a defesa das partes.

No mérito, reza o art. 1.723 do Código Civil que 'é a entidade familiar entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família'.

A tais requisitos acresce-se o disposto no art. 1.724, *verbis*:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, assistência e educação dos filhos.

Sobre o tema, já ensinava o professor Caio Mário da Silva Pereira:

Alguns parâmetros, contudo, se esboçaram. Como se expressara Simão Isaac Benjó, para a configuração da união estável não basta o simples ‘companheirismo’, mas se requer seja ‘duradoura e notória’ a que não seria estranho o fator psicológico de haver ‘sempre a possibilidade de contração do vínculo do casamento’.

Desprezando aquelas exigências relativamente à manutenção da mulher (concubina teúda e manteúda); dispensando a convivência sob o mesmo teto; abstraindo-se da convivência constante, a doutrina moderna qualifica e define como concubinato a união, se se provam os elementos da continuidade e constância das relações, a sua notoriedade ou ostensividade, a unicidade da concubina, a estabilidade da convivência e a ostensiva fidelidade da mulher, que se não presume como no casamento, mas tem de ser evidenciada. (**Instituições de Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 209. v. 5).

Cumpria, pois, ao autor provar cabalmente a notoriedade, a continuidade e, sobretudo, a estabilidade do relacionamento das partes, com o intuito de constituição de família. É preciso, destarte, demonstrar que o relacionamento revela vocação de permanência, com sinais claros de vida familiar.

O contingente probatório reunido nestes autos, se mostra mais do que suficiente para sustentar que a pretensão do autor, quanto ao reconhecimento e dissolução da união estável se apresenta justa e legítima. Há, *in casu*, prova acerca de convivência duradoura, pública e contínua havida entre as partes pelo período compreendido entre os anos de 1995 e 2000.

O requerente asseverou na peça exordial que a união estável foi contínua e duradoura, dela advindo o

nascimento de dois filhos, um em 1195 e outro em 1997, consoante certidões de nascimento de fls. 08/09. Afirmou, também, que as partes já estavam separadas há mais de cinco anos, ou seja, desde 2000. Quanto a tal reconhecimento não se opôs a requerida, consoante se depreende das fl. 88.

Com efeito, a prova testemunhal produzida nos autos confirmou que as partes mantinham um relacionamento ostensivo, inclusive mantendo posse de estado de casados no ambiente familiar e social. Vale ressaltar o que foi dito pela testemunha, que conhece a requerida há mais de 12 anos, que na ocasião ela já tinha a filha mais velha e estava grávida de; que quem era o pai das crianças era o; que na ocasião Dona já morava com o [...](termo de depoimento de fl. 80).

É cediço que, para que haja união estável é necessária a conjugação de elementos subjetivos (*animus* de constituir família, relacionamento afetivo recíproco) e objetivos (convivência alastrada no tempo e em caráter contínuo). No caso em apreço, como se infere da prova oral e documental, o relacionamento do requerente e da requerida gozava de ostensividade e, principalmente, ânimo de constituir família.

Ressalte-se que autor e ré não incorrem em quaisquer vedações elencadas no art. 1.521 do Código Civil, já que, à época da convivência marital, era o primeiro separado de fato e a segunda, solteira.

Ex positis, opina o Ministério Público que seja reconhecida a união estável e dissolvida.

Contudo, no tocante à partilha de bens, considerando que as partes não chegaram em acordo, e tendo em vista a ausência de provas seguras sobre os bens adquiridos na constância da união estável, bem como de seus valores, tem-se a impossibilidade de realizar a partilha, que deverá ser realizada em futura demanda.

Quanto à guarda dos filhos menores, apurou-se, mediante realização de estudo psicossocial do caso, que residem em companhia da genitora a qual 'tem assumido as responsabilidades referentes às necessidades de', de forma que 'as crianças sentem-se seguras na companhia da requerida e adaptadas ao ambiente sócio-familiar materno' (fl. 66). Não há, pois, razão para a modificação da guarda.

No que toca aos alimentos devidos aos menores, na inicial, o demandante ofertou pensão alimentícia no importe equivalente a 1/3 do salário mínimo, ao argumento de está desempregado e possui outros filhos menores e uma companheira para prover o sustento.

Irresignam-se os réus, afirmando que o alimentante é pedreiro e, embora 'a capacidade do autor não possa ser aquilatada com exatidão, uma vez que ele não compareceu na audiência e nem produziu provas', por certo, é superior a um salário mínimo mensal (fl. 89). Requereram a fixação em 50% do salário mínimo.

Com efeito, o exame concernente à necessidade do alimentando em cotejo com a possibilidade do juridicamente responsável trata-se de critério legal, instituído no art. 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002. Ainda, o art. 229 da Constituição Federal determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Em casos como o dos autos, ensina Yussef Said Cahali:

Nesse contexto, tem-se afirmado que a prestação deve ser fixada em valor que se aproxime da realidade econômica do alimentante, se imprevisível o valor mensal de seus rendimentos, por auferir ganhos provenientes de comissões de venda ou de atividade liberal; assim, na fixação dos alimentos, deve o magistrado, em examinando as possibilidades financeiras do alimentante, não se ater apenas ao rendimento admitido pelo profissional liberal, mas levar em conta também os ‘sinais exteriores de riqueza. (CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 755/756.)

Logo, em que pese a alegação de que esteja desempregado, o mais provável é que o alimentante aufira renda proveniente das atividade autônoma como pedreiro. Tanto é assim que adquiriu dois lotes e,

segundo afirmou, construiu dois imóveis residenciais.

Lado outro, os alimentados são crianças de 11 e 09 anos, em idade escolar, que possuem despesas com educação, saúde, vestuário, alimentação, entre outras. Com efeito, as necessidades dos menores decorrem da idade e se presumem por força de lei.

Com fincas no princípio da proporcionalidade, insculpido no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil, deverá a pensão alimentícia ser fixada em montante equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo.

Diante do exposto, o Ministério Público opina no sentido de que seja reconhecida a união estável mantida pelas partes, no período compreendido entre os anos de 1995 e 2000, com a posterior decretação da dissolução da mesma, deferindo-se a guarda dos filhos menores à ré e condenando-se o autor ao pagamento de alimentos aos filhos menores em importe equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 17 de março de 2008".

Parecer final do Ministério Público – Reconhecimento de união estável – Improcedência

"Autos nº .....

Requerentes:

Meritíssimo Juiz:

Cuida-se de ação declaratória de união estável, proposta por ..., sob o fundamento de que residem sob o mesmo teto há mais de trinta e oito anos. Aduz, ainda, o autor que era casado com a Sra. ..., tendo sido decretada a sua separação judicial em janeiro de 2006. Acrescenta o requerente que possui inúmeros problemas de saúde, tendo sido submetido à cirurgia para a retirada de tumores cerebrais. Ao final, as partes pretendem a homologação do pedido de reconhecimento de união estável.

A exordial de fls. 02/05 foi instruída pelos documentos de fls. 06/33.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 36/37, requerendo a intimação das partes para se manifestarem acerca da incongruência das informações contidas nos presentes autos e na ação de alimentos, em apenso.

Os requerentes acostaram a petição de fls. 39/41, em resposta ao parecer ministerial.

A audiência de instrução e julgamento foi realizada, conforme termo de fls. 45, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas (fls. 46/47) e colhido o depoimento pessoal do autor (fls. 48/49).

Os requerentes apresentaram suas alegações finais escritas às fls. 62/63.

Este é o breve relato dos fatos. Passo a opinar.

As partes estão bem representadas e se encontram presentes os pressupostos e condições da ação.

No mérito, não restou provada a existência da união estável havida entre os requerentes.

Com efeito, as partes alegaram, inicialmente, que residem sob o mesmo teto há mais de trinta e oito anos,

advindo da união o nascimento de dois filhos, ambos maiores.

Todavia, posteriormente, o autor aduziu que, por um breve período de tempo, ocorrera uma ruptura em referida união estável, oportunidade em que ele contraiu matrimônio com a Sra., tendo sido decretada a sua separação judicial em janeiro de 2006.

As dúvidas acerca da estabilidade e durabilidade da união em apreço foram dirimidas a partir dos depoimentos coligidos em audiência. Dessa feita, segundo afirmou a testemunha:

[...] há cerca de 18 anos, o requerente deixou a requerente ... e foi residir com outra mulher [...] que desde a separação ocorrida a requerente continuou a criar os filhos com a ajuda de seus familiares, os quais inclusive residiam no mesmo lote, sendo que o requerente costumava visitar os filhos [...] (termo de depoimento de fls. 47).

Nítido, pois, que o relacionamento das partes padecia tanto de estabilidade quanto de durabilidade, requisitos essenciais para a configuração de união estável.

Mais elucidativo ainda é o depoimento pessoal do requerente, carreado às fls. 48/49. Aduziu o autor:

[...] em 1968 nasceu a primeira filha do casal, de nome; que após o nascimento a filha, o depoente e passaram a residir sob o mesmo teto [...] que quando o filho mais novo do casal estava com pouco mais de um ano, ... deixou a companhia do depoente e voltou a residir com seus pais no Bairro ..., inclusive levado consigo os dois filhos; que a partir de então o depoente não voltou mais a residir sob o mesmo teto com ..., mas mantinha com ela um relacionamento amoroso [...] que no ano de 2001 o depoente acabou se casando com uma prima de nome, não chegando a ter filhos com a mesma, da qual se separou em janeiro de 2006; que após a separação de ... o depoente descobriu que estava com um tumor no cérebro, quando voltou a residir com no barracão deixado pelos pais desta no Bairro [...].

Restou provado, pois, que entre o ano de 1973 e janeiro de 2006, os requerentes mantiveram tão somente um relacionamento amoroso esporádico. Outrossim, o restabelecimento da convivência entre eles, sob o mesmo teto, parece motivado pela doença do autor, com o intuito de facilitar o tratamento e a assistência até mesmo por parte dos filhos comuns.

Conclui-se que não ocorrem, *in casu*, os requisitos que poderiam configurar uma união estável, como o objetivo de constituição de família e a estabilidade na relação e nem mesmo a coabitação regular que, se em certos casos pode mostrar-se desnecessária, aqui se justifica precisamente pela existência de matrimônio havido entre o requerente e outra mulher.

Como ensina a doutrina:

O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um 'núcleo familiar'. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se. (DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 227.)

Leciona, ainda, a jurisprudência mineira que

a família consubstancia-se numa comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço afetivo, e pelos filhos nascidos dessa união. O primordial é a união com o intuito de formar essa comunidade, essa unidade espiritual, independente de sobrevir filhos. (TJMG – Ap.Civ. nº 1.00274.01.009397-9/001, Rel. Desa. Vanessa Verdolim, p. 12/08/2005)

> Ocorre que, *in casu*, não obstante a aventada união tenha resultado filhos, e, até mesmo uma convivência próxima mantida entre as partes, impossível a configuração da estabilidade de tal relacionamento.
>
> *Ex positis*, o Ministério Público opina pela total improcedência da presente ação.
>
> Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2007".

1.27. Jurisprudência

Curatela e Prestação de contas

> “DIREITO CIVIL - CURATELA - PEDIDO DE NOMEAÇÃO DE PARENTE RESIDENTE E DOMICILIADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO - INTERDITANDA ANCIÃ, DE MAIS DE 90 ANOS - INCONVENIÊNCIA DO EXERCÍCIO DE CURATELA À DISTÂNCIA E DE MUDANÇA DE RESIDÊNCIA DA INTERDITANDA - POSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO DE TERCEIRO PARA O ENCARGO - ORDEM LEGAL DE NOMEAÇÃO QUE, NÃO TENDO CARÁTER ABSOLUTO, DEVE SER ALTERADA PARA ATENDER AOS INTERESSES DA PROTEGIDA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - DESPROVIMENTO DO APELO. (TJMG, processo 1.0000.00.241726-9/000(1) Relator Aloysio Nogueira, Data Acórdão 18.04.2002, Data da publicação 10/05/2002.)”

> “AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-CONHECIDO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACOLHIMENTO - REFORMA DO ACÓRDÃO - CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO. É de ser reformado o acórdão que deixou de conhecer de agravo, se provado o cumprimento do art. 525, I, do CPC, devendo ser julgado no seu mérito. embargos de declaração acolhidos. NOMEAÇÃO DE CURADOR - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES - PROMOTORIA DE JUSTIÇA. Óbvio que, se se trata de curatela, parte legítima ativa para pleitear a prestação de contas do curador é o Ministério Público e não o Instituto de Previdência dos Servidores Militares. Recurso provido. (TJMG , processo 1.0000.00.211872-7/001(1) Relator Cláudio Costa data do acórdão 08/11/2001, data da publicação 18/12/2001.)”

> “AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CURATELA. FALECIMENTO DO CURATELADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO HERDEIRO. A recorrente (curadora do pai), geriu patrimônio do curatelado, exsurgindo a obrigação de prestação de contas, havendo legítimo interesse do outro herdeiro de buscá-las em juízo. (TJMG, processo 1.0000.00.175360-7/000(1), Relator Aloysio Nogueira, data acórdão 21/12/2000, data da publicação 02/02/2001.)”

> “DESTITUIÇÃO DE CURADOR - HABITAÇÃO EM DOMICÍLIO DIFERENTE DAQUELE DE EXERCÍCIO DA CURATELA - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA, POR SI, IMPOSSIBILIDADE AO EXERCÍCIO DO ‘MUNUS’ - FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - IRREGULARIDADE SANADA A PARTIR DO CONHECIMENTO DESSE DEVER - ADMINISTRAÇÃO COERENTE E TRANSPARENTE - MANUTENÇÃO DO ‘MUNUS’ - SENTENÇA MANTIDA. Não se justifica a destituição de curador que, embora resida noutro local que o de exercício do encargo, presta, com zelo e em plenitude, o dever de assistência assumido, sendo que a prestação de contas, iniciada no curso do processo, demonstra, inclusive, o custeio das despesas do curatelado, no quantum excedente aos seus rendimentos, conduta irretorquível, que restou comprovada nos autos. (TJMG, processo 1.047605001866-4/001(1), Relator Nepomueno Silva, data do acórdão 16/02/2006, ata a publicação 17/03/2006.)”

> “Interdição e Curatela. Incidente estabelecido nos autos entre parentes da interditanda a respeito da administração de seus rendimentos. Falecimento da requerida no curso do feito. Extinção. Exoneração do curador provisório do encargo, com a declaração de validade de suas contas. Deliberação sem feição de sentença terminativa. Inexistência de processo próprio de prestação de contas. Apelação não conhecida. (TJMG, processo 1.002402834773-0/002(1), Relator José Francisco Bueno, data do acórdão 23/02/2006, data da publicação 21/03/2006.)”

> “EMENTA: Ação de prestação de contas - Morte da ré - Substituição do pólo passivo pelas herdeiras - Descabimento.A ação de prestação de contas incumbe a quem tiver o dever de exigi-las, ou a obrigação de prestá-las É uma ação personalíssima, portanto, intransmissível.Não tendo as herdeiras da Ré falecida, qualquer relação direta com as Autoras, não tendo sido elas responsáveis pela administração dos bens da curatelada e das tuteladas, não têm legitimidade para substituí-la no pólo passivo da ação, mesmo após a sentença, que determinou a prestação de contas pela Ré. Feito extinto, por intransmissível a ação. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0521.01.012508-1/001 - COMARCA DE PONTE NOVA - APELANTE(S): I A S E

> OUTRO(A)(S), HERDEIROS DE N A S - APELADO(A)(S): C F I A E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA".

Exoneração

> "V.V.P. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PROCESSUAL CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - INOCORRÊNCIA - ALCANCE DA MAIORIDADE - TRABALHO REMUNERADO - INSTITUTOS DO DEVER DE SUSTENTO E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - DISTINÇÃO- CESSAÇÃO DA PRESTAÇÃO. 1. Os alimentos, no que concerne ao quantum, admitem transação, mas a audiência preliminar tem cabimento somente se não ocorrer: a extinção do processo sem julgamento do mérito; com julgamento do mérito, nos casos de reconhecimento da procedência do pedido, de transação ou de decadência; ou o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 331, caput). 2. São inconfundíveis os institutos do 'dever de sustento' e o da 'obrigação alimentar'. Aquele, decorre do poder familiar, subordina-se à relação paterno-filial e adstringe-se aos filhos menores; esta, surge com a cessação da menoridade, tem na essência a reciprocidade oriunda do liame ascendente-descendente, e não mantém vínculo com o poder familiar, mas com a relação de parentesco. Com a maioridade do alimentando, cessa pleno jure o 'dever de sustento', mormente se inserido no mercado de trabalho, porquanto já não existe a causa jurídica que o justificou. (TJMG, processo 1.0459.03.014437-0/001(1) , Relator Nepomuceno Silva, data do acórdão 15/06/2004, data da publicação 20/08/2004.)"

> "DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - FALTA DE INTERESSE PARA RECORRER - MAIORIDADE - FILHA QUE ESTUDA - FALTA DE COMPROVAÇÃO. A ex-esposa do alimentante, que não foi contemplada com a pensão, não tem legitimidade passiva no feito, e muito menos interesse para recorrer da sentença que decreta a exoneração da obrigação alimentar. Há de ser decretada a procedência da ação exoneratória de obrigação alimentícia, quando a ré atingiu a maioridade, e não comprova que ainda estuda ou que, por outro motivo, necessita dos alimentos. (TJMG, processo 1019403026255-5/001(1), Relator Moreira Diniz, data do acórdao 10/03/2005, data da publicação 12/04/2005.)"

> "Revisional de Alimentos - Binômio necessidade/possibilidade - Situação financeira dos alimentados alterada para melhor - Alimentos arbitrados com razoabilidade e de acordo com as provas dos autos - Modificação do pedido - Impossibilidade - Recurso desprovido. (TJMG, proesso 1000000331296-4/000(1), Relator José Francisco Bueno, data do acórdão 21/08/2003, data da publicação 03/10/2003.)"

> "ALIMENTOS - REVISÃO DO VALOR FIXADO PELO JUIZ MONOCRÁTICO - MAIORIDADE DOS FILHOS - INDEPENDÊNCIA FINANCEIRA - PROVA DA SITUAÇÃO DO ALIMENTANTE. É procedente o pedido de revisão de pensão alimentícia se o alimentante afirma, na inicial, a maioridade e a independência financeira de seus filhos, que, citados, deixam transcorrer in albis o prazo para a defesa. (TJMG, processo 1000000326658-2/000(1), Relator Wander Marotta, data do acórdão 03/06/2003, data da publicação 03/09/2003.)"

> "ALIMENTOS – EXONERAÇÃO – MAIORIDADE – PODER FAMILIAR – CESSAÇÃO – PARENTESCO – SOLIDARIEDADE – VERBA ALIMENTAR – MANUTENÇÃO – REDUÇÃO – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Decerto, atingida a maioridade cessa o dever de alimentos em decorrência do poder familiar, todavia, a obrigação de prestá-los irá permanecer, caso necessário, como corolário dos Princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana. Malgrado a exclusão do dever de alimentar quanto a um dos filhos, é de permanecer inalterada a fixação da verba alimentar como disposta pelo Juiz *a quo*, já que há maior necessidade para o que permanece, em razão de seus problemas de saúde, não havendo que se falar em redução proporcional. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, processo 1002403025378-5/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 26/04/2005, data da publicação 20/05/2005.)"

> "ALIMENTOS. MAIORIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR PARA CONCLUSÃO DOS

ESTUDOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa. O fundamento da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorre do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR). A maioridade não leva, forçosamente, a que cesse a obrigação alimentar que subsiste, entre pais e filhos, enquanto se apresentar como necessária. O dever de prestar alimentos existe do pai em relação ao filho, ainda que maior, inclusive vice-versa.(TJMG, processo 1031702010939-1/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 05/08/2004, data a pulicação 24/08/2004.)"

"EMENTA: Família. Alimentos. Parcela, cujo importe foi anteriormente acordado, destinada ao núcleo familiar - intuitu familiae. Possibilidade da cisão de tal prestação, caso um ou mais dos credores deixe de fazer jus ao percebimento do benefício. Recurso Desprovido. »TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.02.017998-9/003 - COMARCA DE CURVELO - APELANTE(S): C J C R E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): A L R - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO".

"EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO À EX-MULHER - AUSÊNCIA DE PROVA DE ALTERAÇÃO NA CAPACIDADE ECONÔMICA DO ALIMENTANTE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CARACTERIZAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.699 DO CÓDIGO CIVIL E ARTS. 17 E SEGTS. E 333, I DO CPC. Não havendo comprovação de mudança no binômio necessidade/possibilidade, descabe a exoneração da obrigação alimentar assumida com relação à ex-esposa, particularmente, se ela já conta com idade avançada, fora do mercado de trabalho, eis que ao longo da vida conjugal não exercia atividade laborativa. Só se pode reputar litigante de má-fé a parte que, maliciosamente, adultera a verdade dos fatos com o fim de obter vantagem material ou processual indevida, deixando de proceder, como de seu dever, com lealdade e boa-fé, opondo resistência injustificada ao andamento do feito, o que não ocorre, na espécie. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.184725-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): A.M.R. - APELADO(A)(S): M.S. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA".

"EMENTA: DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA EM BENEFÍCIO DA EX-COMPANHEIRA - NOVO RELACIONAMENTO AMOROSO - NASCIMENTO DE FILHO DO NOVO COMPANHEIRO - EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O ex- companheiro deve ser exonerado da obrigação de prestar alimentos à sua ex- companheira, na hipótese em que ela contraiu sério relacionamento amoroso, do qual adveio, inclusive, nascimento de uma filha. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.03.011490-8/001 - COMARCA DE ITAJUBÁ - APELANTE(S): L B C - APELADO(S): S R S - RELATOR: EXMO. SR. DES. MANUEL SARAMAGO".

"EMENTA: EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ALIMENTADA E TERCEIRA PESSOA - ART. 1708 DO CÓDIGO CIVIL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.Presentes provas nos autos a demonstrar que a alimentada, durante cinco anos, manteve união estável com terceira pessoa, deve-se julgar procedente o pedido de exoneração de alimentos. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0016.04.039853-5/001 - COMARCA DE ALFENAS - APELANTE(S): A P M F PRIMEIRO(A)(S), F D A T SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): F D A T, A P M F - RELATOR: EXMO. SR. DES. MANUEL SARAMAGO".

"EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - ART. 733 DO CPC - JUSTIFICATIVA - EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ALIMENTADA E TERCEIRA PESSOA - ACOLHIMENTO. Apresentando-se inconteste nos autos o fato de que a alimentada, durante quinze anos, manteve união estável com terceira pessoa, deve-se acolher a justificativa para afastar o decreto prisional. (TJMG 1070104080209-5/001(1), Relator Manuel Saramago, data do julgamento 12/04/2005, data da publicação 06/05/2005.)"

"EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRAZO DA LEI ANTERIOR - INOCORRÊNCIA - PAGAMENTO DO DÉBITO - AUSÊNCIA DE PROVA - MAIORIDADE DO ALIMENTANDO - AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXONERATÓRIA - DESNECESSIDADE - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR -

EXTINÇÃO.
Aplica-se o prazo previsto na lei anterior, quando ele for reduzido por norma do Código Civil de 2002, e se, na data de sua entrada em vigor, 10/01/2003, havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.
O ônus da prova cabe a quem alega, vale dizer, quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos, incumbindo, no entanto, ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Havendo o alimentando atingido a maioridade, desnecessário o ajuizamento de ação exoneratória para tal desiderato, eis que ocorrida a extinção da obrigação alimentar *ipso jure.*

Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos principal e adesivo.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.04.037092-4/001 - COMARCA DE VIÇOSA - APELANTE(S): G A S - ADESIVO: M A A S - APELADO(A)(S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO".

"EMENTA: CIVIL - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - ALIMENTADA MAIOR E QUE JÁ CONCLUIU CURSO SUPERIOR - PRETENSÃO DE CONTINUIDADE NO RECEBIMENTO DA VERBA ALIMENTÍCIA SOB FUNDAMENTO DE NECESSIDADE DE CONCLUSÃO DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO - AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA SUA MANUTENÇÃO - PROCEDÊNCIA - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 400 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. Restando comprovado que a alimentanda é maior, concluiu curso superior, possuindo condições de aferir rendimentos para sua manutenção, afigura-se inconcebível a manutenção de verba alimentícia que vinha lhe sendo proporcionada, ao argumento de que ainda deles necessita, uma vez que está freqüentando Curso de Pós- Graduação, sob pena de tal situação se constituir em incentivo ao ócio. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.927936-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): S C B - APELADO(S): J F B - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA".

Investigação de paternidade

"EMENTA: 1 - REGISTRO PÚBLICO - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - FALSA DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE - LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* ATIVA - Se a ação não é negatória de paternidade, e sim declaratória de inexistência de filiação por alegada falsidade ideológica, está legitimado a propô-la o filho do suposto pai. Por emanar induvidosa na prova dos autos a falsidade alegada, anula-se o registro, quanto à paternidade. 2 - EXAME DE DNA - EXCLUSÃO DA PATERNIDADE - Confirma-se o resultado do exame de DNA, diante da certeza científica de 99,99%, no que tange à exclusão da paternidade.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.207408-6/000 - COMARCA DE SÃO ROQUE DE MINAS - APELANTE(S): E A F E OUTROS - APELADO(S): J C P E OUTRA - RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI".

"EMENTA: Ação de Investigação de paternidade - Exame de DNA - Confirmação da paternidade - Alimentos devidos desde a citação - Cerceamento de defesa - Inexistência. O exame de DNA constitui prova robusta, consistente e segura em sede de ação de investigação de paternidade, revestindo-se de alto grau de confiabilidade. Considera-se pai desde a concepção e não desde a sentença, que é declaratória e não constitutiva do vínculo parental. É entendimento jurisprudencial assente nesta Corte que a obrigação alimentária vige desde a citação ex vi do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68, pois os filhos, reconhecidos ou não, devem ser tratados em igualdade de condições. Inteligência do art. 226, § 6º, da CF. Os alimentos devem ser estabelecidos em patamar suficiente para o atendimento das necessidades da alimentanda, em padrão compatível com as condições do alimentante.

TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0643.04.910500-7/001 - COMARCA DE SÃO ROQUE DE MINAS - APELANTE(S): A R B - APELADO(A)(S): Y A B, ASSIST. P/ MÃE A M B - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA".

> “EMENTA: Apelação. Investigação de Paternidade. Retificação Prévia do Registro de Nascimento. Desnecessidade.A ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada independentemente da retificação prévia do registro de nascimento, já que a sentença que reconhece a paternidade conduz, necessariamente, à anulação do registro anterior.Rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso para anular a sentença.
>
> TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0620.05.015028-8/001 - COMARCA DE SÃO GONÇALO DO SAPUCAÍ - APELANTE(S): S M F - APELADO(A)(S): C V V ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE S P A - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. ALBERGARIA COSTA”.

> “EMENTA: DIREITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. PROVA. SENTENÇA. EFEITO *EX TUNC*. NULIDADE DE PARTILHA. AÇÃO PRÓPRIA. DESNECESSIDADE. É procedente o pedido da ação de investigação, quando se verifica que a realização do exame de DNA apresenta categórica afirmativa da paternidade. A sentença proferida em ação de investigação de paternidade é de natureza declaratória e produz efeitos retroativos. A procedência do pedido de investigação de paternidade torna desnecessária a apresentação de ação anulatória de partilha. Nega-se provimento à apelação.
>
> TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0210.00.002037-5/001 - COMARCA DE PEDRO LEOPOLDO - APELANTE(S): G.A.D.G. E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): K.J.C.A. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE M.M.C. - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO”.

Negatória

> “FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXTINÇÃO DE ALIMENTOS - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM PROCESSO ANTERIOR - TRANSCURSO DO PRAZO BIENAL DA AÇÃO RESCISÓRIA - COISA JULGADA MATERIAL RECONHECIDA - INVIABILIDADE DA REDISCUSSÃO. Há coisa julgada em relação à ação Negatória de Paternidade ajuizada posteriormente à Ação Declaratória, cuja sentença transitou livremente em julgado, que somente pode ser desconstituída através da ação rescisória, proposta dentro do prazo bienal e desde que preenchidos os requisitos do art. 485 do CPC. 'Ofende o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada a propositura de ação negatória de paternidade, mesmo com invocação das novas conquistas científicas , se a paternidade foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado'. (TJMG, processo 1002404496676-0/001(1), Relator Gouvêa Rios, data do acórdão 12/04/2005, data da publicação 06/05/2005.)”

> “AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JULGADA PROCEDENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES - COISA JULGADA FORMAL - VERDADE REAL. - Nas ações de investigação de paternidade a coisa julgada que se forma é *rebus sic standibus*, podendo, conforme o caso, ser revista. 'Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real' (REsp 4.987/RJ). 'A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo,' 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. (Recurso Especial nº 226436/PR, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370.)”

> “V.V. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - RELATIVIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Mostra-se inviável o manejo de ação negatória de paternidade, se existente anterior ação de investigação, onde foi reconhecida a paternidade, através de sentença devidamente transitada em julgado, com efeitos de coisa julgada material, não sendo a inexistência de exame de DNA causa bastante para se relativizar a soberania e a certeza jurídica da coisa julgada. (TJMG, processo 1069905044318-2/001(1), Relator

Edivaldo George dos Santos, data do acórdão 20/09/2005, data da publicação 18/10/2005.)”

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - DECADÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO. Ao tempo do Código Civil de 1916 não mais se impunha prazo para a investigação do estado de filiação, e com a vigência da Constituição da República de 1989 e atual Código Civil, a imprescritibilidade tornou-se regra irrefutável. APELO PROVIDO. (TJMG, processo 1052804910503-4/001(1), Relator Nilson Reis, data do acórdão 26/10/2004, data da publicação 05/11/2004.)”

“AÇÃO ORDINÁRIA DE NEGAÇÃO DE PATERNIDADE, C/C INVESTIGAÇÃO E PETIÇÃO DE HERANÇA. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA RECURSAL. 1. Aplica-se o prazo decadencial se o direito de o filho impugnar o reconhecimento já estava extinto com o surgimento da nova legislação, ainda que, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, restaram revogados os arts. 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil. 2. O reconhecimento voluntário da paternidade, realizado quando ainda menor o perfilhado, somente pode ser por este impugnado nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. 3. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (ECA, art. 27). 5. Se o interessado, decorridos 04 anos do início de sua maioridade, não impugnou o reconhecimento de paternidade constante do seu assento de nascimento, não tem ele mais o direito de fazer a impugnação. É o direito, não a defesa dele, que não existe, e lei posterior, é curial, não vai ressuscitar um direito que não nasceu. E não nasceu porque de origem era condicionado o seu exercício no prazo de quatro anos, que transcorreu *in albis* (Des. Bady Curi, Rel. na Ap. Cív. 144.151-8, j. em 25.05.2000). 4. Embargos infringentes conhecidos e improvidos. (TJMG, processo 1000000144151-8/001(1), Relator Célio César Paduani, data do acórdão 24/05/2001, data da publicação 13/06/2001.)”

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - PATERNIDADE RECONHECIDA EM PROCESSO ANTERIOR, COM SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO - AJUIZAMENTO PELA IRMÃ - ILEGITIMIDADE ATIVA. Tratando-se de ação personalíssima, somente o falecido a poderia intentar, podendo, entretanto, seus herdeiros nela prosseguir na sua falta. Viola o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada o ajuizamento de ação negatória de paternidade, mesmo com a alegação de progresso na ciência, se a paternidade foi reconhecida em sentença anterior transitada em julgado. Apelo conhecido e improvido. (TJMG, processo 1004005029540-7/001(1), Relator Cláudio Costa, data do acórdão 05/07/2007, data da publicação 19/07/2007.)”

“AÇÃO DECLARATÓRIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO POR ERRO.- Se o resultado do exame de DNA, comprova que o autor não é o pai registral, ainda que tenhatido dúvida dessa condição, o caso é de anulação do registro. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - CARACTERIZAÇÃO DE FATO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA DESTA - NÃO-CABIMENTO. As decisões quanto à paternidade sócio-afetiva devem ter o intuito de reconhecê-la para garanti-la e protegê-la, (seja na forma pura e simples, seja na forma de tutela/curatela/adoção); porém, se ela existe, se provado o fato de sua caracterização. Se não existe, se não demonstrada, não há como impô-la, por decisão judicial. O convencimento de sua existência deve nascer do fato e não da presunção, seja legal ou jurídica/decisõria. Só deve ser reconhecida quando a situação de fato for maior, mais relevante e, por isso, sobrepondo-se à situação jurídica, meramente anotada presumida. Não há como se decidir esta questão somente baseando-se em presunção subjetiva, acerca da paternidade sócio-afetiva. Recurso provido. (TJMG, 1070105107087-1/002(1), Relator Eduardo Andrade, Data do acórdão 29/05/2007, data da publicação 10/07/2007.)”

“CIVIL E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL EFETIVADO EM RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE - IMPUGNAÇÃO SÓ CABÍVEL PELO PERFILHADO NOS QUATRO ANOS QUE SE SEGUIREM À SUA MAIORIDADE OU EMANCIPAÇÃO - DECADÊNCIA: ARTS. 178, § 9º, VI, e 362 DO CÓDIGO CIVIL - INADMISSÍVEL RETROATIVIDADE DE LEI ORDINÁRIA, INCLUÍDA A DE Nº 8.069/90 - ECA. O reconhecimento voluntário da paternidade, feito quando ainda menor o perfilhado, somente por este pode ser impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação. (TJMG, processo 1031702003024-1/001(1), Relator Orlando Carvalho, data

do acórdão 14/09/2004, data da publicação 17/09/2004.)”

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO - MITIGAÇÃO DA COISA JULGADA - POSSIBILIDADE - CONDIÇÃO ESTABELECIDA JUDICIALMENTE - POSTERIOR REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA - EXCLUSÃO CIENTÍFICA DA PATERNIDADE. - Se fica demonstrado que o autor registrou a menor como sua filha em decorrência de decisão judicial não fundada em exame de DNA, mostra-se perfeitamente cabível a anulação deste reconhecimento no caso de posterior produção de perícia genética, que comprove não ser o autor o pai biológico da ré. - As ações de estado são imprescritíveis, admitindo-se a mitigação do instituto da coisa julgada nos casos em que a paternidade foi declarada sem amparo no laudo genético. (TJMG, processo 1034204051806-6/001(1), Relator Wander Marotta, data do acórdão 08/05/2007, data da publicação 29/05/2007.)”

“CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - RECUSA REITERADA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA QUANDO DO TRÂMITE QUE RECONHECEU O AUTOR COMO PAI DO INFANTE - JULGAMENTO COM BASE EM SÓLIDO EMBASAMENTO TESTEMUNHAL, INCLUSIVE DO INVESTIGADO - PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DIANTE DA EXPRESSA RECUSA DO AUTOR EM SUBMETER-SE AO EXAME GENÉTICO NO PLEITO INVESTIGATÓRIO - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 231 E 232 AMBOS DO CÓDIGO CIVIL E ART. 267, V DO CPC. Não se descura da possibilidade da flexibilização da coisa julgada material em ações relativas à paternidade. Contudo, na espécie, quando do trâmite do pleito investigatório, o suposto pai recusou, veementemente, à negativa de se submeter ao Exame de DNA, não se mostrando plausível, portanto, nesta via negatória de paternidade, a desconstituição do julgado que a reconheceu, com a realização do exame genético para se averiguar, realmente, o vínculo paterno. (TJMG, processo 1070706123854-9/001(1), Relator Dorival Guimarães Pereira, data do acódão 17/05/2007, data da publicação 24/05/2007.)”

“AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - REQUISITO - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NO REGISTRO DE NASCIMENTO - IRRELEVÂNCIA. - A procedência do pedido formulado na ação negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, depende da prova de inexistência da paternidade sócio-afetiva, sendo irrelevante a existência de vício de consentimento no registro de nascimento. (TJMG, processo 1051204023554-5/001(1), Relator Heloisa Combat, data do acórdão 06/03/2007, data da publicação 11/05/2007.)'

“RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIR SENTENÇA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA ELABORADO AGORA - ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ FUNDADO NA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - FEITO INSTRUÍDO COM EXAME DE DNA REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DE FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE 'NOVO EXAME' POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL - QUESTÃO ATINENTE A ESTADO DE PESSOA - BUSCA DA VERDADE REAL - RECUSA DO AUTOR EM SUBMETER-SE AO EXAME JUDICIALMENTE DETERMINADO - IMPROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA - INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA - QUANDO DEVE CEDER - Segundo abalizado entendimento jurisprudencial do STJ, fundado na 'relativização da coisa julgada', nas atuais ações rescisórias admissível é a realização de exame de DNA. Todavia, a forma de coleta do respectivo material genético, ou seja, sem a participação do Poder Judiciário e a fiscalização do Ministério Público, pode comprometer o resultado do exame. Assim, se foi o exame de DNA 'realizado extrajudicialmente', isto é, sem a participação daqueles entes institucionais (PJ e MP), deixa ele de ter eficácia ou feição jurídica, o que torna oportuna e imperiosa a feitura de 'novo exame', agora por determinação judicial. Mormente por tratar-se de questão atinente a estado de pessoa, inaceitável é a alegação do autor da rescisória de não precisar submeter-se a novo exame, por já tê-lo feito antes, por sua própria iniciativa. Em conseqüência, desatendida a determinação judicial de novo exame - inspirada na busca da verdade real, em ação de estado de pessoa -, impõe-se a improcedência da pretensão rescisória. Por outro lado, a intangibilidade da coisa julgada somente deve ceder, no caso de se reconhecer a prevalência da verdade real sobre a formal. (TJMG, processo 1000000173792-3/000(1), Relator Hyparco Immesi, data do acórdão 17/08/2005, data da publicação 25/11/2005.)”

> “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. 1. Se os autores não lograram provar, de forma plausível, qualquer motivo que justificasse a exclusão da paternidade de quem procedeu voluntariamente ao registro civil do menor, em face do laudo genético do DNA, não se há como negá-la sem que tivessem outras provas que não a científica levada a efeito por determinação judicial. 2. Não há como negar que o exame sangüíneo mais simples mais conhecido - não precisa ter o DNA - resulta em certeza absoluta, quando conclui pela exclusão da paternidade. 3. Recurso a que se nega provimento. (TJMG , processo 1002401596151-9/001(1), Relator Célio César Paduani, data do acórdão 04/05/2004, data da publicação 18/06/2004.)”

> “AÇÃO RESCISÓRIA - JULGAMENTO DE MÉRITO - PROPRIEDADE - ERRO DE FATO - PROCEDÊNCIA. - Tratando-se de sentença de mérito, a ação própria para sua extinção é a rescisória. - Rescinde-se sentença que extinguiu processo de ação de investigação de paternidade, com fundamento em declaração do investigando que, comprovadamente, foi induzido a erro de leitura do exame de DNA que propiciou o reconhecimento espontâneo. (TJMG, processo 1000000291413-3/000(1), Relator Sergio Braga, data do acórdão 17/09/2003, data da publicação 03/10/2003.)”

> “Ação declaratória de inexistência de relação parental. Ação não personalíssima. Legitimidade ativa do avô paterno. Reconhecimento. Interesse processual. Prosseguimento do feito. Não se cuidando, no caso, de ação negatória de paternidade, e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por alegada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada, não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados. (TJMG, processo 1000000333820-9/000(1), Relator Correa de Marins, data do acórdão 07/08/2003, data da publicação 19/09/2003.)”

Separação Judicial

> “Ementa:SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA - CULPA RECÍPROCA CONFIGURADA - PARTILHA DE BENS - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - BENS PARTICULARES - NÃO-COMPROVAÇÃO - BENS PERTENCENTES À PESSOA JURÍDICA - DIVISÃO - IMPOSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CONCESSÃO. Malgrado, comprovadamente, intempestiva a peça impugnatória da contestação desnecessária o seu desentranhamento, posto não haver configurado qualquer prejuízo à autora. Tendo havido a reunião dos processos de alimentos com os presentes autos de separação em razão da continência, não há que se falar em julgamento *extra petita* o fato de ter havido sua decisão conjunta. Havendo ambos os ex-consortes, violado deveres conjugais, praticando, assim, injúria grave um contra o outro, fato que tornara impossível a continuação da vida em comum, resta caracterizada a culpa recíproca. Não tendo as partes se desincumbido do ônus de comprovar a propriedade de bens antes do casamento, mas sim, havendo demonstração que estes foram adquiridos na constância do matrimônio, impõe-se sua partilha. Para haver a desconsideração da personalidade jurídica, atingindo-se o patrimônio da empresa, não basta a simples afirmação de que existiu fraude a seu direito, mas sim a cabal comprovação dos atos tidos como fraudulentos. Deve ser deferida a gratuidade judiciária à parte que afirme nos próprios autos, não ter condições de arcar com as custas de uma demanda judicial, desde que inexistam fundadas razões para sua não-concessão. Apelação principal improvida e parcialmente provida o adesiva. (TJMG, processo 1002702000847-3/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 16/11/2004, data da publicação 30/03/2005.)”

Guarda

> “EMENTA: BUSCA E APREENSÃO - INTERESSE DO MENOR - MÃE BIOLÓGICA - Estando a criança bem cuidada pela guardiã provisória, e não tendo a mãe biológica condições para criá-la deve ser indeferida a

> medida de busca e apreensão, preservando os interesses do menor, que sobrepõem-se aos dos pais biológicos.(TJMG, processo 055703900025-1/001(1), Relator Carreira Machado, data do acórdão 22/04/2004, data da publicação 25/05/2004.)”

> “EMENTA: MENOR. GUARDA. FAMÍLIA SUBSTITUTA. MODIFICAÇÃO. INCONVENIÊNCIA, DIANTE DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. Reconhecendo, a criança, como própria, a família substituta, que a acolheu na primeira infância, e perdurando a convivência harmoniosa com ela por mais de nove anos, não se mostra recomendável a alteração de tal situação, para alterar a guarda, concedendo-a à mãe biológica. Pedido de formalização formulado pelos guardiães de fato acolhido. Sentença confirmada. (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.185.181-5/00 - COMARCA DE ITUIUTABA - APELANTE(S): L S B - APELADO(S): D A B E S/M - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.)”

> “EMENTA: PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA FORMULADO PELO PAI - ACORDO CELEBRADO NO DECORRER DO PROCESSO - PERMANÊNCIA DE UM DOS FILHOS NA COMPANHIA MATERNA - ALIMENTOS AJUSTADOS NA PROPORÇÃO CORRESPONDENTE A APENAS ESTE FILHO.
> Não constitui decisão extra ou ultra petita, em ação de modificação de guarda, adaptar-se a pensão paga pelo alimentante à nova situação surgida daí. (TJMG, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 000.161.807-3/00 - COMARCA DE UBERABA - AGRAVANTE(S): C A A - AGRAVADO(S): S C R - RELATOR: EXMO. SR. DES. PÁRIS PEIXOTO PENA SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.)”

Mudança de sexo e de nome

Superior Tribunal de Justiça

> “RECURSO ESPECIAL Nº 678.933 - RS (2004/0098083-5)
> RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
> RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
> RECORRIDO: PAULO CESAR DE OLIVEIRA CRISTY
> ADVOGADO: NESY MARINA RAMOS E OUTRO
> EMENTA
> Mudança de sexo. Averbação no registro civil.
> 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito.
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido.
>
> ACÓRDÃO
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 22 de março de 2007 (data do julgamento). Documento: 3084073 - EMENTA / ACORDÃO - *Site* certificado - **DJ**: 21/05/2007 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO Relator”.

Separação

> “EMENTA: ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA CULPA PELA SEPARAÇÃO DO CASAL. RECURSO PROVIDO. Ao se verificar que a alimentanda dedicou-se ao lar e aos filhos durante 27 anos, sem preparar-se para o exercício de outra profissão que não seja a do lar, ao passo que o alimentante goza de elevado padrão de vida, resta configurado o preconizado binômio necessidade/possibilidade, tornando imperiosa a fixação de alimentos provisórios. A atribuição de culpa pela separação, destituída de respaldo probatório robusto, não tem o condão de desnaturar a necessidade de fixação dos alimentos. Além disso, em casos tais, não se pode olvidar que a discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal deve ser examinada com extrema cautela à luz do conceito de família introduzido pela Carta Magna. TJMG, AGRAVO N° 1.0024.05.663109-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): M.L.J.C. - AGRAVADO(A)(S): P.C. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MARIA ELZA”.

União Estável

> “EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA. HERDEIRA. REGIME DE BENS. A discussão acerca da existência da união estável torna-se inócua, pois, na data de dois de abril de 2002, o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, homologou, após manifestação favorável do Ministério Público, o acordo celebrado pelo finado A R, devidamente assistido por curador especial, e por M G B, ora parte apelada, para fim de reconhecimento de união estável, a contar a partir do início década de 80. Destarte, não há razão fática, jurídica e legal para não reconhecer a apelada como herdeira dos bens adquiridos na constância da união estável. No caso dos autos, o finado já estava separado de fato de sua esposa, quando iniciou o relacionamento afetivo com a apelada. Tal conclusão decorre do estado vegetativo que a esposa do finado se encontrava no leito hospitalar, durante vinte e um anos, ou seja, de 1970 a 1991. Assim, o só fato de o finado permanecer legalmente casado não impede, que se reconheça ter havido entre ele e a apelada união estável. Neste caso, não há falar em impedimento para a configuração da união estável. Mesmo antes da expressa permissão trazida pelo art 1.723, § 1º, do atual Código Civil, a jurisprudência já vinha admitindo que o fato de um dos companheiros encontrar-se casado não tem o condão de impedir o reconhecimento da união estável. O regime de bens é o de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do Código Civil. Ademais, consigno que, quando a união estável, se iniciou o finando não era sexagenário, não se aplicando, pois, quaisquer restrições no tocante ao regime de bens. Registro, para fim de esclarecimento, que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça assentaram que 'para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.' (Precedente: REsp n. 736.627 - PR). TJMG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0525.04.050328-2/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - APELANTE(S): B.R. - APELADO(A)(S): M.G.B. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MARIA ELZA.)”

> “EMENTA: DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - DIREITO INDISPONÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA - SOCIEDADE DE FATO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DECLARATÓRIO. Tratando-se de causa que verse sobre direitos indisponíveis, por envolver o estado civil dos litigantes, não há que se falar em aplicação dos efeitos a revelia. A união estável deve estar seguramente demonstrada para o reconhecimento da sociedade de fato e seus efeitos.
> TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0180.01.001239-1/001 - COMARCA DE CONGONHAS - APELANTE(S): MP/MG - APELADO(A)(S): Y A LTDA. - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE - SÚMULA : DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL”.

> “EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL - CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA - REQUISITO NECESSÁRIO.Sem o objetivo de constituição de uma entidade familiar não se configura a união estável. Não configura o intuito familiar a união afetiva com uma mulher concomitante à união com outra mulher, esta de maior habitualidade e estabilidade. 'O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um 'núcleo familiar'. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência e doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se.' (Direito de Família e o Novo Código Civil. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.227) TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.009397-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I V F M - APELADO(A)(S): M P J HERDEIRO(A)(S) DE O J, REPDO P/ CURADORA M L P, G G J E OUTRO (A) (S), HERDEIRO(A)(S) DE O J - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO”.

União Homoafetiva

> “EMENTA: UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO. SOBREVIVENTE. PROVA DA RELAÇÃO. POSSIBILIDADE - À união homo afetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. TJMG, APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.750258-5/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 7 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): IPSEMG - APELADO(A)(S): R C B N - RELATOR: EXMO. SR. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA”.

> “EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL- APELAÇÃO- AÇÃO DECLARATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO OCORRÊNCIA- UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO - CONTRATO- NÃO EXIGÊNCIA- CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS E RECURSOS PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO - SOCIEDADE DE FATO RECONHECIDA - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO DEFERIDA - COMPENSAÇÃO DE VALOR DEVIDO AO ESPÓLIO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não existe impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão deduzida em juízo não está regulada em lei. Comprovada a formação de uma sociedade homoafetiva e demonstrada a união de esforços para a formação de um patrimônio, deve ser deferida a meação dos bens. Não há que se falar em comprovação contratual de sociedade de fato, homoafetiva, a teor do disposto no art. 981 do CC, por esta não se tratar de uma sociedade empreendedora. Na meação a ser paga à apelada, o apelante faz jus a compensação de crédito que possui em relação ao preço do imóvel a ser partilhado. Recurso conhecido e parcialmente provido. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0480.03.043518-8/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): A P G F ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE W V F G - APELADO(A)(S): M T S - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MÁRCIA DE PAOLI BALBINO”.

Alimentos – avós

> “AÇÃO DE ALIMENTOS - ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR ARCAR COM A TOTALIDADE DA PENSÃO ALIMENTÍCIA - CHAMAMENTO AO PROCESSO - AVÔ PATERNO - IMPOSSIBILIDADE. Não obstante existir a possibilidade de se constituir litisconsórcio passivo entre pais e avós, em ação de alimentos, não é possível a utilização do instituto do 'chamamento ao processo', pelo autor, para suprir omissão existente em sua inicial. (TJMG, processo 1002403991077-3/002(1), Relator Eduardo Andrade, data do acórdão 06/04/2004, data da publicação 16/04/2004.)”

> “ALIMENTOS - COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO - AÇÃO PROPOSTA CONTRA AVÓ PATERNA - ASCENDENTES - ORDEM SUCESSIVA DO CHAMAMENTO À RESPONSABILIDADE - ESCOLHA ALEATÓRIA PARA SUPORTAR O ENCARGO E A LIDE Em se tratando de pedido de complementação de alimentos, a ação deve ser movida, em primeiro lugar, contra o próprio pai, visando à revisão da pensão; e, paralelamente, contra todos os avôs, no caso de o primeiro se revelar sem forças para o aumento e uma vez provada a necessidade da complementação. Desta forma, todos os ascendentes estariam compondo o pleito, onde se apuraria quem pode e como pode, com fito na melhoria pensionária. O avô somente pode ser obrigado à prestação de alimentos aos seus netos, se ficar comprovado que o pai dos mesmos não tem condições de prestá-los ou de complementar a pensão que já vem suportando. Tendo o alimentando escolhido, aleatoriamente, um dos ascendentes para suportar o encargo e a lide, sem observância da ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade, outra alternativa não resta ao Magistrado, senão extinguir o processo sem julgamento do mérito. (TJMG, processo 1000000241349-0/000(1), Relator Fancisco Lopes de Albuquerque, data do acórdão 13/08/2002, data da publicação 23/08/2002.)”

> “EMENTA: Alimentos. Pretensão deduzida em face dos avós paternos. Preliminar de cerceamento de defesa. Questão açambarcada pela preclusão consumativa. Carência de ação. Ausência de configuração do fenômeno. Litisconsórcio passivo facultativo impróprio. Em sendo a pretensão alimentar dirigida aos avós paternos, excluindo-se do pleito os avós maternos, não há se falar em litisconsórcio passivo necessário, devendo, contudo, atentar-se para a circunstância de que a pensão deve ser fixada na proporção da responsabilidade dos demandados, considerando-se, portanto, que os coobrigados não demandados também tem o dever de contribuir para a manutenção da reclamante, a qual sujeita-se às conseqüências de sua omissão. Destarte, impõe-se a minoração da pensão estabelecida pela instância a quo. Recurso Principal parcialmente provido e Recurso Adesivo Desprovido.
> APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0083.04.910510-5/001 - COMARCA DE BORDA DA MATA - APELANTE(S): O A S E SUA MULHER W L C, APELANTE ADESIVO- Y V A S, REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE L B S C - APELADO(A)(S): Y V A S REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE L B S C, O A S E SUA MULHER W L C - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO”.

> “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÔ PATERNO. PAI COM CONDIÇÕES DE DAR ALIMENTOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS AVÓS MATERNOS. CASO PECULIAR. POSSIBILIDADE.1 - A obrigação de prestar alimentos só passa aos ascendentes quando aquele que os deve esteja ausente, morto ou não tenha condições de fazê-lo total ou parcialmente. Neste último caso, a obrigação dos avós será apenas complementar.2 - Se a agravada tem pai vivo e com condições de pagar alimentos, mas se omite, a Ação de Alimentos deverá prosseguir contra o avô paterno, apenas para verificar a necessidade deste dar-lhe alimentos complementares, devendo ser suspensa a obrigação de dar os provisórios até o termino da ação.3 - Não existe litisconsórcio passivo necessário entre os avós paternos e maternos. Contudo é possível sua formação se aquele que foi demandado não tiver condições suficientes de prestar alimentos.4 - Agravo provido.
> AGRAVO N° 1.0194.06.062093-8/001 - COMARCA DE CORONEL FABRICIANO - AGRAVANTE(S): G.B.C. - AGRAVADO(A)(S): I.C.C.A.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE K.C.C.A. - RELATOR: EXMO. SR. DES. NILSON REIS”.

> “EMENTA: FAMÍLIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. AVÓS. CONDIÇÃO A QUE SE OBRIGAM À PRESTAÇÃO. 1 - O dever à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filho, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. 2 - Não é possível se impetrar ação judicial diretamente contra os avós paternos ou maternos, sem a comprovação de que o devedor originário se encontra impossibilitado de cumprir com o seu dever, pois a obrigação daqueles ao pagamento de pensão alimentícia é decorrente da incapacidade dos pais de cumprirem com o que é, originariamente, de sua responsabilidade.
> AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0069.04.012933-5/001 - COMARCA DE BICAS - AGRAVANTE(S): G T E SUA MULHER - AGRAVADO(A)(S): K M T E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. DUARTE DE PAULA”.

Alimentos − ex-mulher

> “DIVÓRCIO. ROMPIMENTO DO VÍNCULO. DESCABIMENTO DO PEDIDO DE VERBA ALIMENTAR. DIREITO NÃO RESSALVADO. Findo o casamento, com o rompimento dos vínculos legais entre os cônjuges pelo divórcio, descabe à mulher receber alimentos se tal direito não veio estipulado ou ressalvado na separação judicial ou na conversão em divórcio. Com efeito, uma vez dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio, rompidos ficam todos os liames entre os cônjuges, marido e mulher - que não são parentes - passam a ser pessoas estranhas para as quais não subsiste o dever de mútua assistência própria do casamento. Daí que, independente da possibilidade ou não de dispensa ou renúncia aos alimentos, não tem a ex-mulher legitimidade para reclamar do ex-marido o pagamento de pensão alimentícia. Esta é a lição de Yussef Said Cahali (**Dos Alimentos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 348.). (TJMG, processo 1002405897620-0/003(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 15/02/2007, data da publicação 09/03/2007.)”

> “EMENTA: REVISIONAL DE ALIMENTOS - PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE PENSÃO - EX-COMPANHEIRA EM SITUAÇÃO DE PENÚRIA - POSSIBILIDADES DO ANTIGO COMPANHEIRO DE CONTRIBUIR PARA SUA DIGNA EXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.694, 1.695 E 1.702 DO CC, AMPARADOS PELA ANÁLISE SISTEMÁTICA DOS DESÍGNIOS CONSTITUCIONAIS - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - Estando-se diante do término de uma relação fundada a partir de antigos parâmetros culturais - em que ao homem cabia a obrigação de prover o lar, enquanto a mulher era por ele sustentada e se encarregava dos cuidados domésticos e da educação dos filhos -, impossível não se atribuir ao primeiro o dever de continuar auxiliando sua antiga companheira, de modo a possibilitar-lhe uma existência digna em nome da solidariedade decorrente dos anos de convívio e mútua dedicação (arts. 1.694, 1.695 e 1.702 do CC). - Demonstrada a precariedade da situação em que se encontra a autora, conclui-se pelo aumento de suas necessidades, fato que, diante das ainda boas condições do réu, conduzem à majoração da pensão devida àquela, nos moldes previstos pelo art. 1.699 do CC.
> APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.703452-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): P.G.F. - APELADO(A)(S): M.P.R. - RELATOR: EXMO. SR. DES. WANDER MAROTTA”.

Alimentos − pais

> “SEPARAÇÃO JUDICIAL – ALIMENTOS – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO – IGUALDADE ENTRE OS FILHOS – NULIDADE CONFIGURADA. Na fixação dos alimentos, deve-se ter sempre em vista o atendimento do binômio necessidade/possibilidade, e também, ao princípio da igualdade de tratamento entre os filhos. Já arcando o alimentante com a pensão alimentícia de outro filho, a prestação que se fixa para os irmãos não pode ser diferenciada do primeiro, exceto se comprovado que este possuía maior necessidade. Havendo ofensa ao princípio do tratamento igualitário entre os irmãos, e assim, diante do prejuízo suportado pelos menores, deve a sentença ser anulada nesta parte, para que se restabeleça o equilíbrio entres os filhos. Recurso a que se dá provimento. (TJMG, processo 1007903103302-4/001(1), Relator Batista Franco, data do acórdão 14/12/2004, data da publicação 18/02/2005.)”

> “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. REDUÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA. IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE SEUS FILHOS. Se o genitor efetua pagamento de pensão alimentícia a filhos havidos na constância de seu casamento e, não tendo sido julgado procedente o pedido de revisão de pensão ajuizado em relação a estes, deve o mesmo efetuar o pagamento dos alimentos provisórios de seu filho em igualdade com o valor recebido por cada um de seus irmãos. (TJMG, processo 1000203900004-3/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 15/04/2004, data a publicação 11/05/2004.)”

> “ALIMENTOS - ALIMENTANTE SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO OU FUNCIONAL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - SALÁRIO-MÍNIMO - VIABILIDADE - Quando o alimentante não tem vínculo empregatício ou funcional, tornando-se praticamente impossível a apuração exata de seus ganhos, vale-se o juiz do critério da estimativa, para fixar o *quantum* alimentício, nada o impedindo de estabelecê-lo em um salário mínimo (ou valor aproximado), desde que as circunstâncias e a razoabilidade o permitam. (TJMG, processo

> 1002402872772-5/001(1), Relator Hyparco Immesi, data do julgamento 10/03/2005, data da publicação 10/05/2005.)"

> "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - MAJORAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA SENTENÇA - EFEITOS *EX NUNC"*- DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. Os alimentos provisórios, em qualquer caso, retroagem à data da citação. Aplicação do artigo 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68. Os alimentos fixados provisoriamente devem prevalecer até o trânsito em julgado da sentença que os alterou. Recurso a que se dá parcial provimento. AGRAVO Nº 1.0024.04.292126-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): G H S C, REPDO P/ MÃE I C S C - AGRAVADO(A)(S): E R C - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO".

Divórcio

> "EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - FILHO MAIOR - INADMISSIBILIDADE - CÔNJUGE - VALOR JUSTO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Na ação de divórcio direto só é possível dispor sobre pensão alimentícia para os cônjuges que demonstrem impossibilidade de sobrevivência sem a mesma e para os filhos menores; sendo que, se o filho menor quando do ajuizamento da ação atinge a maioridade antes da sentença, esta não deverá ao mesmo conceder pensão. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.090494-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): C O C C - APELADO(S): M P C - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ".

Execução

> "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - TRÊS ÚLTIMAS PRESTAÇÕES VENCIDAS À DATA DO MANDADO DE CITAÇÃO E AS QUE VENCEREM NO CURSO DA DEMANDA - PERSISTÊNCIA DO DECRETO PRISIONAL. O pagamento de valores *in natura* constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas; os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem à quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de que devem ser pagas as 'três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as que vencerem no curso da demanda' AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.03.059375-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): D S S - AGRAVADO(A)(S): N M C S - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA
>
> ACÓRDÃO
> (SEGREDO DE JUSTIÇA)
> Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL.
>
> Belo Horizonte, 11 de agosto de 2005.
>
> DES. SILAS VIEIRA - Relator
> 04/08/2005
> OITAVA CÂMARA CÍVEL
> ADIADO
> NOTAS TAQUIGRÁFICAS
> (SEGREDO DE JUSTIÇA)
> AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.03.059375-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE -

AGRAVANTE(S): D S S - AGRAVADO(A)(S): N M C S - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA.
Assistiram ao julgamento, pelo agravante, os Drs. Aloísio Anunciação Júnior e Francisco de Carvalho, e, pela agravada, a Dr.ª Juliana Gontijo.
Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Hélio Gelape.
O SR. DES. SILAS VIEIRA:
VOTO
Cuidam os autos de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida nos autos da ação de execução de prestação alimentícia, ajuizada por N M C S em face de D S S, via da qual a juíza monocrática decretou a prisão civil do executado nos moldes do art. 733 do Código de Processo Civil c/c art. 19 da Lei nº 5.478/68.
Em suas razões, D S S alega, em suma, que 'pagou a pensão ainda que com recursos adquiridos, por empréstimos, de terceiros' tendo o efetuado de forma in natura, sustentando ainda que em parte alguma da decisão recorrida foi estabelecida como deveriam ser pagas as prestações alimentícias.
Recebi o processo, somente pelo efeito devolutivo, indeferindo, na mesma oportunidade, a requerida antecipação da pretensão recursal (fls. 220/221 - TJ).
O juiz singular noticiou a manutenção da decisão recorrida e o cumprimento da determinação estampada no art. 526 do Código de Processo Civil (227/229 - TJ).
Contraminuta e documentos às fls. 230/694 - TJ.
Nesta instância a douta procuradoria de justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso em parecer de fls. 699/704 - TJ.
Preparo carreado às fls. 214 - TJ dos autos.
É o que se extrai dos autos. Passo ao voto.
Conheço do recurso eis que presentes estão os pressupostos de admissibilidade exigidos.
Antes de adentrar no mérito recursal, vale destacar que, na análise do presente recurso, não impende ao julgador aferir se o montante de 58 salários mínimos mensais é adequado aos autos, sendo despicienda qualquer alegação tocante à condição financeira do agravante ou a necessidade da agravada.
Ao contrário, o cerne recursal cinge-se, unicamente, em apreciar a legalidade do decreto de prisão na espécie, pesando a existência nos autos da efetiva quitação das três últimas parcelas de alimentos e as demais vencidas durante o trâmite da ação.
O agravante alega que as prestações alimentícias foram quitadas por via de verbas in natura, o que inviabilizaria o decreto de prisão expedido.
Porém tenho entendido que as verbas alimentares não estão sujeitas à compensação, portanto o pagamento de valores in natura constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas.
Nesse corolário os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem à quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento.
Encapa tal entendimento a jurisprudência do próprio TJMG, senão vejamos:
EMENTA: ALIMENTOS. DESÍDIA DO ALIMENTANTE. PRISÃO CIVIL. JUSTIFICADA. RECURSO PROVIDO. Há clara desídia do agravante em quitar com suas obrigações alimentícias, indicando tal omissão desrespeito ao alimentando e desdém ao Poder Judiciário, o que constitui razão bastante para admitir a ordem prisional.
[...]
O pagamento de alimentos in natura, se ocorrido, não exime o agravante de cumprir a obrigação de prestar os alimentos em pecúnia. Qualquer outra forma de pagamento constitui mera liberalidade.
Eventual dificuldade financeira não afasta o dever de prestar alimentos, que deve ser exercido pelo pai, ainda que com extremo sacrifício.
Por fim, o pagamento parcial do débito alimentar não torna ilegítimo o decreto prisional, pois as parcelas vencidas no curso do processo também devem ser quitadas. Entender o contrário é beneficiar o devedor contumaz e desidioso, como revela ser o agravante. (Número do processo: 1.0024.02.881981-1/002(1) - »Relator: MARIA ELZA - DJ: 28/05/2004, grifo nosso)
Logo, é de se concluir que o agravante, de fato, não só deixou de efetivar a devida quitação dos valores referentes aos 03 (três) meses anteriores à propositura da ação executiva, mas também das demais parcelas vencidas no curso do processo, induzindo ao entendimento que o alimentante encontra-se em mora injustificada, autorizando a prisão civil.
A propósito, colaciona-se o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:
AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL.

PRECEDENTES. 1. O agravante insiste em que não está obrigado, sob pena de prisão, a pagar todas as parcelas que se vencerem no curso da execução, mas apenas as três últimas. O entendimento atual desta Corte, contudo, está consolidado no sentido de que o devedor de alimentos, para afastar a sua prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as vincendas durante a execução. 2. Agravo regimental desprovido. (AGA nº 467124/RS. Rel. Min. Menezes Direito. Publicado no DJ dia 01/09/03). »(grifei)

RECURSO ORDINÁRIO DE *HABEAS CORPUS* EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. 1. O *habeas corpus* não constitui via adequada para o exame aprofundado de provas. 2. As alegações feitas com documentos que integram outro *habeas corpus* já impetrado, cujo desfecho não está nos presentes autos, nele deverão ser examinadas. 3. A prisão civil decorrente de pensão de alimentos em atraso é permitida em relação às três últimas parcelas, anteriores ao ajuizamento, e às vencidas no curso do processo. 4. Recurso provido em parte, por maioria. (RHC nº 13781/RJ. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Publicado no DJ dia 05/05/03).

Por derradeiro, seguindo a esteira jurisprudencial do STJ, evidencio que o decreto prisional deve permanecer em virtude do inadimplemento das três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da execução, bem assim das vencidas no curso do processo.

Arrimado nas considerações precedentes, nego provimento ao recurso de agravo, mantendo inalterada a decisão recorrida.

É como voto.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

Senhor Presidente,

Peço vista.

SÚMULA: PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiram ao julgamento, pela agravada e pelo agravante, os Drs. Juliana Gontijo e Aloísio Anunciação Júnior, respectivamente.

O SR. PRESIDENTE (DES. ISALINO LISBÔA):

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 04/08/05, a pedido do Primeiro Vogal, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Edgard Penna Amorim.

O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

VOTO

Acompanho o em. Relator. Registro, tão somente, que, ao contrário da manifestação de S. Exa., entendo ser possível a análise da justificativa apresentada pelo agravante, sobre sua impossibilidade de efetuar o pagamento dos alimentos no montante fixado pela i. Juíza de primeira instância, na medida em que tal matéria foi examinada por esta d. Magistrada ao decretar a prisão civil do alimentante.

In casu, porém, o agravante não me convenceu de que não tem possibilidade financeira de arcar com os alimentos fixados e, assim, evitar a medida extrema decretada na decisão recorrida. Com efeito, a prova documental juntada pelas partes demonstra, de forma inequívoca, que os rendimentos do alimentante, ao contrário do afirmado nas razões recursais, não é apenas aquele apontado às f. 35- TJ. O expressivo patrimônio do casal (f. 39/41-TJ), juntamente com a movimentação financeira do recorrente (f. 417/431, 456/458, 459, 463, 466, entre outras), jogam por terra a alegação de ganho mensal no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Ademais, corrobora o entendimento da possibilidade de o alimentante cumprir a obrigação alimentar o fato de não ter ele interposto recurso contra a decisão de f. 376/377 que, na ação de exoneração/redução de alimentos ajuizada pelo ora recorrente, indeferiu o pedido de antecipação de tutela (f. 376/377-TJ), à míngua de suficiente prova, a qual poderá ser suprida com a perícia deferida.

Diante do exposto, acompanho o em. Relator e nego provimento ao agravo de instrumento.

A SRª. DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO:

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Divaldo Salvador de Souza nos autos da Execução de alimentos que lhe move sua esposa contra a decisão de ff. 17/20, que deferiu a sua prisão.

De fato, constitui posição majoritária neste Egrégio Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça de que não havendo o alimentante quitado as três últimas prestações na data do mandado de citação para a execução de alimentos, a prisão civil deve ser decretada.

Nesse sentido, a súmula 309 publicada no DJ de 04/05/2005, *verbis*:

'O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo'.
Contudo, nada impede que, em sede de agravo de instrumento, verifique-se que a comprovada impossibilidade financeira do alimentante é o motivo para a não quitação do débito, nos exatos termos do que prescreve o art. 733, § 1º do Código de Processo Civil.
Nesse sentido, as decisões deste Tribunal:
'Pensão alimentícia. Execução. Justificativa apresentada pelo devedor. Acolhimento. Prisão. Desnecessidade. Não deve ser decretada a prisão civil do devedor de alimentos, quando a justificativa apresentada, para a falta do regular pagamento das parcelas a que foi condenado, demonstrativa de sua sofrível situação financeira, é plenamente albergável. Recurso Provido' (Processo nº 1.0153.04.033845-8/001 (1), Rel. Dês. Pinheiro Lago, p. em 02/08/2005).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - MEDIDA EXCEPCIONAL - JUSTIFICATIVA. A prisão civil por dívida de alimentos é medida excepcional e que admite justificativa para sua exclusão. Tendo a guarda do menor passado ao pai, deve ser revogado decreto de prisão pelo inadimplemento dos alimentos.
Recurso provido (Processo nº 1.0024.97.023245- 0/001 (1), Rel. Dês. Cláudio Costa, p. em 01/07/2005.)
'PRISÃO CIVIL - DEVEDOR DE ALIMENTOS. Inteligência do art. 733 do CPC. Não será decretada a prisão civil do devedor de alimentos que apresentar, dentro do prazo legal, justificativa para a sua inadimplência (Processo nº 1.0433.03.099300-3/001 (1), Rel. Dês. Edivaldo George dos Santos, p. em 22/12/2004.)'
Devo consignar que a apreciação do agravo de instrumento é diversa da que se faz em habeas corpus em que a verificação se restringe aos requisitos constantes da súmula 60 deste TJMG do seguinte teor:
'60 - Em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do *habeas corpus* se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente. (maioria)'.
In casu, a pensão mensal de 58 salários mínimos, atualmente no importe de R$17.400,00 (dezessete mil reais e quatrocentos reais) se mostra, na verdade, excessiva, mormente por ter ficado comprovado pelo documento de f. 35 que o desconto em folha de pagamento se mostra impossível, porquanto o agravante percebe mensalmente, a quantia de R$4.000,00 (quatro mil reais) bruto.
Na ata de audiência de f. 25, consta que foi deferida prova pericial com a finalidade de também aferir a capacidade financeira do recorrente, decorrente da condição de sócio controlador e diretor de grupo econômico, tendo em vista a ação de exoneração de alimentos que ajuizou.
Pelas informações prestadas pelo douto Julgador singular, também restou claro que na ação de exoneração de alimentos provisórios movida pelo ora agravante, aguarda-se a realização de perícia contábil para aferição da real capacidade contributiva do alimentante (ff. 227/228).
Assim, não estando, na realidade, comprovada a real condição financeira do recorrente, não há como se decretar o decreto prisional.
Ademais, ainda que se considere a impossibilidade de prestação de alimentos in natura, o certo é que o alimentante não se furta a sua obrigação alimentar, não estando a parte agravada, tampouco suas filhas a passar por necessidade, ao que se acresce o fato de que não se mostra, a priori, em condições financeiras suficientes para fazê-lo em importe tão excessivo, sendo prudente que se aguarde a realização da prova pericial.
Mediante tais considerações, rogando vênia ao em. Desembargador Relator, dou provimento ao recurso para afastar a prisão decretada.
SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A SEGUNDA VOGAL".

"EMENTA: Recurso de agravo. Ação de execução de alimentos. Pensão de alimentos paga, parcialmente, in natura. Decretação de prisão. Possibilidade. 1. Compete ao alimentando, por seu representante legal, definir as prioridades no gasto da pensão de alimentos por ele recebida, razão pela qual resta inadmissível o pagamento in natura.2. Não quitada a pensão exequenda, subsiste o decreto que determina a prisão do Executado.
AGRAVO N° 1.0024.05.627762-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): M.F.C.F. - AGRAVADO(A)(S): M.C.C. E OUTRO(S), REPDO(S) P/ MÃE V.C.C. - »RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 25 de setembro de 2007.
DES. JARBAS LADEIRA - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:
VOTO
Cuida-se, na espécie, de agravo de instrumento interposto de decisão que decretou a prisão do Agravante por 60 dias, justificando-se este pelas dificuldades que vem enfrentando e pelo fato de que não desamparou suas filhas, pagando parte da pensão em dinheiro e parte diretamente das mensalidades escolares, materiais e despesas de saúde.
Argumenta, destarte, que a pensão somente não foi paga em sua totalidade por absoluta impossibilidade financeira, mas, ainda assim, não deixaram de ser quitadas as mensalidades escolares, tratamentos ortodônticos, além da quantia depositada na conta da mãe das Agravadas.
Demonstra que nunca foi empresário de transportes, mas apenas caminhoneiro autônomo, deixando de exercer a profissão em razão da impossibilidade de concorrer com grandes transportadoras e mineradoras.
Afirma, então, que passou a trabalhar, em 1º de outubro de 2004, como empregado da Ltda, percebendo R$ 1.500,00, mas foi demitido em 31 de março de 2006.
Aduz que, não obstante toda a crise por ele vivida, utilizou a quase totalidade dos recursos provenientes do FGTS e das verbas rescisórias trabalhistas para custear as despesas das Agravadas.
Alega que ajuizou ação revisional de alimentos, reputando excessiva a obrigação de pagar cinco salários mínimos às filhas, ora Agravadas, argumentando que seu salário atual é de R$ 700,00, sendo necessária, inclusive, a ajuda de seus pais para custear tal pensão.
Aduz que o rito do art. 733, do CPC, não é aplicável à espécie, tendo em vista que o Agravante não deixou de pagar a totalidade da pensão. Sustenta, outrossim, que as prestações de alimentos, quando acumuladas por longo tempo, perdem esse caráter, passando a ser simples ressarcimento de despesas já havidas, não cabendo decretação de prisão.
Ao final, argumenta que sua prisão se refletirá diretamente nas filhas, tendo em vista que perderá seu emprego e não mais terá o salário com o qual paga parte da pensão a elas devida.
Pleiteia, nesse sentido, que seja conferido efeito ativo ao Agravo, revogando ou cassando liminarmente a decisão que decretou a prisão civil do Agravante, determinando expressamente a suspensão da ordem.
Por derradeiro, pugna pelo provimento do agravo, confirmando-se a decisão liminar e reconhecendo a validade dos pagamentos feitos a título de pensão alimentícia para as filhas, além de determinar a conversão da execução intentada no art. 733, do CPC, para a modalidade do art. 732, do mesmo diploma legal.
Conheço do agravo, presentes seus pressupostos.
Cinge-se, a matéria em discussão, à possibilidade de a pensão de alimentos ser paga in natura, ou seja, de ser paga não apenas em dinheiro, mas quitadas diretamente as despesas dos menores.
Não há nada a ser modificado na decisão prolatada pelo douto magistrado de 1º grau, tendo em vista a impossibilidade de o pagamento da pensão de alimentos ser feito da forma como pretendida pelo Agravante.
Com efeito, o pagamento da pensão de alimentos visa a possibilitar, à mãe, a quem foi deferida a guarda das menores, prover, da melhor forma possível, os meios para a subsistência e lazer das filhas, competindo-lhe, por conseqüência, a decisão do que é prioritário.
Nesse sentido, o pagamento do importe fixado a título de pensão há de ser feito em sua totalidade, não sendo lícito, ao pai, pleitear o direito de decidir como e quando deve ser gasto o valor por ele pago.
A questão se refere à eleição de prioridades pela mãe das menores, que melhor conhece as necessidades das filhas, já que é quem com elas mantém convívio diário.
Firmo entendimento, destarte, no sentido de que a administração dos recursos relativos à pensão paga pelo Agravante compete à mãe das Agravadas, razão pela qual resta impossível admitir o pagamento in natura, mas, tão somente, em espécie.
Assim, tenho por não satisfatória a justificativa apresentada pelo Agravante, consignando, outrossim, ser inaceitável a alegação de que não dispõe de recursos financeiros suficientes para quitar com o importe

fixado, mormente em função de não ser cabível tal oposição em execução de sentença de alimentos, não obstante a notícia de que está em curso ação revisional de alimentos.
A respeito, registro, tão somente, que o montante fixado a título de pensão de alimentos, não importando o que venha a ser decidido na ação revisional de alimentos, deverá ser quitado em sua integralidade, em espécie, conforme acordado.
Isto porque a ação revisional de alimentos terá o condão de alterar o montante da pensão somente a partir de seu ajuizamento, não interferindo, tal decisão, no quantum das parcelas já devidas em momento anterior à propositura do feito revisional.
Conforme definido na decisão vergastada, reconhece-se o direito do Agravante de abater, do montante a ser pago, a parte já depositada, em pecúnia, em favor das menores.
O saldo resultante desta operação, a meu ver, justifica plenamente a manutenção do decreto de prisão expedido contra o Agravante, uma vez que subsiste a dívida em que se baseou o magistrado a quo para determinar sua lavratura. Incluem-se as parcelas vencidas no decorrer da lide.
Somente com o efetivo depósito dos valores, na forma como foi determinado pelo juízo que decidiu a ação de alimentos, é que o devedor, ora Agravante, se desonera de sua obrigação, razão pela qual tenho por justificável a manutenção do decreto de prisão.
Com tais considerações, nego provimento ao agravo.
Sem custas.
Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): CAETANO LEVI LOPES e FRANCISCO FIGUEIREDO.
SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVO Nº 1.0024.05.627762-7/001".

"PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. DÉBITO ALIMENTAR. PRECEDENTE DO STF. O decreto de prisão civil, ao contrário do que alega o recorrente, não é arbitrário, pois encontra previsão constitucional, quando o alimentante descumpre o seu dever legal e moral de auxiliar no sustento do alimentando. Ademais, a prisão civil somente é empregada, porque é o meio mais eficaz de obrigar o alimentante a pagar a verba alimentar. Em outras palavras, a prisão civil, no caso, não tem caráter punitivo. Ela funciona, na verdade, como meio de forçar o cumprimento da obrigação de garantir a sobrevivência do alimentando.
(Precedente do STF: HC 87.134/SP).
(TJMG, processo 1014505225954-9/001(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 06/12/2007, data da publicação 19/12/2007.)"

"EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - LIBERALIDADES NÃO COMPENSÁVEIS - IMPOSSIBILIDADE NÃO JUSTIFICADA - DECISÃO MANTIDA. A Lei e o princípio da razoabilidade determinam que os alimentos devidos devem ser pagos, sem qualquer desconto de liberalidades dadas pelo alimentante ao alimentado.
AGRAVO N° 1.0694.06.033667-4/001 - COMARCA DE TRÊS PONTAS - AGRAVANTE(S): M.F.B. - AGRAVADO(A)(S): I.L.F.B. E OUTRO(A)(S) - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. »VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2007.

DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Relatora
25/09/2007
1ª CÂMARA CÍVEL
ADIADO
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
(SEGREDO DE JUSTIÇA)

AGRAVO Nº 1.0694.06.033667-4/001 - COMARCA DE TRÊS PONTAS - AGRAVANTE(S): M.F.B. - AGRAVADO(A)(S): I.L.F.B. E OUTRO(A)(S) - RELATORA: EXMA. SRª. DESª. »VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Ronaldo Bretas de Carvalho Dias.

A SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE:

Sr. Presidente.

Em razão de alguns pontos colocados da tribuna, peço vista dos autos.

SÚMULA : PEDIU VISTA A RELATORA, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Ronaldo Bretãs.

O SR. PRESIDENTE (DES. EDUARDO ANDRADE):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 25/09/07, a pedido da Relatora, após sustentação oral.

Com a palavra a Desª. Vanessa Verdolim Hudson Andrade.

A SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE:

O meu voto é o seguinte:

Trata se de Agravo de Instrumento proposto por M.F.B. contra I.L.F.B.e seus filhos, visando a reforma da decisão do Juiz de primeiro grau de f. 33, que indeferiu o pedido do executado, de redução da pensão alimentícia, de compensação dos pagamentos in natura e de arbitramento de aluguel.

Em suas razões recursais alega o agravante a nulidade da intimação da decisão e no mérito diz que não se encontra inadimplente, pois compensa os valores não depositados com alimentos 'in natura'. Ademais, os agravados continuam habitando em imóvel pertencente ao varão sem pagar sequer um centavo de aluguel, alem de pagar o plano de saúde e da mensalidade escolar.

Recebi o agravo em seu efeito meramente devolutivo à f. 277.

O agravado, embora intimado, não apresentou contraminuta conforme f. 279 - TJ.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se à f. 283/289 pelo desprovimento do recurso.

Conheço do agravo de instrumento, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar

Em suas razões recursais alega o agravante a nulidade da intimação da decisão, realizada na pessoa da secretária de sua procuradora.

De início é de ser ver que a intimação alcançou o objetivo e como sem prejuízo não há nulidade, a preliminar não prospera.

Rejeito a preliminar.

Insurge-se o agravante com o presente recurso de agravo de instrumento, por entender incabível ao presente feito, a decisão do Juiz de primeiro grau de fl. 33, que indeferiu o pedido do agravante de redução da pensão alimentícia, de compensação dos pagamentos *in natura* e de arbitramento de aluguel.

Como é de conhecimento geral, a fixação de alimentos deve se adequar dentro do binômio necessidade-possibilidade, ou seja, deve-se apurar as reais necessidades daquele que recebe e a efetiva condição financeira daquele que paga, conforme o disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Para a revisão, é necessária a modificação na capacidade contributiva do alimentante ou a necessidade da alimentanda.

O novo Código Civil, disciplina a possibilidade de alteração da pensão em seu art. 1.699, nos seguintes termos:

'Art. 1.699 - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao Juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.'

Desse artigo extraímos que a redução do valor da obrigação de prestar alimentos só se justifica se houver alteração nas condições financeiras de quem presta, ou seja, para minoração da pensão deve-se comprovadamente ter havido uma mudança na possibilidade do alimentante ou redução da necessidade do alimentado.

Pela análise dos autos, verifica-se que o agravante não demonstrou nenhum aumento significativo em seus gastos que justifique a redução da guerreada pensão.

Com relação a compensação das verbas alimentares, feitas através de pagamento *in natura*, tenho entendido que as verbas alimentares não estão sujeitas à compensação, portanto o pagamento de valores *in natura* constituem mera liberalidade do alimentante, que pode, por livre arbítrio, efetuar a quitação de despesas diversas das prestações alimentícias fixadas.

Nesse corolário os extraordinários pagamentos realizados pelo agravante, não induzem a quitação dos alimentos provisórios fixados, e nem desoneram o executado de seu cumprimento.
Coaduna com tal entendimento a jurisprudência do próprio TJMG, senão vejamos:
'EMENTA: ALIMENTOS. DESIDIA DO ALIMENTANTE. PRISÃO CIVIL. JUSTIFICADA. RECURSO PROVIDO. Há clara desídia do agravante em quitar com suas obrigações alimentícias, indicando tal omissão desrespeito ao alimentando e desdém ao Poder Judiciário, o que constitui razão bastante para admitir a ordem prisional.
[...]
O pagamento de alimentos in natura, se ocorrido, não exime o agravante de cumprir a obrigação de prestar os alimentos em pecúnia. Qualquer outra forma de pagamento constitui mera liberalidade.'
Já com relação ao imóvel, de propriedade do agravante, em que os agravados residem, não entendo ser cabível o decote dos valores pagos a titulo de pensão alimentícia, como forma de se pagar um suposto aluguel. Entendo que caso o agravante queira exercitar seu direito de proprietário e ver locado o referido imóvel, deve procurar as medidas cabíveis.
Não se admite, além do mais, a compensação de alimentos com verbas graciosas ou dadas por mera liberalidade pelo alimentante.
Apenas em um ponto cabe razão ao agravante: o cálculo de f. 160 cópia à f. 199-TJ traz a aplicação de juros sobre o valor da pensão, para depois deduzir o valor pago, quando o correto é deduzir o valor pago antes de aplicar os juros ao valor remanescente. O excesso nesse ponto ficou configurado, devendo ser refeito o cálculo, na forma adequada.
Com tais considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, apenas para esse fim.
Custas recursais pelo agravante, na forma da lei, sendo mínima a sucumbência da agravada.
O SR. DES. ARMANDO FREIRE:
Sr. Presidente.
Rejeito preliminar e, quanto ao mérito, acompanho a eminente Relatora para também dar parcial provimento. Faço-o na consideração de que, quanto à questão de fundo, no que diz respeito a ajudas prestadas por mera liberalidade, a análise feita pela eminente Relatora se perfaz a contento, levando em conta tudo aquilo que ela pôde extrair do contexto probatório, ainda nesta fase do processo. Tendo refeito o cálculo, também se justifica a conclusão na consideração de que a incidência dos juros deve ocorrer após o abatimento, conforme devidamente justificado no voto de S. Exª.
O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVO Nº 1.0694.06.033667-4/001”

“EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - EXECUÇÃO - EMBARGOS DE DEVEDOR - PENHORA - POSSIBILIDADE - CREDOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO - *PACTA SUNT SERVANDA*. O ordenamento jurídico nacional consagra o direito aos alimentos, entendidos estes em uma concepção ampla, abrangendo tudo quanto seja necessário para satisfazer as necessidades humanas, ou seja, não apenas o necessário para a alimentação mas também ao vestuário, moradia, saúde etc. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido pelo credor de pensão alimentícia. Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades faz lei entre as partes.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.147102-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): A J S - APELADO(A)(S): R C S C - RELATOR: EXMO. SR. DES. CARREIRA MACHADO
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 02 de junho de 2005.
DES. CARREIRA MACHADO - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:
VOTO
Trata-se recurso de apelação cível interposto por AJS contra sentença de fls. 209-210, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos de embargos à execução propostos pelo ora apelante contra ação de execução que lhe move RCSC, julgou parcialmente procedentes os embargos, determinando que a exequente refaça os cálculos nos moldes da fl. 68, excluindo as passagens, reduzindo os juros para 0,5% (meio por cento) ao mês, contando-os a partir da citação, condenando o embargante a pagar 80% (oitenta por cento) e a embargada a pagar 20% (vinte por cento) das custas, e, ainda, o embargante a pagar honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor da condenação, com base no art. 21, parágrafo único do CPC (decaimento mínimo do pedido), mas ficando as partes isentas, temporariamente, porque lhes foi concedida justiça gratuita, determinando o prosseguimento da execução, mantendo-se a penhora.
Embargos de declaração aviados por AJS, fls. 211-214, rejeitados pelo juiz de 1º grau, fl. 215-verso.
Alega o apelante, fls. 217-223, que é nulo o ato de penhora, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90, e exceções trazidas nos incisos I à VII do art. 3º, em especial, o inciso III; que o pleito não diz respeito a alimentos, pensão mensal, mas, como afirmado pela própria sentença, tratam-se de despesas relativas à educação e saúde, com datas especificadas em caráter de excepcionalidade desvinculada da pensão, sem caráter de prestação mensal; que os alimentos são objeto de desconto em folha, e que o objeto da execução são despesas que teriam sido suportadas pela apelada; que a constrição do imóvel de propriedade do apelante, onde reside na companhia de mulher e filhos, advindos desse segundo consórcio, é nula porque afronta a própria lei de regência; que, embora não tenham sido opostos embargos à penhora, em se tratando de ato nulo, poderá ser argüido em qualquer tempo ou grau de jurisdição; que se trata de ato judicial eivado de profunda afronta à lei, colocando em risco todo o ordenamento jurídico, devendo ser declarado nulo, e, por consequência, insubsistente a penhora.
Alega ainda que, quanto à exclusão das passagens de avião dos cálculos da execução, se há em ... clínicas especializadas para o tratamento da filha, inclusive que havia o apelante entregue à apelada guia de internação expedida pelo IPSEMG, porque excluir somente as passagens de avião e impor ao apelante um ônus que sabia não ser capaz de suportar; que, se há clínicas especializadas no tratamento cardíaco da filha e a apelada escolhera aquelas situadas na cidade de São Paulo, é certo que estaria em condições de arcar com as despesas decorrentes, ou, na pior das hipóteses, concorrer com a metade delas, especialmente por deixar de fazer uso, não só do IPSEMG bem como da UNIMED a que a filha faz jus; que aceitar a decisão seria aceitar o enriquecimento de causa.
Afirma, quanto ao exame de endoscopia, que, pretendendo a apelada ser reembolsada, trouxe aos autos nota fiscal nº 001237, fl. 80, emitida pela Clínica de »Endoscopia Digestiva Serviços Ltda; que o apelante carreou aos autos documento firmado pelo Dr. ..., atestando que nenhuma das três, apelada e suas filhas, foi submetida à pesquisa endoscópica; que, pretende também a apelada, ser reembolsada de valores referentes ao curso de idiomas de ..., sua sobrinha; que também são indevidos os recibos em nome de O, companheiro da apelada, e o percentual de 50% (cinquenta por cento) de processo trabalhista, simplesmente porque não houve rescisão de contrato, mas apenas processo de correção do FGTS.
Requer, ao final, seja desconstituída a penhora que onera o único bem imóvel de sua propriedade e família, que sejam decotados da condenação os valores relativos ao tratamento médico- hospitalar realizado em ..., da filha V, ou, se assim não acolhido, que seja dividido em partes iguais. Igualmente requer sejam decotados os valores relativos ao exame de endoscopia digestiva, os de curso de idioma da sobrinha da apelada, bem como aqueles que foram objeto de impugnação via embargos de devedor, ainda, que se assim não seja entendido, que tais despesas sejam rateadas em partes iguais.
Conheço do recurso de apelação, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.
Requer o apelante seja eximido do pagamento das despesas médico-odontológicas e educacionais, previstas no item 5-4 do acordo homologado em separação judicial, sob o argumento de não consistirem em pensão alimentícia.
Frise-se que tal composição foi devidamente homologada em juízo, como afirma o próprio apelante, não tendo sido desafiada pela interposição de qualquer recurso, no qual as partes, na ocasião da separação judicial, estabeleceram as cláusulas em observância à livre disposição de suas vontades, ambas devidamente assistidas por seus respectivos procuradores.
Dispõem os arts. 229 e 230 da CF/88:
'Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.'
Yussef Said Cahali discorre, *in verbis*:
'Incumbe aos genitores - a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos'.(CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3. ed. rev., ampl. e atual.São Paulo: RT, 1999. p. 540.).
O dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, enquanto não atingirem a maioridade civil ou por outra causa determinada pela legislação, decorre do poder familiar.
Os genitores têm o dever quase que absoluto de assistir, criar e educar os filhos até a maioridade destes em decorrência do poder familiar, como dispõe os art. 5º e 1.630 do Novo Código Civil.
O ordenamento jurídico nacional consagra o direito aos alimentos, entendidos estes em uma concepção ampla, abrangendo tudo quanto seja necessário para satisfazer as necessidades humanas, ou seja, não apenas o necessário para a alimentação mas também ao vestuário, moradia, saúde etc.
Neste sentido:
“Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que quem as receba possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustentação do corpo), como a intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).' (ALMEIDA, Estevam de. **Direito de família**. n. 284, p. 314, *apud* Cahali (1994), p. 140.).
Desta forma, a amplitude do termo 'pensão alimentícia' não é restrita, como pretende o apelante, ao afirmar que 'o pleito não diz respeito a alimentos, pensão mensal, mas, como afirmado pela própria sentença, trata-se de despesas relativas à educação e saúde, com datas especificadas em caráter de excepcionalidade desvinculada da pensão, sem caráter de prestação mensal'.
O nome dado à prestação não retira seu caráter alimentar, incluídos os gastos com saúde e educação do alimentando, verificando-se que as despesas, objeto da execução, revestem-se de caráter alimentar, referindo-se à tratamentos de saúde e educação.
Desta forma, encontra-se , a penhora efetivada, de acordo com os ditames dos artigos 1º e 3º, III da Lei 8.009/90, que dispõe:
'Art. 1º- O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
[...].
Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
[...];
III - pelo credor de pensão alimentícia;
[...].'(Grifo nosso)
Descabida se nos mostra a alegação do apelante que seu imóvel não pode ser penhorado, por se tratar de bem de família, conforme o disposto na Lei nº 8.009/90.
Verifica-se que a dívida que a embargada está executando refere-se a parcelas alimentares, fixadas quando da separação judicial do casal, que não foram arcadas pelo alimentante, nos termos do acordo entre eles firmado, que dispõe:
'Item 5.4: que, além da pensão acima estipulada, o cônjuge varão se responsabilizaria pela assistência médico- odontológica da exequente e de suas filhas, e das despesas escolares destas últimas.'
Muito embora estas despesas incluam-se na acepção de pensão alimentícia, restou pactuado no item 5 do acordo que, 'a título de pensão alimentícia, o cônjuge varão contribuirá mensalmente com o valor de 35%(trinta e cinco por cento) de sua remuneração líquida'.
Inserido neste item 5, encontram-se as despesas ora embargadas, conforme item 5.4 acima transcrito, tendo sido o referido acordo devidamente homologado em juízo.
Desta forma, referem-se as despesas executadas, ora embargadas, àquelas referentes à pensão alimentícia, que autorizam a penhora do imóvel do devedor, ainda que o mesmo se constitua em bem de família.
Dispõe Sílvio de Salvo Venosa:
'Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes.' (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral

dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 376.).
Trata-se, o acordo homologado, de obrigação de natureza contratual, devidamente homologada em juízo, tornando-se ato jurídico perfeito, o qual não pode ser modificado de forma unilateral, na forma pretendida pelo autor, senão vejamos:
'AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL - SEPARAÇÃO JUDICIAL - ALTERAÇÃO UNILATERAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Uma vez ratificado o pedido de separação judicial, o acordo celebrado pelas partes não mais pode ser alterado unilateralmente, mormente depois de homologado por sentença'. (Apelação Cível nº 1.0000.00.333084-2/000, Rel. Des. Pedro Henriques, data publ. 06/02/2004).
Destaca-se, por fim, que não restou demonstrada a existência de quaisquer vícios que tivessem o condão de macular o acordo firmado pelas partes, pelo que não há que se falar em não pagamento das despesas acordadas.
Como cediço, estando o acordo viciado por erro ou ignorância, será passível de anulação, por existir deturpação da manifestação de vontade das partes, podendo-se conceituar o erro como 'uma noção inexata sobre um objeto, que influencia a formação de vontade do declarante, que a emitirá de maneira diversa da que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato.' (RT, 526:128, 554:80, 338:502, 280:360, 292:614 e 545:192).
Entretanto, não é esta a hipótese delineada nos autos. O ato do qual pretende se furtar o recorrente, está revestido de todas as formalidades legais e, presentes os elementos constitutivos e os pressupostos de validade do ato jurídico, não cabendo, pois, acatar tal pretensão.
Quanto à alegação de que não seria correto excluir somente as passagens de avião e lhe impor um ônus que sabia não ser capaz de suportar e que, se há clínicas especializadas no tratamento cardíaco da filha e a apelada escolhera aquelas situadas na cidade de São Paulo, é certo que estaria em condições de arcar com as despesas decorrentes.
Ora, não há, em nosso ordenamento jurídico e, sobretudo no acordo homologado, conforme já dito, o que obrigue uma pessoa a realizar tratamento médico através de seu plano de previdência ou de saúde, ainda mais que, em se tratando de cirurgias de grande vulto, como é uma cirurgia cardíaca, a maioria dos Institutos de Previdência e planos de saúde não cobrem as despesas destas decorrentes.
Desta forma, cabe a cada um, segundo seu entendimento e necessidade, escolher um médico de sua confiança e com base em critérios puramente subjetivos, objetivando-se a cura daquela moléstia, ou, caso não seja possível, ao menos sua melhora.
Não cabe ao apelante questionar os critérios que levaram a apelada a escolher este ou aquele médico, pois, quando se trata de saúde de sua prole, uma mãe não mede esforços para alcançar seu objetivo.
Ressalte-se que não há quaisquer restrições no acordo sobre limite de valores, indicação de hospitais e/ou médicos, bem como a obrigatoriedade do uso do plano de previdência ou convênio.
Tais escolhas são puramente subjetivas, de acordo com o entendimento de cada um, o que não enseja contrariedade do apelante, ainda mais por serem referidas despesas objeto do acordo homologado judicialmente em que o recorrente se prontifica à arcar com as mesmas.
Em relação ao pagamento das despesas com passagens rodoviárias e aéreas, muito bem sentenciou o juiz de 1º grau, fl. 210, 'como já decidido em fls. 65, são de excluir apenas as despesas de passagens, inclusive de avião, a respeito do tratamento cardiológico da filha, visto que BH também possuía clínicas especializadas.'
Excluídos encontram-se, portanto, da execução, os valores gastos com passagens rodoviárias e aéreas, que não se enquadram nas despesas médico-odontológicos, as quais se refere o item 5.4 do acordo homologado.
No que diz respeito à alegação de que, numa tentativa da apelada de ser reembolsada, trouxe aos autos nota fiscal nº001237, fl. 80, emitida pela Clínica Ltda, e que teria o apelante juntado documento firmado pelo Dr., atestando que nenhuma das três, apelada e suas filhas, foi submetida à pesquisa endoscópica, tenho que não merece acolhida.
Do documento juntado pelo apelante, fl. 50, não se pode depreender que seja esta uma declaração da Clínica que emitiu a nota fiscal que se impugna, haja vista que nem mesmo um timbre da mesma este possui, mas tão-somente uma assinatura sobre um nome e CRM.
Não entendo como hábil tal documento para desconstituir referida nota fiscal.
Quanto à sua insurgência relativamente ao recibo do curso de idiomas em nome da sobrinha da apelada, tenho que razão também não lhe assiste.
Verifica-se nos autos de execução, fl. 116, que, muito embora conste do recibo o nome de K F C, refere-se o mesmo a uma promoção especial na qual a beneficiária é V C S, filha do apelante.

Ou seja, tal despesa refere-se à despesa com educação em prol da filha V C S.
Em análise dos recibos emitidos em nome do Sr. O S F, verifica-se que os mesmos referem-se a consulta e exame alérgico para J C S (fl. 51); a consulta médica para J C S (fl. 121); e a exames laboratoriais de J C S (fl. 121).
Desta forma, muito embora estejam os recibos me nome de outrem, foram emitidos em razão de consultas médicas e exames realizados em benefício de sua filha J C S.
Em relação ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do processo trabalhista, afirma que não houve rescisão de contrato, mas apenas processo de correção do »FGTS. No entanto, verifica-se que nos autos de execução foram juntadas cópias das decisões proferidas pela 34ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, fls. 21-22, bem como recibo de depósito/levantamento, em que figura como reclamante o ora recorrente, e reclamado, o Credireal S/A.
Não há nos autos qualquer documentação a atestar a afirmação do apelante, não cabendo acatar sua assertiva.
Muito embora possa parecer injusto que somente o pai das menores arque com as despesas médico-hospitalares, inclusive relativas à ex-mulher, ora apelada, e com as despesas educacionais das filhas, tal obrigação decorre de um acordo homologado judicialmente, em que suas cláusulas, ou seus itens, foram discutidos e aceitos pelas partes, agora apelante e apelada.
O direito civil pátrio é categórico quando afirma que os contratos fazem lei entre as partes que o celebram, regido pelos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, ou seja, o pacta sunt servanda.
A obrigatoriedade dos contratos é que forma sua base, sendo que, desta decorre sua intangibilidade, ou seja, não cabe alteração contratual unilateral, por ter sido o mesmo objeto de manifestação da livre e espontânea vontade dos contraentes.
Cumpre ressaltar que, havendo qualquer modificação na situação que ensejou a confecção do acordo homologado judicialmente, é lícito à parte interessada buscar desincumbir-se dos ônus que superem sua capacidade ou possibilidade, por meio das ações próprias.
Isto posto, nego provimento ao recurso.
Custas pelo apelante.
Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALMEIDA MELO e CÉLIO CÉSAR PADUANI.
SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO".

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS - ACORDO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - EXECUTIVIDADE - DESCONTO DO PENSIONAMENTO - AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO. 1. O acordo relativo ao pagamento de alimentos ao menor, nele representado por sua genitora, regular e devidamente referendado pelo Ministério Público, contempla os atributos da executividade, prescindindo de homologação judicial. 2. O desconto do pensionamento em folha de pagamento ou junto ao INSS não importa agravamento em desfavor do alimentante, posto que a forma adotada não tem o condão de influenciar na sua situação objetiva, que permanece indene. »(TJMG, processo 1070103023829-2/001(1), Relator Nepomuceno Silva, data do acórdão 25/05/2004, data da publicação 06/08/2004.)"

"EMENTA: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.FILHOS MENORES. FGTS. PEDIDO DE LEVANTAMENTO. Não há óbice ao levantamento de percentual sobre saldo de FGTS, para pagamento de verba alimentar atrasada devida aos exequentes, haja vista o desaparecimento do devedor.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.210.809-0/00 - COMARCA DE RIO POMBA - APELANTE(S): J M P, REPDO. P/ CURADOR - APELADO(S): D C P E OUTRO, REPDOS. P/ MÃE M L C - »RELATOR: EXMO. SR. DES. ALOYSIO NOGUEIRA
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 16 de agosto de 2001.
DES. ALOYSIO NOGUEIRA - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. ALOYSIO NOGUEIRA:
VOTO

Conheço do recurso.
Em execução de alimentos ajuizada por D C P e seu irmão V C P, menores representados pela mãe, contra seu pai J M P, foi o executado citado por edital por se encontrar em lugar incerto e não sabido, e, revel, foi-lhe nomeado curador especial. A sentença de fls. 64/65 deferiu o pedido, determinando a liberação da verba alimentar em atraso da conta do FGTS do devedor e o bloqueio do remanescente. Apelou o vencido, por meio de sua curadora especial.
Preliminares
Nulidade da sentença, por afronta ao CPC, art. 264, em face da cumulação imprópria de pedidos - execução de prestações alimentícias em atraso e gastos de transferência de imóvel - que envolvem ritos distintos.
Em que pese não ter a inicial primado pela técnica, não vislumbro qualquer vício capaz de levar à nulidade alegada. Suscitou-se a preliminar sem fundamento que a embase, porquanto evidente que o único pedido deduzido pelos exeqüentes diz respeito às prestações alimentícias atrasadas.
Consoante anotou o douto Promotor de Justiça, está claro que a questão do descumprimento da obrigação do executado, assumida na separação, de promover a transferência do imóvel doado para os filhos, encargo que acabou sendo suportado pela mãe dos menores, foi suscitada como força de argumento, '... apenas para enfatizar que o apelante é pessoa que não honra suas dívidas e pouca preocupação dedica à prole' (fl. 83). E, a atualização dos cálculos não implica alteração do pedido.
Rejeito a preliminar.
Decisão extra petita, por ter o Julgador determinado o bloqueio do saldo remanescente da conta vinculada de FGTS, apesar de satisfeita a obrigação, contrariando a CF, art. 5º, LIV e CC, art. 524.
A sentença *extra petita* é aquela que decide matéria estranha ao pedido ou admite contra o réu matéria que ao autor cabia argüir, mas não o foi. Pois bem, longe do vício apontado a r. sentença mais não fez do que acolher e deferir o pedido dos exeqüentes, que requereram a expedição de alvará à Caixa Econômica Federal para liberação de 30% do FGTS, garantindo a pensão alimentícia e o 'bloqueio do restante da verba para garantir eventuais despesas que possam surgir' (fl. 04).
Houve por bem o douto Julgador, dadas as peculiaridades da causa, resguardar os interesses dos menores, determinando o bloqueio do saldo remanescente da conta vinculada do FGTS, quiçá para guarnecer ulteriores execuções, como dito pelo Ministério Público.
De qualquer forma, a medida não acarreta qualquer prejuízo ao recorrente, que poderá, dentro dos limites normativos, pedir o levantamento do bloqueio a qualquer tempo, não se permitindo falar em ofensa à Constituição ao Código Civil.
Rejeito a preliminar.
Mérito
No mérito, alega que embora justo o pagamento feito aos menores, indevida é a liberação de parcela do FGTS para fins de pagamento de pensão alimentícia, por se tratar de verba de direito exclusivo do empregado.
Não lhe assiste razão.
É certo que o FGTS tem natureza indenizatória (eis que foi criado para substituir a indenização de dispensa), cujo escopo é o de socorrer o trabalhador que perdeu o emprego, não se caracterizando como ganho mensal.
Todavia, se visa amparar o trabalhador e os que dele dependem quando desempregado, nada mais justo, no caso, do que permitir o saque do quantum correspondente à verba alimentar em atraso dessa conta, como bem decidido pelo douto Julgador, evitando- se deixar os alimentados ao desamparo.
Releva notar que o devedor, após rescindir o contrato de trabalho, desapareceu, deixando de honrar a obrigação alimentar devida aos filhos menores e sem oferecer garantia para o cumprimento dessa obrigação. Assim, a meu sentir, não há óbice a que esta garantia incida em percentual fixado sobre o FGTS percebido.
Nesse sentido o precedente do STJ, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, que merece destaque dada a similitude da hipótese: “Suspenso o desconto em folha, em virtude de desemprego do devedor, e o pagamento regular de pensão alimentícia, não se ressente de ilegalidade a determinação judicial de bloqueio parcial dos valores relativos do FGTS, visando atender àquele pagamento” (RMS 980-RJ, DJU 16.09.91).
Pelo exposto, nego provimento ao recurso.
Custas pelo apelante.
O SR. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES:

VOTO
De acordo.
O SR. DES. KILDARE CARVALHO:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINARES. NEGARAM PROVIMENTO".

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE PARTE DO ACORDO CELEBRADO NA SEPARAÇÃO JUDICIAL. COBRANÇA DOS VALORES REFERENTES ÀS MENSALIDADES DO PLANO DE SAÚDE. DÍVIDA DE NATUREZA ALIMENTAR. POSSIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 16 DA LEI Nº 5.478/68. »PARCELAMENTO DA DÍVIDA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0083.04.910511-3/001 - COMARCA DE BORDA DA MATA - AGRAVANTE(S): J L G P - AGRAVADO(A)(S): T P R - RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.
Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2005.
DES. RONEY OLIVEIRA - RelatorNOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. RONEY OLIVEIRA:
VOTO
J L G P interpõe o presente agravo de instrumento, contra a decisão do Juiz de Direito da Comarca de Borda da Mata que, em ação de execução de alimentos, determinou fossem efetuados os descontos na folha de pagamento do agravante, no valor correspondente aos gastos da agravada com o plano de saúde, devidos desde a citação (24/06/2002) até sua efetiva inscrição como beneficiária.
Informa o agravante que na separação do casal ficou acordado que ele pagaria a ex-esposa uma pensão alimentícia no importe de 35% de seus rendimentos brutos e, ainda, o plano de saúde, permitindo que ela continuasse como sua dependente.
Narra, ainda, que constituiu nova família, possui dois filhos e que, atualmente, está com dificuldades para solver todas as despesas da casa, já que sobrevive apenas com metade de sua aposentadoria.
Sustenta o recorrente que, diante dessa situação, optou por deixar de pagar o plano de saúde para os seus quatro dependentes (ex-esposa, companheira e dois filhos), para que pudesse arcar com as despesas familiares e honrar o acordo de separação que fixou a pensão alimentícia em favor da ex-esposa.
Salienta o agravante que, atualmente, está respondendo a uma ação reparatória de danos, proposta pela 'Ltda', pleiteando o pagamento dos valores referentes às mensalidades dos planos de saúde de seus quatro dependentes.
Não obstante já ter sido demandado em razão da mencionada inadimplência, aduz o recorrente que a agravada ajuizou, na Comarca de Borda da Mata, uma ação de execução de alimentos, objetivando o ressarcimento de todas as despesas que teve com a contratação de um novo plano de saúde, devidos desde outubro de 2002 até fevereiro de 2004.
Relata o agravante que o magistrado a quo determinou que os valores apresentados pela agravada (R$ 4.234,60) fossem descontados diretamente da sua folha de pagamento, o que o deixaria sem qualquer renda, já que o valor total de sua aposentadoria ficaria inteiramente comprometido com o pagamento da pensão e do seguro saúde devidos a sua ex-esposa.
Alega o recorrente que a execução prevista no art. 733 do CPC apenas poderá ter por objeto a cobrança das três últimas parcelas alimentares, já que as anteriores a esse trimestre perderam sua natureza alimentar, passando a ser dívida de valor, objeto de execução por quantia certa, devendo seguir o rito ordinário.
Ao final, sustenta ser juridicamente impossível, por ausência de previsão legal, execução através de desconto direto em folha de pagamento de parcelas que não se refiram às três últimas vencidas antes da propositura da ação.
Pleiteou o agravante a atribuição de efeito suspensivo à decisão, para que não fosse realizado o mencionado desconto em seu contracheque, e o provimento do recurso, para que fosse declarada a natureza jurídica de dívida de valor de todo o quantum exeqüendo ou fosse permitido, apenas, o desconto

das três últimas parcelas.
Decisão agravada às fls.123/127.
O efeito suspensivo foi deferido por este Relator às fls. 183/184.
Informações do juiz a quo às fls. 191.
Às fls. 206/211, opina a Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso, para que a execução seja feita através de parcelamento.
É o relatório.
Conheço do recurso.
O questionamento acerca da possibilidade da execução através de desconto direto em folha de pagamento não merece acolhida, já que o art. 16 da Lei nº5.478/68 dispõe que “na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos, será observado o disposto no art. 734 e seu parágrafo único do Código Processo Civil”.
Dispõe o mencionado art. 734 que, “quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia”.
O jurista Yussef Said Cahali leciona na sua obra Dos Alimentos. 4 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: RT, 2002. p. 970, que '[...] a forma de execução da sentença de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é prioritária a benefício do alimentando pela sua eficiência prática, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado; esta apenas fica como alternativa se embaraçado o desconto em folha; do mesmo modo, o desconto em folha sobrepõe-se inclusive a coação pessoal (arts. 16 e 17 da Lei nº 5.478 e art. 734 do CPC)'.
Dessa forma, o desconto em folha de pagamento é utilizado para garantir o cumprimento da obrigação alimentar daqueles que percebem salário, dispensando, assim, as formalidades exigidas nas alienações judiciais e diminuindo o risco de prisão do devedor de alimentos.
Verifica-se, in casu, que no acordo da separação judicial ficou ajustado que o agravante pagaria a agravada, a título de pensão alimentícia, 35% de seus rendimentos brutos e assumiria o encargo referente ao plano de saúde.
Ocorre que, por não ter o recorrente cumprido inteiramente a sua obrigação no tocante às mensalidades do plano de saúde, foi proposta contra ele uma ação de execução, visando ao ressarcimento de todas as despesas que a agravada teve com a contratação de um novo plano de saúde, devidos desde outubro de 2002 até fevereiro de 2004.
Por haver sido o alimentante regularmente citado para pagar seu débito ou apresentar justificativa e, não havendo se manifestado, inconteste a natureza alimentar da dívida, revelando-se plenamente possível o desconto em folha de pagamento das parcelas referentes ao plano de saúde, tanto as vencidas como as vincendas.
Ressalte-se que as considerações feitas pelo agravante quanto à redução da sua capacidade financeira não poderão ser aqui analisadas, devendo ser objeto de ação exoneratória ou revisional de alimentos.
Quanto ao pagamento do valor executado, opinou a ilustre Procuradora de Justiça, Aída Lisbôa Marinho pelo parcelamento da dívida:
“Por outro lado, observamos que realmente não é possível o pagamento total e imediato da dívida acumulada no decorrer de todo o período e que remanesce como débito atrasado, pelo que sua execução, mediante desconto em folha de pagamento, deve ser feita por meio de parcelamento, permitindo ao devedor condições de sobrevivência”.
Ora, não se pode pretender executar o alimentante de forma a deixá-lo em absoluto estado de insolvência.
Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para que o valor apurado na execução seja parcelado em 24 vezes, a ser descontado na folha de pagamento, juntamente com os 35% da pensão alimentícia.
Custas ex lege.
O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:
VOTO
De acordo.
O SR. DES. SILAS VIEIRA:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.
EMENTA: ALIMENTOS - PENHORA DE SALÁRIOS DO ALIMENTANTE PARA QUITÁ-LOS - VIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 649, IV, DO CPC. A exceção que livra os salários da impenhorabilidade não se

aplica quando se trata de assegurar o pagamento de débito alimentício, a teor do art. 649, inciso IV, do Estatuto Instrumentário Civil.
AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 000.262.666-1/00 (NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.666-1) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): U S - AGRAVADO(S): V B S, REPDO. P/ MÃE B B S - RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.
Belo Horizonte, 17 de outubro de 2002.
DES. HYPARCO IMMESI - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS
Proferiu sustentação oral, pelo agravante, a Dra. Cleida Bárbara Vieira.
O SR. DES. HYPARCO IMMESI:
VOTO
1- Rebela-se o agravante contra a r. decisão de f. 15-TJ, com base nos argumentos, em síntese, adiante elencados:
a) que é réu em execução de alimentos e que foi determinado o bloqueio de 30% dos seus vencimentos líquidos, agregado à pensão descontada a favor da agravada de 15%, apesar de existirem bens suficientes à garantia da execução (f. 05);
b) que, se cumprida a determinação judicial, ocorrerá um comprometimento de 45% de sua renda, tornando-se inviável a sua manutenção (dele, agravante) e de seus outros três filhos menores (f. 05);
c) que a decisão de '...penhorar 30% do salário do agravante [...] mostra-se [...]excessiva, porque a dívida exequenda está garantida, a teor da penhora realizada sobre um bem imóvel, um veículo e um reboque de veículo, conforme se depreende do auto de penhora de f. 500...' (f. 05, *in fine*);
d) que '...a dívida indicada na execução exprime o período que compreende da r. sentença que fixou os alimentos (1987) até o início dos descontos em folha de pagamento, que se deram com o trânsito em julgado da decisão (1992)' - f. 06;
e) que se trata, pois, de dívida pretérita (f. 06);
f) que, a partir de 1992, '...a pensão alimentícia deferida a favor da autora vem sendo descontada regularmente, encontrando-se, pois, o agravante, a prover regularmente o seu sustento (dela, autora)' - (f. 06);
g) que a r. decisão agravada, acaso não seja suspensa, provocar-lhe-á prejuízos incalculáveis, pois não tem condições de arcar com tamanho desconto em seus vencimentos, atingindo seus outros filhos, inclusive os menores (f. 06);
h) que o r. *decisum objurgado* deferiu o pedido da letra 'e', da petição de f. 28-TJ, ou seja, o '...bloqueio de crédito mensal de 30% sobre os vencimentos líquidos do executado, indepentemente da pensão de 15% já descontada, até quitação do débito exequendo...', formulado (o pedido) ao argumento de que se trata de débito de caráter alimentar e com base no disposto no art. 649, inciso IV, do CPC (f. 07);
i) que o valor do débito, apurado até novembro de 2001, é de R$ 27.407,31 e refere-se a alimentos pretéritos;
j) que a execução já se encontra garantida pela penhora de parte de seus bens, ou seja, um imóvel e um veículo, além de um rebocador (f. 07);
l) que não teve oportunidade, sequer, de '...demonstrar a sua real condição de comprometimento financeiro, eis que tem outra família, é pai de oito filhos, sendo três deles menores, com direito ao sustento' (f. 07);
m) que sua renda deve ser distribuída equitativamente entre os filhos, '...não podendo ser reduzido à condição de miserabilidade' (f. 07);
n) que, inclusive, houve alteração do pedido pela agravada, notadamente no que concerne a eventuais diferenças de valores creditados a menor pelo órgão pagador (f. 09);
o) que essa questão não foi abordada na petição inicial da execução de alimentos, esta atinente tão-só a alimentos pretéritos, ou seja, os devidos no período compreendido entre fevereiro de 1987 e fevereiro de 1992 (f. 09);
p) que, se os descontos em folha de pagamento não foram procedidos adequadamente, deveriam ter sido objeto de discussão em processo à parte, notadamente porque tem o direito de saber o que deve pagar e de pagar somente o que for devido (f. 10);

q) que é de se repetir, por oportuno, que a agravada já recebe os alimentos correspondentes a 15% de seus rendimentos líquidos, ou seja, aproximadamente R$ 700,00 e que não tem condições de suportar o desconto de mais 30% de seus rendimentos (R$ 1.400,00) - f. 11;
r) que se encontra em tratamento médico, assim como seu filho Gustavo e, além das despesas com medicação, arca também com as necessárias à manutenção de sua casa e da atividade laboral (f. 12);
s) que uma de suas filhas está impossibilitada de continuar frequentando 'cursinho pré-vestibular', por falta de recursos do agravante (f. 12);
t) que há prova nos autos de que, mantido o *v. decisum*, '...o agravante se encontrará em uma situação insustentável, comprometendo o sustento de seus outros filhos...' (f. 13-TJ), o seu próprio e até mesmo inviablizando sua atividade profissional.
Almeja o provimento do recurso, com vistas a tornar ineficaz a r. decisão objurgada. Pediu efeito suspensivo, este deferido tão-somente em relação ao bloqueio de 30% dos rendimentos líquidos do agravante, mantido, todavia, o desconto do percentual de 15% sobre seus rendimentos, em prol da agravada (ff. 91/94).
Requisitados informes, foram eles prestados pelo dinâmico Juiz da causa, Dr. José de Carvalho Barbosa (ff. 101/102), com documentos (ff. 103/136).
Há contraminuta, através da qual a agravada pugna pela manutenção do *decisum* (ff.138/161), com documentos (ff. 162/360).
O Ministério Público de 2º grau, através de r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça, Dr. Luiz Fernando Dalle Varela, recomenda o desprovimento do recurso (ff. 364/366).
É, em síntese, o relatório.
Passa-se à decisão.
Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.
Ab initio, faz-se necessário registrar que o agravante foi condenado a prestar alimentos à sua filha, ora agravada, e que desde o início deixou de arcar com sua obrigação, ou seja, quedou-se inerte no período de janeiro de 1987 a fevereiro de 1992.
Em decorrência de seu inadimplemento, a agravada ajuizou ação de alimentos, pelo rito do artigo 733 do CPC.
A propósito, é de se notar que, no ano de 1994, foi cumprido o mandado de citação do agravante, para que, no prazo de três dias, pagasse o débito alimentício e custas finais ou provasse sua impossibilidade de fazê-lo, pena de prisão (f. 214).
O agravante requereu e obteve a dilação do prazo para apresentar sua justificativa (f. 217), oportunidade em que alegou ter sido '...infeliz na defesa, saindo perdedor numa declaratória de paternidade para fins de alimentos...' (f. 218). Porém, quanto ao débito em si, limitou-se a alegar que não tinha, sequer, conhecimento da sentença que o condenou a prestar alimentos e que os estava pagando desde março de 1992, ou seja, alegou 'desconhecimento' do aludido débito. Alegou, finalmente, que havia acabado de ajuizar uma ação negatória de paternidade contra a agravada, com vistas à realização do exame de DNA, e que, se obtivesse êxito, ficaria desobrigado do pagamento do aludido débito!!! (f. 214).
É de se registrar, ainda, que, em 30/05/1995, o agravante foi novamente citado para pagar o débito, provar que o fez ou justificar sua impossibilidade de fazê-lo (f. 234). Porém, em setembro de 1995, deixou ele de comparecer à audiência designada (f. 235). Em seguida, colheu-se parecer do Ministério Público, que se manifestou pela inadequação do rito, tido em conta tratar-se de alimentos pretéritos. Assim, em 29/12/1995, foi proferido o despacho de ff. 289/289v., que indeferiu o pedido de prisão do executado.
Foi, então, ajuizada execução de pensão alimentícia, por quantia certa, com fulcro no art. 732 da Lei Instrumentária Civil, oportunidade em que se indicaram, à penhora, dois veículos e um imóvel, bem como se requereu o bloqueio de crédito mensal de 30% sobre os vencimentos líquidos do alimentante, independentemente da pensão de 15% já descontada (ff. 113/124).
É de se notar que, segundo memória de cálculo anexada à proemial da execução de alimentos, o débito alimentar, atualizado até 31/03/2001, correspondia a R$ 79.930,31 (f. 116)
É de se notar, ainda, que a agravada, em 05/07/2001, requereu o prosseguimento da execução, pois, apesar do agravante/devedor já ter sido citado, ainda não havia sido efetivada a penhora de bens, apesar dela os ter indicado (ff. 121/125).
Foi, então, determinado o bloqueio de 30% dos rendimentos líquidos do agravante, além do desconto mensal atinente à pensão alimentícia - é a r. decisão agravada. Registre-se que foi, também, efetivada a penhora de dois veículos e de um imóvel, ex vi do auto de penhora de ff. 130/130v.
Ora, tais registros se fazem necessários para evidenciar que o agravante é devedor renitente, pois desde

1991, após o retorno dos autos principais à unidade judiciária de origem, a agravada tenta receber o quantum que lhe era devido a título de alimentos (f. 194).
Faz-se necessário registrar, ainda, que somente após essa data e em virtude da expedição de ofício ao órgão empregador, com vistas ao desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento (f. 197), é que os alimentos passaram a ser efetivamente prestados.
Em suma, exsurge claro como luz meridiana que a agravada, ao longo de todos esses anos, vem buscando o recebimento do crédito alimentar que lhe é devido e que o agravante, por outro lado, deixou-se quedar inerte, apesar das inúmeras oportunidades que teve para quitá-lo, para buscar uma composição, enfim, para encontrar uma solução razoável e justa para a questão.
Tais registros se fazem importantes, pois o agravante alega que possui bens passíveis de penhora e que a decisão de '...penhorar 30% do seu salário mostra-se excessiva'!!!
Ora, poderia o agravante, a princípio, ter efetuado o pagamento dos alimentos mês a mês, já que eles foram fixados por sentença. Poderia, ainda, a partir de 1991, quando os autos retornaram à unidade judiciária de origem, ter buscado uma composição amigável, para liquidar o débito. Poderia, inclusive, ter efetuado a venda de algum bem e quitado o débito, mas preferiu quedar-se inerte, numa clara demonstração que, voluntariamente, não pretende solucionar a pendência.
Sua resistência ao pagamento do débito alimentício é flagrante e se evidencia de uma simples leitura de suas alegações. A propósito, chegou ao cúmulo de alegar que '...possíveis diferentes oriundas de descontos realizados com erro pelo órgão pagador do requerido...' deveriam ser apuradas em processo próprio, e não neste (ff. 132/133)!!
Mostra-se, pois, razoável e oportuno que se proceda a um desconto mensal, em folha de pagamento, para fins de penhora, ainda que concomitante ao desconto atinente à prestação mensal devida, pois a finalidade da constrição é, em última análise, a quitação plena do débito.
Vale relembrar, por oportuno, que foi em benefício do alimentário que o legislador regulamentou a execução da obrigação alimentar e contemplou as várias garantias de pagamento das prestações correspondentes.
O renomado Yussef Said Cahali leciona que '...a forma de execução da sentença de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é prioritária a benefício do alimentando, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo executado. E, não implicando a sua concessão em nenhum agravamento da responsabilidade a cargo do devedor, não obsta à sua determinação o fato de nada haver sido convencionado a respeito no acordo, ou fixado na sentença originária' (*In*: **Dos alimentos**. São Paulo: RT. p. 606.).
Ora, como observado, com lucidez, pelo ponderado Procurador Luiz Varela, '...a exceção da impenhorabilidade dos salários não se aplica quando se trata de garantir o pagamento de dívida alimentar, conforme disposto no inciso IV do art. 649 do CPC' (f. 365). E acrescentou, com costumeira propriedade, ser '...necessário considerar que, em momento algum, mostrou o agravante qualquer interesse em pagar a dívida alimentar; e, portanto, estranho seria beneficiá-lo privilegiando a sua má-fé. A penhora do salário vale, para casos como o dos autos, em que se nota insistente recalcitrância do devedor em sustentar os alimentos vencidos' (f. 365, *in fine*).
Com essas considerações, ficam evidenciadas a oportunidade e a razoabilidade de se manter a r. decisão agravada, no que tange à determinação de que a penhora recaia sobre os rendimentos (salário) do agravante.
Todavia, impõe-se uma pequena adequação pois, ainda que o agravante tenha demonstrado sua relutância em cumprir decisão judicial que o condenou a prestar alimentos, é forçoso reconhecer que o desconto de 30% de seu salário para fins de penhora, concomitante ao desconto de 15% a título de alimentos, é excessivo, pois compromete 45% dos seus rendimentos.
Procede-se, pois, à redução do aludido percentual para 20% dos rendimentos líquidos do agravante, para fins de penhora. Mantida, entretanto, a determinação de que esse desconto, para fins de penhora, seja procedido concomitantemente àquele atinente à prestação alimentar mensal.
À luz do exposto, dá-se parcial provimento, tão-somente para reduzir o percentual a ser descontado do salário do agravante, para fins de penhora, a 20% (vinte por cento), revogada a liminar antes concedida.
Custas *ex lege*.
O SR. DES. CARREIRA MACHADO:
De acordo.
O SR. DES. ALMEIDA MELO:
De acordo.

SÚMULA: DERAM PROVIMENTO PARCIAL.
execução de alimentos desconto em folha de pagamento."

"EMENTA: Agravo. Ação de execução de alimentos. Desconto em folha de pagamento. Citação. Inadmissível é a execução de prestações alimentícias vencidas por meio de desconto em folha de pagamento, sem que antes o devedor seja regularmente citado para os fins do disposto no art. 733 do CPC. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.
AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 000.302.232-4/00 - COMARCA DE CONTAGEM - AGRAVANTE(S): S V O - AGRAVADO(S): T F V E OUTRA, REPDOS P/ MÃE L R F - RELATOR: »EXMO. SR. DES. NILSON REIS
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a SEGUNDA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 29 de abril de 2003.
DES. NILSON REIS - Relator NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. NILSON REIS:
VOTO
Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.
Tratam os autos de agravo contra a decisão que determinou nos autos de ação de execução de alimentos o desconto das pensões subseqüentes e o das três últimas prestações vencidas, divididas em três partes iguais (f. 31, TJ).
Inconformado, sustenta o agravante (f. 02-07, TJ), em síntese, que os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa não foram observados pelo MM. Juiz a quo, visto que o desconto em folha de pagamento foi determinado sem que tivesse sido citado para pagar ou dar as razões de não fazê-lo, conforme determina o art. 733 do CPC.
Contraminuta, às f. 51-52, TJ, batendo-se os agravados pela manutenção da decisão objurgada, não obstante concordem com o parcelamento maior da dívida identificada.
A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de f. 56-57, TJ, opina pelo provimento do recurso, a fim de que seja oportunizada a defesa do agravante.
As informações do ilustrado Juiz a quo encontram- se à f. 59, TJ.
Assim relatados, passo à decisão.
Com relação à primeira parte da decisão hostilizada, de f.31, TJ, que concerne ao desconto das prestações vincendas, a decisão está correta e deve ser mantida.
Porém, quanto à determinação do desconto, em folha de pagamento, das prestações vencidas, ainda que divididas em três (3) parcelas, não poderia ser ele efetivado sem que o agravante fosse citado, na forma do art. 733 do CPC.
Expressa o art. 733 do CPC:
'Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo'.
No caso em apreço, prova a certidão de f. 44, TJ que o agravante não foi citado para os fins do disposto no art. 733 do CPC. Com efeito, o desconto de pensões alimentícias vencidas não poderia ter sido determinado, porquanto incompleta a relação processual. Aliás, não se pode cogitar de suprimento de citação para o fim de convalidar a ordem de desconto em folha de pagamento das prestações alimentícias em atraso, porque o procedimento do art. 733 do CPC não admite a expedição unilateral de ofício ao empregador sem que primeiro o devedor tenha sido citado.
A quebra do devido processo legal revela-se patente na espécie, não obstante se trate de garantia estampada no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.
Nesse contexto, tem razão o agravante em requerer a reforma da decisão recorrida, porquanto outra só poderá ser proferida após regular intimação do devedor para apresentação de defesa, nos moldes do art. 733 do CPC, devendo-se, ai sim, considerar suprida a citação com o comparecimento espontâneo do agravante, nos exatos termos da certidão de f. 44, TJ, observando-se, por óbvio, o prazo de três dias, estipulado para que o pagamento possa ser efetuado.
Assim sendo, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA REFORMAR A DECISÃO RECORRIDA DE F. 31, TJ, TORNANDO SEM EFEITO A DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA QUE SE REALIZE O

DESCONTO DAS TRÊS ÚLTIMAS PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS EM ATRASO, MAS MANTENDO O DESCONTO, EM FOLHA DE PAGAMENTO, DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS
Custas recursais, *ex lege*.
AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.
O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:
VOTO
De acordo.
O SR. DES. CAETANO LEVI LOPES:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : DERAM PARCIAL PROVIMENTO".

"Agravo de Instrumento. Execução de alimentos. Decisão que decretou a prisão do devedor. Art. 733 do CPC. Justificativa. Alegação de desemprego, e pagamento *in natura* da obrigação. 1- O dever constitucional de sustento dos filhos menores é de tamanha relevância, que para se ver desobrigado, o alimentante deve apresentar uma justificativa de total impossibilidade de cumprimento da obrigação, não bastando afirmação de desemprego, e precariedade na situação econômica. Precedentes jurisprudenciais. 2- A obrigação de prestar alimentos deve ser cumprida nos exatos termos da decisão judicial que a fixou, mormente quando o filho menor está sob a guarda do outro genitor, que é quem tem melhores condições de decidir qual a forma mais conveniente e proveitosa de se utilizar os valores advindos da pensão alimentícia, em benefício do alimentando. (TJMG, processo 1002406058023-0/001(1), relator Jarbas Ladeira, data do julgamento 28/08/2007, data da publicação 14/09/2007) Número do processo: 1.0672.06.212823-2/001(1)"

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA BANCÁRIA DO EXECUTADO - CONVÊNIO BACEN/JUD - EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE. A adoção da penhora via on line é perfeitamente possível na hipótese dos autos, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, tendo em vista o convênio firmado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça, mormente quando as provas dos autos apontam para a inexistência de bens passíveis de penhora.
AGRAVO N° 1.0024.97.086068-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): LTDA - AGRAVADO(A)(S): C A Q - RELATOR: EXMO. SR. DES. D. VIÇOSO RODRIGUES
ACÓRDÃO
Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMBARGADOR 2º VOGAL.
Belo Horizonte, 29 de setembro de 2006.
DES. D. VIÇOSO RODRIGUES - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
Assistiu ao julgamento, o Dr. Flávio Couto Bernardes, pelo agravante.
O SR. DES. D. VIÇOSO RODRIGUES:
VOTO
Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.
Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da execução de sentença, ajuizada por Ltda., ora agravante, contra C A Q, que indeferiu o pedido de penhora on line das aplicações financeiras do agravado, sob o fundamento de que inexiste previsão na legislação processual de bloqueio de numerário, não podendo um convênio celebrado com a LTDA modificar regras processuais.
Aduz a apelante que, consoante as disposições do art. 655 do CPC, o dinheiro encontra-se em primeiro lugar na gradação de bens para penhora, constituindo a penhora de numerários do devedor meio legal de garantir a execução.
Afirma que a própria jurisprudência permite a adequação da lei às situações específicas, com o objetivo de conferir maior eficácia e celeridade a prestação jurisdicional, pelo que não há falar em ausência de previsão legal de bloqueios de numerários existentes em contas correntes e aplicações financeiras do devedor, colacionando diversos julgados em defesa de sua tese.
Discorre sobre a necessidade do bloqueio do dinheiro constante da conta corrente e aplicações financeiras do devedor, sob pena de frustração da prestação jurisdicional, haja vista a possibilidade de

resgate do referido numerário.
Despacho às fl. 108/110, antecipando os efeitos da tutela pretendida, determinando a realização da penhora on line, com respaldo no convênio BACEN/JUD.
Contra-minuta do agravado às fls. 116/126.
Este o relatório. Decido.
Inicialmente, cumpre ressaltar que a penhora de dinheiro em conta corrente, atualmente denominada 'penhora via on line', é um instrumento inovador (efetivo e célere), utilizado pelo Poder Judiciário em acordo com o Banco Central, o qual permite que os Juízes, através de solicitação eletrônica, bloqueiem instantaneamente a conta corrente do devedor executado, garantindo, dessa forma, a efetividade da execução.
De se anotar que tal medida vem sendo utilizada com o objetivo de se dar maior efetividade à prestação jurisdicional, com fundamento no art. 655, do CPC, onde se tem, com preferência, a penhora em dinheiro.
Com efeito, o bloqueio do numerário executado objetiva evitar a frustração da prestação jurisdicional, haja vista a possibilidade de resgate do dinheiro pelo executado, em detrimento do direito do credor.
Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:
'EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. CONVÊNIO FIRMADO COM O BANCO CENTRAL. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO. GARANTIA DA EXECUÇÃO. AGRAVO PROVIDO.
1- Diante da inexistência de outros bens passíveis de apreensão em nome da devedora, é correto que a penhora recaia sobre valores depositados em sua conta bancária.
2- É possível a utilização da penhora eletrônica capaz de garantir a efetividade da execução, pois existe um convênio com o Banco Central que viabiliza este serviço.
3- Agravo a que se dá provimento'. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 515.948-8, rel Des FRANCISCO KUPIDLOWSKI, julg. 01/09/2005)
'PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - PENHORA VIA ON LINE - POSSIBILIDADE.
É perfeitamente possível a penhora via on line, que não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, ainda mais depois do convênio firmado entre o Banco Central e este Tribunal de Justiça'. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 496.287-6, Rel. Des. Maurício Barros, julg. 28/06/05).
Assim, entendo ser perfeitamente possível a adoção da penhora via on line, principalmente porque tal medida excepcional contribuirá para a efetividade da execução, mormente em razão da inexistência de bens passíveis de penhora.
Ora, o convênio celebrado com o BACEN e o Poder Judiciário tem por objetivo coibir artimanhas adotadas pelos maus pagadores que, geralmente, alienam seus imóveis, visando frustrar a prestação jurisdicional, e aplicam os produtos das vendas em fundos e outros investimentos em dinheiro, que lhe propiciam rendimentos, em detrimento de seus credores.
Ressalta-se, ainda, que não há se questionar a natureza do numerário depositado, pois não se pode concluir que o dinheiro disponível na conta corrente do executado tenha sido proveniente do recebimento de créditos salariais ou que tenha caráter alimentar, haja vista que a conta corrente não é utilizada somente para este fim.
Lado outro, a penhora on line, não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, porquanto tal medida, além de contribuir para a efetividade da execução, não implica em conhecimento da movimentação, uma vez que ocorre apenas o bloqueio dos valores determinados e sua transferência ao juízo. Com efeito, o ordenamento jurídico não veda a constrição judicial sobre valores disponíveis em contas bancárias, apenas proíbe o conhecimento da movimentação financeira.
Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para deferir a penhora do numerário existente na conta corrente e aplicações financeiras do executado, através do sistema BACEN/JUD, até o limite do crédito executado.
Custas recursais, pelo agravado.
O SR. DES. ELPIDIO DONIZETTI:
VOTO
A penhora *on-line* é uma forma de satisfação do crédito do devedor, possibilitada a partir de um convênio de cooperação técnico-institucional - ao qual este Tribunal aderiu em 31/05/2001 - realizado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal.
Conforme ofício-circular nº 24/CGJ/2005, de 28/03/2005, 'referido Convênio permite ao Juiz de Direito solicitar ao Banco Central do Brasil informações sobre a existência de contas correntes e aplicações

financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação de extinção de falências, envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional'.
Embora já tenha me posicionado no sentido de que para a realização da penhora on-line, 'a parte exeqüente deve comprovar que não conseguiu localizar quaisquer outros bens pertencentes ao executado' (AC 2.0000.00.514689-0/000, julgada em 24/11/2005, citada pelo agravado), mudei de opinião, conforme se pode constatar das seguintes decisões: AI 1.0145.05.228403-4/001, AI 1.0024.05.747505-5/001, AI 1.0024.01.086959-2/001.
Aliás, a jurisprudência, inclusive do STJ, de forma quase maciça, tem-se orientado no sentido de se permitir a penhora de dinheiro, independentemente de o devedor possuir outros bens:
'PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE IMÓVEL DE DIFÍCIL VENDA. GRADAÇÃO LEGAL. PENHORA DE NUMERÁRIO À DISPOSIÇÃO DA AGRAVADA. ADMISSIBILIDADE.
Indicado bem imóvel pelo devedor, mas detectada a existência de numerário em conta-corrente, preferencial na ordem legal de gradação, é possível ao juízo, nas peculiaridades da espécie, penhorar a importância em dinheiro, nos termos do art. 656, I, e 657 do CPC.
Recurso especial não conhecido.' (REsp 537667/SP - Rel. Min. César Asfor Rocha - 4ª Turma - STJ - DJ 09/02/2004)
'EXECUÇÃO - PENHORA - SUBSTITUIÇÃO DO BEM POR DINHEIRO - PREFERÊNCIA NA ORDEM PREVISTA NO ART. 655 DO CPC - ADMISSIBILIDADE.
A nomeação à penhora deve-se dar de modo a assegurar a rápida e integral satisfação do crédito, evitando-se a perpetuidade inócua do processo executório. »Ademais, o princípio da menor onerosidade ao devedor na execução não é perfilhável se sua prática se implicar possível ou provável óbice, de caráter sério, ao atendimento do direito do credor.' (AI 821.851-00/7 - Rel. Juiz Ribeiro Pinto - 3ª Câmara - 2º TACivSP - j. 10/02/2004).
'EXECUÇÃO - PENHORA - NOMEAÇÃO DE BENS - DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM LEGAL - SUBSTITUIÇÃO POR NUMERÁRIO EM CONTA-CORRENTE BANCÁRIA - ADMISSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 655, I, CPC.
Inspirando-se a ordem legal de nomeação de bens à penhora no propósito de facilitar o rápido alcance do resultado a que se destina a execução (pagamento do débito), mediante apreensão do dinheiro ou de bens com simplicidade em moeda, não há porque arredar a penhora incidente em pecúnia constante de conta bancária da devedora'. (AI 809.895-00/6 - Rel. Juiz Rodrigues da Silva - 4ª Câmara - 2ª TACivSP - j. 04/11/2003).
Por outro lado, como bem observa André de Luizi Correia (Em defesa da penhora on-line, Revista de Processo 125, RT, p. 123), 'a penhora on-line em nada viola o princípio da menor onerosidade, não somente porque sua correta exegese não é aquela que lhe atribuem os opositores ao sistema Bacen Jud, como também - e principalmente - porque referido princípio perdeu muito espaço após as reformas processuais que, seguindo uma tendência mundial, intensificaram o valor efetividade, que não mais pode ser dissociado do próprio conceito de acesso à Justiça'.
Não é outro o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (A Nova Era do Processo Civil, Ed. Malheiros, 2004, p. 294), o qual assevera que 'atenta contra a jurisdição o devedor que, tendo dinheiro ou fundos depositados ou aplicados em banco, não paga desde logo quando citado no processo executivo (CPC, art. 652)'.
Ante o exposto, acompanho o voto do relator e, por conseguinte, DOU PROVIMENTO ao agravo para deferir o bloqueio on-line de valores porventura disponíveis em contas bancárias de titularidade do agravado.
Custas, ao final, pela parte sucumbente.
O SR. DES. JOSÉ OCTÁVIO DE BRITO CAPANEMA:
VOTO
Com a devida venia, pondo-me vencido, estou a registrar minha respeitosa divergência relativamente aos ilustrados votos já proferidos, uma vez que entendo implicar a penhora on line injurídica supressão do devido processo legal, merecendo aplausos o eminente Juiz a quo que tão acertadamente a indeferiu, bem preservando o direito de seus jurisdicionados.
Data venia, se o legislador regulamentou, nas disposições do Código de Processo Civil, a realização do instituto da penhora, sem que contemplasse essa figura moderna da penhora on line, e se, como bem assinalou o MM. Juiz a quo, não pode a simples regulamentação modificar ou se substituir à Constituição o Juiz que, à revelia da lei, estiver a praticar tal penhora que se converte, assim, em inaceitável arbitrariedade.
Nego, então, provimento ao recurso mantendo a respeitável decisão agravada com os meus aplausos ao

jovem e tão brilhante magistrado que a subscreveu.
SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DESEMBARGADOR 2º VOGAL.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVO Nº 1.0024.97.086068-0/001”

Revisional de Alimentos

“REVISIONAL de alimentos. ônus da prova. Segundo a Conclusão nº 37 do Centro de Estudos do TJRGS, é do alimentante o ônus de provar a impossibilidade de arcar com a verba alimentar. »Dessa forma, não pode ser premiado por sua conduta desidiosa aquele alimentante que não se preocupa em demonstrar suas alegações, no sentido de que não possui condições financeiras para alcançar os alimentos originalmente fixados.
Apelo provido.
Apelação Cível
Sétima Câmara Cível
Nº 70020837514
Comarca de Arroio Grande
M.N.S.
APELANTE
J.L.M.S.
APELADO

ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover o apelo.
Custas na forma da lei.
Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.
Porto Alegre, 24 de outubro de 2007.
DES.ª MARIA BERENICE DIAS,
PRESIDENTA E RELATORA.
RELATÓRIO
Des.ª Maria Berenice Dias (PRESIDENTa E RELATORA)
Trata-se de apelação interposta por Márcia N. S., representada por sua mãe, G. B. N., inconformada com a sentença (fls. 43-45), que, nos autos da ação revisional de alimentos ajuizada por José L. M. S., julgou procedente o pedido, reduzindo a obrigação alimentar originalmente fixada em dois salários mínimos, para o valor equivalente a 40% do salário mínimo.
Sustenta a recorrente, em síntese, não ter o alimentante comprovado qualquer alteração nas suas condições financeiras. Frisa não ter o alimentante revelado que recentemente adquiriu uma chácara de 50has. Afirma que além de o recorrido continuar explorando o 'Bailão do Sabeta', atua no ramo da pecuária como confinador de bois. Expõe que o alimentante tem promovido sucessivas trocas de veículos. Alega que o apelado possui amplas condições para arcar com os alimentos, tendo inclusive tido um aumento de patrimônio. Requer o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente (fls. 48-52).
O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 61)
Contra-arrazoado o recurso (fls. 64-66), subiram os autos a esta Corte.
A Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento (fls. 73-77).
É o relatório.
VOTOS
Des.ª Maria Berenice Dias (PRESIDENTa E RELATORA)
Assiste razão à recorrente.

Em que pesem as alegações do ora apelado na inicial, tem-se que nenhuma prova apta a evidenciá-las foi produzida. Absolutamente nada há nos autos a respaldar a alegada falta de condições para contribuir com verba alimentar originalmente fixada. Ao que tudo indica, o alimentante sequer se preocupou em comprovar seus argumentos, não podendo, portanto, ser beneficiado pela atitude desidiosa que adotou na presente ação.
A fim de evitar a desnecessária tautologia, adota-se como razões de decidir o bem lançado parecer da Procuradora de Justiça Ida Sofia Schindler da Silveira:
O apelado ajuizou ação revisional buscando radical diminuição de sua obrigação alimentar para com a filha, que estava fixada no patamar de dois salários mínimos, desde 22 de novembro de 1993, para o equivalente a 40% do salário mínimo.

Objetivando dar suporte ao seu pleito argumenta que os alimentos teriam sido reduzidos para R$ 130,00, por acordo verbal com a mãe da alimentanda, ao tempo em que diz ter a referida representante ajuizado ação executiva, buscando até mesmo valores já pagos, estando na iminência de ser preso por não ter condições de cumprir a obrigação, requereu a redução liminar dos alimentos.

Ora, não é crível que, firmado acordo verbal com a representante da apelante, esta logo ajuizasse execução das diferenças e até de valores que ele afirma ter pago!

Também não se presta ao desiderato a alegação de que tem outra filha menor de idade, que sustenta com rendimentos que giram em torno de um salário mínimo. É que não existe qualquer prova a demonstrar tal fato. Nada para demonstrar sua situação financeira, as alterações que tenha ocorrido no curso dos anos ou o nascimento daquela menor que afirma sustentar.

Assim, não merece ser prestigiado seu comportamento absolutamente omissivo, devendo lhe ser debitada a escassez da prova a respeito dos ganhos na atividade profissional, que desenvolve autonomamente em chácara recentemente adquirida com recursos próprios, dada a natural dificuldade na obtenção de prova sobre tal aspecto por parte da apelante.

Ademais, considerando a sua própria conduta processual esquiva, de não produzir prova que lhe seria absolutamente possível produzir, não fornecendo ao juízo informações corretas e completas sobre a sua efetiva renda, ônus que lhe cabia, como previsto na Conclusão nº 37, não pode ser ver beneficiado, em detrimento de filha que qualifica na inicial como estudante, ainda menor púbere. No ponto a jurisprudência assenta:

'APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. REVISÃO DE ALIMENTOS. REDUÇÃO. PROVA. Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio necessidade/possibilidade, sendo imperiosa, em ação revisional, além de prova das necessidades do alimentado, a demonstração da alteração da capacidade financeira do alimentante. Inexistindo, nos autos, prova da alteração do binômio alimentar, possibilidade/necessidade, improcede o pleito revisional, devendo ser mantido o valor anteriormente fixado. Consoante a Conclusão nº 37 do Centro de Estudos deste Tribunal, cabe ao alimentante fazer prova acerca da sua impossibilidade em prestar o valor fixado. »APELO PROVIDO.' (Apelação Cível Nº 70019874239, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 23/08/2007).

É bem por tais razões que a sentença merece reforma, com determinação da manutenção da pensão em dois salários mínimos nacionais mensais, pois o apelado não se desincumbiu do ônus processual probatório que lhe cabia e, ante tal quadro, é impossível dizer que era da apelante aquela obrigação.

A uma, porque o apelado não alegou que a filha pudesse sobreviver sem sua ajuda, o que implicaria na desnecessidade, que é um dos suportes fáticos capazes de possibilitar êxito na revisional minoratória e, então caberia a ela fazer a prova da necessidade do pensionamento para a sobrevivência.

A duas, porque ao alegar impossibilidade de continuar suportando a obrigação, cabia-lhe demonstrar de modo idôneo qual foi a alteração sofrida em seus ganhos, o que daria azo à procedência de ação revisional posta de forma tão drástica como pretendeu.
Juntou, sim, a decisão que fixou os alimentos. Não foram eles estabelecidos simplesmente a sua revelia.

Da leitura da decisão de fls. 8/9, proferida na ação de alimentos, vê-se que eles foram fixados de modo liminar, e que a citação se operou de forma regular, pois consignado ali que foi devidamente citado e silenciou, seu silêncio significou concordância com o pedido inicial.

Tanto foi assim, que a verba então definida persiste, nunca se insurgiu contra aquela decisão, até que agora, por estar sendo executado em razão da inadimplência, aventurou-se na revisional sem demonstrar qualquer interesse provar ao juízo a veracidade de sua situação econômica. Demonstrando de forma concreta os parcos ganhos declarados e a existência de outra filha menor. No caso, nem se pode dizer que a prova produzida pelo apelado é franciscana, em verdade ela é inexistente! Valendo colacionar:

'AÇÃO DE ALIMENTOS. ÔNUS DA PROVA. BINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE. Segundo a conclusão n.º 37 do Centro de Estudos do TJRGS, em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca da sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Dessa forma, não tendo ficado evidenciada qualquer alteração nas possibilidades do alimentante, correta se mostra a manutenção da verba alimentar originariamente fixada. Apelo desprovido.' (Apelação Cível Nº 70020029898, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007)
'APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. É do alimentante o ônus de provar a sua impossibilidade. Não havendo comprovações de que o alimentante não pode arcar com a verba alimentar fixada pela sentença, não há falar em redução do quantum. NEGARAM PROVIMENTO.' (Apelação Cível Nº 70019496934, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/06/2007, grifo nosso).

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao apelo.
Em face do julgamento ora preconizado, invertam-se os ônus sucumbenciais, cuja exigibilidade é suspensa em razão do benefício da assistência judiciária gratuita anteriormente deferido.

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (REVISOR) - DE ACORDO.
Des. Ricardo Raupp Ruschel - DE ACORDO.

DES.ª MARIA BERENICE DIAS - PRESIDENTE - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70020837514, COMARCA DE ARROIO GRANDE: 'PROVERAM. UNÂNIME.'

Julgador(a) de 1º Grau: NELSON DAGMAR DE OLIVEIRA FERRER

'Ação de Alimentos. Fixação. Percentual sobre salário líquido. Modificação. Incidência sobre o salário-base. Inadmissibilidade. A pensão alimentícia, sempre que o devedor possuir emprego fixo, deve ser fixada em percentual a incidir sobre os vencimentos líquidos do alimentante, por ser um critério mais justo e equânime, com observância do binômio necessidade/capacidade.' (TJMG – Prc. n.º 1.0000.00.323023-2/000, Rel. Des. Corrêa de Marins, p. 01/07/2003)

'Revisional de alimentos. Fixação anterior em salário mínimo. Servidor público. Percentual. - Alteração da pensão alimentar pode ocorrer, mas para tanto há de haver mudança na fortuna de quem os fornece ou de quem os recebe. - Fixado os alimentos em salário mínimo, quando da separação, possível é a alteração dos mesmos para percentual dos vencimentos do alimentante, que, sendo servidor público, não tem sua remuneração salarial vinculada àquele indexador, evitando-se, assim, que a maior parte da parcela líquida dos vencimentos seja consumida com o pagamento da pensão alimentícia.' (TJMG – Proc. n.º 1.0434.05.930864-4/001, Rel. Des. Ernane Fidélis, p. 16/12/2005.)”

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISIONAL DE ALIMENTOS - DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM PRIMEIRO GRAU - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CPC - EXIGIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - AGRAVO PROVIDO. Não deve ser concedida a tutela antecipada na ação de revisão de pensão alimentícia, quando se postula a redução do encargo, se não houver prova inequívoca do fato invocado.
AGRAVO Nº 1.0000.00.353453-4/000 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - AGRAVANTE(S): S F V - AGRAVADO(S): P P A J - RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO HENRIQUES
ACÓRDÃO

(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.
Belo Horizonte, 27 de novembro de 2003.
DES. PEDRO HENRIQUES - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. PEDRO HENRIQUES:
VOTO
Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.
Inconformada com a r. decisão interlocutória (fls. 21/22-TJ) que deferiu a antecipação de tutela na Ação Revisional de Alimentos proposta pelo Agravado, P P A, agravou de instrumento S F V, com pedido de efeito suspensivo (fls. 02/10-TJ).
Argumentou, para tanto, a ausência de prova da modificação das condições econômicas do Agravado, uma vez que as dívidas alegadas na peça inicial da ação Revisional de Alimentos são as mesmas desde a separação do casal.
Aduz, ainda, que as parcelas as quais foram deferidas na antecipação de tutela (financiamento de carro e faculdade) são de caráter temporário e de 'suma importância para os filhos do casal e para a Agravante, determinantes para seu futuro, além de estarem dentro das possibilidades do Agravado' (fl. 06-TJ).
Por fim, alega que não possui rendimentos de R$ 600,00 e sim de R$ 154,00, e poderá perder o que recebe mensalmente de sua contratação, caso não esteja freqüentando faculdade.
Autos distribuídos neste Eg. Tribunal de Justiça (fl. 61-TJ) vieram conclusos ao Relator de plantão (fl. 62-TJ) que deferiu o efeito suspensivo pleiteado (fls. 63/64-TJ).
Em nova distribuição (fls. 70/71-TJ), vieram os autos conclusos ao Novo Relator (fl. 72-TJ), que se manifestou pelo prosseguimento do feito (fl. 73-TJ).
Contraminuta apresentada às fls. 77/82-TJ, o Agravado pleiteou a revogação da decisão que concedeu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e a manutenção dos efeitos da antecipação de tutela concedida em primeira instância.
Comprovação do cumprimento do art.526 do CPC pela Agravante. (fls. 86/87-TJ)
Vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 97-TJ), manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 98/101-TJ).
Analisando as questões objurgadas nesta instância recursal, verifica-se, salvo melhor juízo, o equívoco do i. Magistrado de primeiro grau. Vejamos.
Pois, tratando-se de verba alimentar, só a prova inequívoca acerca da impossibilidade de arcar com o encargo anteriormente conveniado, é que poderia se justificar, em sede de revisional de alimentos, o deferimento da tutela antecipada.
E cumpre ressaltar que os argumentos trazidos pelo Agravado, em sua peça inicial da Ação Revisional de Alimentos, não passaram de mera possibilidade de provimento final favorável, sem, contudo, alcançar a necessária probabilidade exigida pela prova inequívoca e verossimilhança de alegação, nos termos do artigo 273 do CPC.
E, pela análise do art. 330, inciso I, do CPC, entendemos que o ônus da prova, na hipótese em que o pleito do devedor visa a redução dos alimentos, compete a este, devendo versar sobre a diminuição da sua capacidade financeira e/ou a redução ou extinção da necessidade do pensionamento por parte do credor, não se verificando nos autos prova convincente da impossibilidade do alimentante suportar o encargo no quantum fixado anteriormente.
Neste sentido, é a posição deste eg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
'Agravo de Instrumento. Revisional de alimentos. Antecipação de tutela. Medida excepcional. Redução da fortuna do alimentante não comprovada de plano. Ausência dos requisitos autorizadores da medida. Não provimento do recurso'.
(TJMG Agravo de Instrumento nº 308.177-5/000 Rel. Des. Pinheiro Lago data public. 30/09/2003)
'AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - REDUÇÃO - REQUISITOS - ART. 273 CPC - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA. Configura-se inadmissível a antecipação dos efeitos da tutela nos autos da ação revisional de alimentos quando o autor não preenche os requisitos insertos no art. 273 no Código de Processo Civil'.
(TJMG Agravo de Instrumento nº 326030-4/000 Rel. Des. Silas Vieira data public. 19/09/2003).
Agravo de Instrumento. Processo civil. Alimentos. Revisão. Tutela antecipada. Requisitos. Não

comprovados. O art. 273 do Código de Processo Civil estabelece como um dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada a existência de prova inequívoca do direito do postulante, ou seja, prova a respeito da qual não se admite qualquer discussão e que induza o convencimento do magistrado a respeito da verossimilhança da alegação. Nega- se provimento ao recurso.
(TJMG Apelação Cível nº 337.781-9/000 Rel. Des. Almeida Melo - data public. 29/08/2003).
A propósito, é o entendimento de outros TRIBUNAIS:
'FAMÍLIA - ALIMENTOS EM REVISIONAL - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA REDUZIR A VERBA ALIMENTAR - POSTULAÇÃO DENEGADA - É DE BOA PRECAUÇÃO, DESDE QUE NOS AUTOS HAJA DÚVIDA A RESPEITO DA SITUAÇÃO FÁTICA PREVISTA NO ART. 401 DO CÓDIGO CIVIL, REJEITAR PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA EM REVISIONAL DE ALIMENTOS, MÁXIME QUANDO A FIXAÇÃO DESSES MESMOS ALIMENTOS FOI OBJETO, EM PASSADO RECENTE, DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. A REDOBRADA CAUTELA DO JULGADOR HÁ DE SE FAZER PRESENTE ATÉ QUE NO AMPLO CONTRADITÓRIO POSSA SENTENCIAR COM SUPEDÂNEO NA REALIDADE ADVINDA DA AMPLIDÃO PROBATÓRIA'.
(TJDF Agravo de Instrumento Rel. Des. Eduardo Moraes Oliveira data public. 01/07/1998)
'ALIMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. REVISIONAL. O DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EXIGE A CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA - ENTENDIDA COMO AQUELA QUE NÃO ADMITE DÚVIDA RAZOÁVEL - E FUNDADO RECEIO DE DANO. TRATANDO-SE DE REVISIONAL DE ALIMENTOS, REDOBRADA DEVE SER A CAUTELA PARA A CONCESSÃO DESSA MEDIDA INAUDITA ALTERA PARTE, ANTE AS GRAVES CONSEQÜÊNCIAS QUE PODEM ADVIR PARA O ALIMENTADO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME'.
(TJRS Agravo de Instrumento nº 70006543938 Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos j. em 13/08/2003.)
Assim sendo, a pretensão revisional, amparando- se na modificação das condições econômico-financeiras dos interessados, desafia a prova dos fatos afirmados tendentes ao pleito de redução do valor da obrigação alimentar, havendo pelo contrário, indícios da capacidade financeira do devedor.
Assim, diante dos poucos elementos postos a exame pelo Agravado não subsiste a alegação de que o valor fixado confronta-se com o binômio necessidade-possibilidade que deve conduzir a fixação do montante dos alimentos.
Daí que, à falta de maiores elementos concretos sobre as despesas da Agravante e a capacidade contributiva do Agravado, a pensão alimentícia anteriormente acordada deve ser mantida, até que se possibilite a segura apuração das verdadeiras condições dos litigantes, para a devida aplicação do binômio de que trata o art. 1.694 do Código Civil/2002.
Nesta esteira, vale ainda reproduzir trechos do parecer do culto Procurador de Justiça, Dr. Márcio de Pinho Tavares (fls. 98/101-TJ), senão vejamos:
'Conforme cediço, a pretensão da cessação dos descontos da pensão exige demonstração da verossimilhança da alegação, não bastando a mera existência de *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*, ou seja, a pretendida antecipação, por ser medida que se equipara ao provimento final do mérito, exige prévia prova inequívoca da situação, apta a ensejá-la.
No caso, são insuficientes as alegações trazidas à baila pelo alimentante, máxime em se tratando de antecipação de tutela, em ação que tenha por objeto a redução de pensão alimentícia, porque a questão desafia dilação probatória, o que não se configura no caso em pareço, fator pelo qual impõem-se o provimento do recurso'.
Destarte, na falta de elementos probatórios suficientes a respeito da possibilidade econômica do alimentante e da suficiência financeira da beneficiária da pensão, cassa-se a decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada que visava reduzir o valor dos alimentos acordados, uma vez que, deve-se ter em mira que a matéria exige dilação probatória.
Isto posto, dá-se provimento ao agravo,cassando a r. decisão hostilizada.
Custas, pelo Agravado.
O SR. DES. SILAS VIEIRA:
Sr. Presidente.
A concessão da tutela antecipada exige que o juiz, diante da prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação, consoante disposição do art. 273 do CPC.
Tenho que, em sede de ação revisional de alimentos que busca a redução da obrigação pensional, temerária é a concessão da tutela, diante da imprevisibilidade de possíveis seqüelas no futuro dos pensionados, se não vitoriosos na ação.
Com tais considerações, acompanho o Des. Relator.
O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

De acordo com o Relator.
SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.
DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 399 DO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DA SOLIDARIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Segundo a doutrina de Orlando Gomes, alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e lazer. Os fundamentos da obrigação de prestar alimentos a quem deles necessita decorrem do princípio fundamental constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CR) e do princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), e estão consubstanciados na regra do art. 399 do Código Civil. Não conseguindo o apelante comprovar a ocorrência do desaparecimento de um dos pressupostos do art. 399 do Código Civil, ou seja, de que recorrida não precisa mais dos alimentos, ou de que ele não possui mais possibilidade econômica de prestar alimentos, inocorre razão para que cesse a sua obrigação de prestar alimento. Se o alimentante pode suportar novos encargos com a constituição de nova família, que o faça, mas sem exclusão ou redução dos anteriores, aos quais, por lei está obrigado e que voluntariamente assumiu no ajuste da pensão na separação consensual. Bem adverte, a propósito, Yussef Said Cahali que 'os encargos que livremente se impôs o alimentante com a constituição de um novo lar não podem ser levados à conta de alteração de sua fortuna.' »(TJMG, processo 1000000277000-6/000(1), Relator Maria Elza, data do acórdão 29/08/2002, data da publicação 01/10/2002.)”

“EMENTA: Revisional de Alimentos. Pensão fixada em salários mínimos. Descontos incidentes sobre os proventos do alimentante. Alteração da forma dos descontos. Possibilidade. É evidente que, mantida a forma como os descontos vêm sendo efetuados, o valor dos proventos do alimentante será cada vez mais corroído pelo tempo, na medida em que o reajuste destes, via de regra, não acompanha a elevação do valor do salário mínimo. Recurso parcialmente provido.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.711571-6/001 (EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.96.011449-4/001) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I L - APELADO(S): L S S - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA).
Vistos etc., acorda, em Turma, a SÉTIMA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.
Belo Horizonte, 15 de junho de 2004.

DES. PINHEIRO LAGO - RelatorNOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. PINHEIRO LAGO:
VOTO
Trata-se de recurso de apelação interposto por I L, inconformado com a r. sentença de fls. 66/68, que houve por bem julgar improcedente o pedido da ação revisional de alimentos por ele ajuizada contra L S S, decidindo, também, pela improcedência da reconvenção aforada pela ré.
Sustenta o recorrente, basicamente, que 'restou demonstrada a modificação concreta da situação contemporânea à época da fixação dos alimentos questionados, na medida em que o critério de reajuste da pensão, com base em salário mínimo, não sendo o mesmo adotado para se atualizar os proventos dos inativos, resultou na condição para pior do apelante e melhor para a apelada'.
A apelada deixou transcorrer in albis o prazo para contra-razões (fls. 72-verso).
Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.
Versam os autos sobre ação revisional de alimentos, pretendendo o alimentante a redução do encargo alimentar que tem para com a sua ex-esposa, sob a alegação principal de que não pode suportar o desconto da pensão alimentícia, na forma com vem sendo feito. Aduz que é sexagenário, diabético e hipertenso, possuindo ainda outra família para sustentar. Pede, ao final, a redução dos alimentos para o patamar de 30% (trinta por cento) do valor de seus proventos.
Há que se ter em mente, em feitos dessa natureza, a norma do art. 1.699, do Código Civil, *in verbis*: 'Se,

fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou majoração do encargo.'
Pertinente, outrossim, o regramento do art. 15, da Lei nº 5.478/68, in verbis: 'A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados'.
Restou incontroverso que, por ocasião do desfecho de anterior ação de revisão de alimentos, ajuizada pelo ora apelante contra a ora apelada – processo nº 024.98.019.269-4 –, decidiu-se pela fixação de uma pensão alimentícia no valor de dois salários mínimos.
Com a devida vênia do honrado juízo de 1º grau, acredito que a forma como vem sendo descontada a pensão do alimentante, prejudica, sobremodo, os valores que lhe sobram para sobreviver, ainda que se leve em conta o ganho que o mesmo possui, a partir da vendas que faz, em um cômodo alugado.
Conforme se apura do documento de fls. 06, o benefício previdenciário recebido pelo alimentante era, em janeiro de 2002, da ordem de R$ 519,12. Tal valor, como o próprio apelante reconhece, em seu depoimento de fls. 58, sofreu uma pequena elevação, representando, em valores de hoje, R$ 587,00.
Considerando que o valor de referência do salário mínimo, hoje, é de R$ 240,00, teremos, para o alimentante, após o desconto da pensão de dois salário mínimos, o saldo de R$ 107,00.
É evidente que, mantida a forma como os descontos vem sendo efetuados, o valor dos proventos do alimentante será cada vez mais corroído pelo tempo, na medida em que o reajuste destes, via de regra, não acompanha a elevação do valor do salário mínimo, que, aliás, está prestes a ocorrer, no corrente ano.
Por outro lado, não é razoável dizer que o alimentante possui outra substanciosa renda, a partir de venda de churrasquinhos, dentre outros produtos, realizada em um cômodo que aluga. Tal renda, não há dúvida, existe, mas não em patamares que propiciem o narrado conforto ao autor da demanda, conforme anunciado pela ré, tais como viagens de férias, manutenção da filha em escola particular, reforma da casa, dentre outros.
Nos termos do depoimento do autor, a renda por ele auferida, no ponto que tinha no bairro, era de 'duzentos a trezentos reais mensais, isto quando estava bom.' (fls. 58)
Sabe-se, ainda, que o alimentante já locou um novo ponto, na Av, o qual, segundo informação trazida pela testemunha F (fls. 61), tem perspectivas de propiciar um ganho mais elevado ao alimentante.
Nesse contexto, tenho por necessária a alteração da forma como vêm sendo descontados os proventos do autor, bem como a redução, ainda que pequena, do quantum dos alimentos, pois configurado o fator de alteração na fortuna do mesmo. Releva notar, como acertadamente exposto pelo recorrente, que o aspecto da alteração da forma dos descontos não foi tratada na decisão proferida em anterior ação revisional, sendo de todo conveniente fazê-lo agora.
Assim, se tomarmos como referência o cálculo acima mencionado, veremos que os descontos da pensão, nos proventos do autor, giram em torno de 82% do total. Se reduzirmos tal desconto para 60% do total, teremos a alimentanda recebendo, a título de alimentos, algo em torno de R$ 352,00, o que se me afigura razoável, cabendo ao alimentante, para o sustento próprio e de sua atual família, os 40% restantes, além da renda que conseguir auferir do negócio montado na 'garagem' da Av.
Posto isso, dando parcial provimento ao recurso de apelação, julgo parcialmente procedente o pedido da ação revisional de alimentos, para que o desconto dos alimentos passe a representar o montante correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor dos proventos recebidos pelo alimentante.
Oficie-se ao órgão pagador.
Restando cada litigante em parte vencedor e vencido, quanto ao pedido principal, arcará cada parte com o pagamento de metade das custas processuais, de 1º e 2º graus, compensando-se os honorários advocatícios.
Observem-se as prerrogativas de Justiça Gratuita.
O SR. DES. ALVIM SOARES:
VOTO
De acordo.
O SR. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : DERAM PROVIMENTO PARCIAL".

"EMENTA: Revisional de Alimentos - Binômio Necessidade e Possibilidade - Condição Financeira do

Alimentante - Modificação da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante - princípio do melhor interesse da criança e adolescente e da solidariedade familiar - mãe desempregada.- O magistrado deve observar, quando da fixação do valor da pensão alimentícia, o binômio da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante. Somente observados tais parâmetros será possível atingir um equilíbrio, de forma a auxiliar aquele que necessita da prestação, sem sacrificar aquele que arcará com seu pagamento, realizando, em última instância, a justiça ao caso concreto.- O valor de 7 salários mínimos não é exorbitante, para um pai que aufere renda de aproximadamente R$ 17.000,00 por mês, pois equivale a 16% de seus ganhos. Dessa forma, não comprometeria o seu sustento, e, ainda sobraria uma quantia considerável para sua mantença.- É cediço que a obrigação de prestar alimentos é de ambos os pais, contudo, no caso, a genitora se encontra desempregada, e, o fato de deter a guarda da filha, implica em uma série de gastos extraordinários, responsabilidades e limitações, ainda mais, se levarmos em conta que o pai após 15 anos, discute, judicialmente, a paternidade da menor, o que faz crer seu abandono afetivo e o abalo emocional da filha.- Não se trata de dimensionar ou valorar em moeda o afeto e o amparo amoroso, mas a atenção e cuidados maternos, em situações como essa, se torna redobrado, ainda mais quando se trata de uma adolescente, que está em processo de formação de sua personalidade, sendo perfeitamente presumido o tempo e os cuidados despendidos para suprir essa falta, o que sem dúvida, dificulta, ainda mais, a inserção da mãe no mercado de trabalho.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.933218-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): W.R.C. - APELADO(A)(S): I.E.S.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE L.G.S.V. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 23 de agosto de 2007.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES:
VOTO
Trata-se de apelação cível interposta por W.R.C., contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação revisional de alimentos proposta por I.E.S.C., representada por sua mãe L.G.S.V., julgou procedente o pedido para majorar os alimentos para sete salários mínimos mensais e condenou o requerido em custas e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.800,00.
Foram interpostos embargos de declaração pela autora às f. 223/225, os quais restaram rejeitados à f. 359 e 359 v.
Em suas razões recursais, de f. 366/368, apela o apelante asseverando que para fixação dos alimentos deve-se levar em conta a necessidade do alimentado e não o valor auferido pelo alimentante.
Aduz que o valor de 3,81 salários mínimos é suficiente para manutenção da menor, até mesmo para cobrir as despesas extras.
Destaca que as despesas com sustento dos filhos devem ser suportadas, igualmente entre os pais, bem como afirma que a situação de desemprego da genitora da requerente é temporária.
Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às f. 390/393, opinando pelo desprovimento do recurso.
Conheço do recurso, pois pressentes os pressupostos de admissibilidade.
A controvérsia dos autos cinge-se na verificação da possibilidade de majoração dos alimentos requeridos em sede de ação revisional, bem como se foram fixados em valor acima da necessidade da filha.
Os alimentos devidos pelos pais aos filhos menores decorre dos deveres inerentes ao pátrio poder, só podendo ser alterado se comprovado o aumento da capacidade econômica do alimentante ou a necessidade do alimentado.
Nesse sentido, o art. 1.699 do Código Civil vigente dispõe que, fixados os alimentos, caso sobrevenha 'mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo'.
Certo é que o autor alega que não obstante a majoração das despesas da filha o valor fixado está além de

suas necessidades, não podendo ser fixados num montante elevado simplesmente pela sua possibilidade.
Ocorre que como demonstrado nos autos a menor hoje se encontra com 15 anos de idade, sendo perfeitamente presumida o aumento de suas necessidades, principalmente se levarmos em conta que a pensão foi fixada quando a menor estava com 2 anos de idade.
Além disso, como restou inconteste nos autos e não rebatido pelo apelante em sede do presente recurso, o alimentante, além do importe anteriormente fixado a título de alimentos, ele também contribuía com o pagamento de outras despesas, tais como escola particular, curso de línguas, mesada, dentre outras.
Tanto é assim, que em sede de apelação ele concorda com a majoração da pensão, se insurgindo, tão-somente quanto o montante fixado em primeira instância, por entender que 7 salários mínimos é um valor muito superior aos gastos da filha.
Nessa seara, pertinente citar o ensinamento de Fabrício Zamprogna Matiello, *In* **Código Civil Comentado**. 2. ed. segundo o qual:
'5. §1º - Conforme mencionado acima, o momento da fixação dos alimentos é marcado por detida análise do binômio necessidade/possibilidade. O alimentado não receberá mais do que precisa, nem o parente ou cônjuge será obrigado a pagar além do que suas condições econômicas permitem. Chegar ao equilíbrio entre essas forças contrárias significa fazer justiça, adequando a prestação alimentar ao quadro real vivenciado pelos envolvidos.'
Certo é que não há qualquer critério absoluto para definir a fixação dos alimentos a serem prestados, mas não se olvida, de que deve o magistrado ater-se à necessidade daquele que os recebe e à possibilidade daquele que arcará com seus ônus.
Assim, a análise de um pedido de revisão da pensão alimentícia deve ser feita com atenta apreciação das provas carreadas aos autos, para que seja possível aferir se houve alguma alteração nas condições financeiras das partes, capaz de ensejar a modificação do valor.
Não se obscureça o fato de que o magistrado, ao fixar o montante da pensão, tem a árdua tarefa de fazer justiça e, ainda, propiciar a efetividade do provimento judicial, ou seja, deve fixar um valor que o alimentante possa realmente pagar e que seja relevante para o alimentando.
Ainda que a necessidade do alimentando seja de receber um alto valor para se manter com um padrão de vida digno, a fixação não deve ser feita apenas em atenção a esse fator, sob pena de inviabilizar o pagamento pelo alimentante, que pode não ter renda compatível com o valor necessitado.
Em contrapartida, não se pode perder de vista que o vocábulo alimentos compreende não só os gêneros alimentícios, mas tudo quanto for considerado como patrimônio mínimo e indispensável à subsistência do alimentante, como vestuário, saúde, lazer, e que a redução pretendida inviabilizaria o oferecimento ao menor dos recursos mínimos necessários à sua subsistência e a uma vida digna, em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
No caso dos autos, com relação à possibilidade percebe-se que o apelante possui renda mensal de aproximadamente R$ 17.000,00, sendo esse valor comprovado pela soma dos documentos apresentados às f. 47/49, 54/55, 84/102 e 175/186.
Assim, tenho que é perfeitamente possível que ele arque com o montante de 7 salários mínimos, visto que ao dimensionar os gastos da filha ele deixou de levar em conta várias despesas inerentes e presumidas para adolescentes nessa idade.
Ademais, tenho que o valor de 7 salários mínimos não é exorbitante, para um pai que aufere renda de aproximadamente R$ 17.000,00 por mês, pois equivale a 16% de seus ganhos. Dessa forma, não comprometeria o seu sustento, e, ainda sobraria uma quantia considerável para sua mantença.
No que tange a situação econômica da genitora, conforme observo dos autos, ela atualmente se encontra desempregada, e, como bem lembrado pelo ilustre julgador monocrático, o fato de deter a guarda da filha, implica em uma série de gastos extraordinários, responsabilidades e limitações, ainda mais, se levarmos em conta que o pai, após 15 anos, discute, judicialmente, a paternidade da menor, o que faz crer seu abandono afetivo e o abalo emocional da filha.
Cumpre destacar que, não se trata de dimensionar ou valorar em moeda o afeto e o amparo amoroso, mas a atenção e cuidados maternos, em situações como essa, se torna redobrado, ainda mais quando se trata de uma adolescente, que está em processo de formação de sua personalidade, sendo perfeitamente presumido o tempo e os cuidados despendidos para suprir essa falta, o que sem dúvida, dificulta, ainda mais, a inserção da mãe no mercado de trabalho.
Lembra-se que os alimentos aqui pleiteados são únicos e exclusivos para a filha, sendo, portanto justo, possível e humano que, um pai que aufere uma renda superior a R$ 17.000,00 por mês, possa contribuir com 7 salários mínimos (hoje, R$ 2.660,00), para a filha.

Ademais, tenho que a mãe já cumpre seu dever de provedora que lhe imputa o nosso ordenamento jurídico.
Dessa forma, não merece reforma a r. sentença, uma vez que restou comprovado o aumento de gastos da adolescente, e, por outro lado, resta evidenciado a possibilidade do alimente, sendo razoável o montante fixado na decisão de primeiro grau.
Nesse sentido é o impedimento deste Tribunal:
'REVISIONAL DE ALIMENTOS - VERBA ACORDADA POR OCASIÃO DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ACORDO POSTERIOR REDUZINDO A VERBA - NECESSIDADES DA MENOR QUE DISPENSAM MAIORES INDAGAÇÕES - INEXISTÊNCIA DE PROVAS NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. A pensão devida aos filhos deve ser aquela suficiente e necessária à manutenção e formação dos mesmos, atendendo sempre às necessidades do menor, em obediência ao disposto no § 1º do art. 1.694 do CC/2002. Mostrando-se insuficientes os elementos acostados aos autos a formar convencimento no sentido da impossibilidade econômica do alimentante de cumprir com a obrigação, a revisão se impõe, mesmo porque os indícios existentes acerca da capacidade econômica não foram infirmados por quaisquer provas. (Apelação Cível nº 1.0637.02.015136-0/001, Edilson Fernandes.)
DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - MAJORAÇÃO - MODIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO ALIMENTANTE E DO ALIMENTADO - DESEQUILÍBRIO NO BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. Fixados os alimentos, sobrevindo mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. Dessa forma, havendo desequilíbrio no binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado, impõe-se a revisão do *quantum* da prestação alimentar, sempre regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, de forma que a sentença que fixa alimentos não faz coisa julgada material. »Constitui verdadeiro dever familiar dos pais, incondicional, previsto constitucionalmente, prover o sustento e educação dos filhos. O interesse do menor deve sobrepor-se a qualquer outro. Se há de existir sacrifício de alguém, que não seja do filho menor. (Apelação Cível nº 1.0713.02.010623-1/001, Carreira Machado)'
Com base nesses fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter a bem lançada sentença de primeiro grau.
Custas, pelo apelante.
Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.
SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.933218-7/001
EMENTA: Alimentos - Ação revisional promovida pelo alimentante em face da filha menor, deduzindo incapacidade de arcar com a verba alimentar devido a despesas e compromissos de cunho pessoal, sobrepondo seus interesses particulares às necessidades básicas da alimentada - Pedido indeferido - Recurso improvido.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.141.705-4/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): I F M (I.F.M.) - APELADO(S): C A M, REPDA PELA MÃE A A (C.A.M., REPDA P/ MÃE A.A.) - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a SEGUNDA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.
Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1999.

DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO:
VOTO
Ajuizou o apelante ação revisional de alimentos em desfavor da filha menor impúbere, C A M, representada pela mãe, A A, julgada improcedente pela sentença de fls.
Inconformado com a decisão, apela o alimentante pugnando pela redução do pensionamento a 10% de seus rendimentos líquidos, além do plano de saúde que oferece à menor, devido à precariedade de seus

recursos econômicos.
A redução do encargo alimentar tem como pressuposto a prova da modificação das condições econômicas dos interessados, posto que subsiste o princípio da proporcionalidade inserto no art. 400 do CC.
In casu, o alimentante vem buscar a redução dos alimentos com fundamento em dificuldades econômicas, porém por ele mesmo geradas a partir de endividamento acima de sua condição financeira.
Dá ele notícias de dívidas relativas a financiamentos de imóvel e veículo que adquiriu, de despesas feitas em cartão de crédito, sustado por falta de pagamento, débitos com tratamento psicológico próprio, auxílio financeiro que presta à mãe, além da pretensão de ingressar em curso pré-vestibular para o qual não dispõe de recursos, necessitando reordenar sua vida econômica, pelo que propõe o sacrifício da alimentada.
Sua atitude, no entanto, é reprovável, a partir do momento que supervaloriza aqueles interesses particulares, sobrepondo-os acima das necessidades básicas da filha menor, sem sequer cogitar sobre a viabilidade de se promover o sustento da mesma com a metade da quantia que lhe vem sendo atribuída mensalmente por desconto em folha de pagamento.
Antes, cumpria-lhe não exceder em seus gastos, não assumir dívidas que o orçamento não comportasse, viver dentro de seus limites, porque ciente das suas obrigações indeclináveis, entre elas o sustento da filha.
Tem orientado a doutrina e jurisprudência sobre inconveniência da imposição de um encargo a quem não esteja em condições de suportá-lo, havendo, pois, de se ter em conta as condições econômicas do obrigado, bem como as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e lugar que influem na própria medida.
Porém, o que se observa dos autos é que o devedor vem suportando um encargo mensal de R$ 175.00 (cento e setenta e cinco reais) para um vencimento bruto na ordem de R$ 1.079,00 (hum mil e setenta e nove reais), descartando-se a hipótese de sua excessiva oneração pela verba alimentar, a ponto de inviabilizar-lhe o próprio sustento, que, se prejudicado, deve-se ao endividamento desmedido e desproporcional a seu orçamento, pelo que não haverá de penalizar a filha menor, em fase escolar, cujas necessidades são incontestáveis.
Anote-se que de pouca relevância pecuniária teria a redução pretendida pelo recorrente, posto que o débito alimentar pequena parcela representa em comparação com as demais despesas pessoais de cunho nada essencial que enumera.
Assim considerando, nego provimento ao recurso.
Recorrente sob o pálio da assistência judiciária.
O SR. DES. RUBENS XAVIER FERREIRA:
VOTO
De acordo.
O SR. DES. PINHEIRO LAGO:
VOTO
De acordo.
SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO".

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - MAIORIDADE - CURSO SUPERIOR - NECESSIDADE DA VERBA ALIMENTAR - INSUFICIÊNCIA DO VALOR - MAJORAÇÃO - BINÔMIO LEGAL - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO - FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS ABAIXO DO PRETENDIDO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INEXISTÊNCIA. Embora a maioridade represente, em tese, causa apta a extinguir a obrigação alimentar, uma vez demonstrado nos autos que o alimentado está freqüentando Curso Superior, necessitando, pois, da ajuda financeira paterna, forçoso manter a imposição de prestar alimentos. Comprovado que o *quantum* outrora fixado é manifestamente insuficiente para fazer frente às despesas do credor de alimentos, necessário majorá-lo, atentando, porém, para o binômio legal, sendo certo que, embora a lei não queira o perecimento do credor, não autoriza, de igual forma, a imposição da obrigação a apenas um dos coobrigados (a obrigação é de ambos os genitores), não pretendendo, de mais a mais, incentivar a ociosidade. Em Ação Revisional de Alimentos, na esteira do entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o novo valor fixado retroage à data da citação. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o somatório de 12 (doze) prestações de alimentos. Tendo em vista que o valor pleiteado na exordial da Ação Revisional de Alimentos é mera estimativa, a fixação em patamar inferior não implica sucumbência recíproca, pois o núcleo do pedido, em si, foi atendido.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.348643-8/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): J E H P -

APELADO(A)(S): F B P - RELATOR: EXMO. SR. DES. SILAS VIEIRA
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a OITAVA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.
Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2005.

DES. SILAS VIEIRA - RelatorNOTAS TAQUIGRÁFICAS
Assistiu ao julgamento pelo apelante a Drª. Hérica das Graças Martins.
O SR. DES. SILAS VIEIRA:
Sr. Presidente,
Acuso o recebimento de memorial subscrito pela advogada Drª. Hérica das Graças Martins em prol do apelante.
VOTO
Cuida-se de recurso voluntário interposto em ataque à r. sentença de f. 194/200, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte, que, em Ação Revisional de Alimentos proposta por F B P contra J E H P, houve por bem, desacolhendo o pedido reconvencional, julgar procedente a súplica vestibular, fixando os alimentos em 06 (seis) salários mínimos, retroativos à citação.
Inconformado, J E H P aviou o presente apelo, sustentando, em suma, que a autora não necessita de verba alimentar, pois, além de ter adquirido a maioridade, está apta a exercer atividade laborativa. Assevera, ademais, que o valor fixado revela-se exacerbado, sendo certo, ainda, que o dever de prestar alimentos incumbe a ambos os genitores. Prosseguindo, afirma que à obrigação que lhe foi imposta deve ser estipulado um termo final.
Em arremate, aduz que os alimentos somente são devidos a partir da decisão singular, terminando por pleitear a alteração nos honorários advocatícios, seja pela fazê-los incidir sobre o valor da condenação, seja para determinar a compensação, ante a sucumbência recíproca.
Contra-razões às f. 230/238.
Nesta instância, foram os autos remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso (f. 268/276).
Preparo regular à f. 249.
É o relatório, no essencial.
Conheço do apelo espontâneo, uma vez presentes seus pressupostos de admissibilidade.
Segundo consta dos autos, F B P moveu a presente Ação Revisional de Alimentos em desfavor de J E H P, visando à majoração da verba alimentar que fora fixada no bojo de uma Ação de Separação da qual fizeram parte o ora requerido e a genitora da requerente.
Não havendo preliminares, lanço-me no *meritum causae*.
Ab initio, com relação aos supostos equívocos denunciados pelo apelante (f. 210/213), assim como a ilustre Procuradora de Justiça (f. 271/272), reputo-os irrelevantes para o desfecho da lide, que, como se verá, deverá ater-se aos contornos do binômio legal.
Pois bem.
A par da conhecida dificuldade em solucionar a controvérsia instaurada no caderno processual, estou convencido, após análise do acervo probatório e dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, que o apelo edificado merece parcial acolhida. Senão vejamos.
O pedido revisional encontra suas raízes no art. 401 do Código Civil revogado (vigente à época da propositura da ação)e no art. 15 da Lei nº 5.478/68, que dispõem, *verbis*:
'Art. 401 (Código Civil - atual art. 1699) - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo.'
'Art. 15 (Lei nº 5.478/68) - A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.'
Se assim é, forçoso concluir que a revisão da obrigação somente é possível se e quando há mudança na condição pessoal, quer do alimentado, quer do alimentante, levando-se sempre em conta que o valor da verba alimentar há de ser proporcional à necessidade de um e à capacidade do outro, inclusive para que a incumbência venha a se tornar exeqüível.

No caso sub examine, tenho como certa a necessidade de majoração da verba alimentar, porquanto os módicos R$ 14,79 (quatorze reais e setenta e nove centavos - valor atualizado) não fazem frente às necessidades da autora (conforme será visto), motivo por que a elevação é, de fato, medida imperativa, não subsistindo, a contrario sensu, o pleito exoneratório.
Resta buscar, então, o quantum a ser fixado, escopo a ser alcançado pela análise do conjunto probatório, bem como da legislação aplicável à espécie, consoante será feito a seguir.
O dever paterno de prestar alimentos aos filhos menores é contemporâneo ao exercício do pátrio poder, de forma que o mesmo persiste enquanto presente a menoridade. Dessa forma, advindo a maioridade, cessa o pátrio poder (art. 392, II, III do Código Civil de 1916 – art. 1.635, II e II, do Código Civil de 2002), e, a princípio, a obrigação imposta aos genitores.
Nessa ordem de idéias, os filhos maiores, sadios e com plenas condições de prover ao próprio sustento deverão fazê-lo, conforme se extrai da dicção do art. 399 do Código Civil revogado (atual art. 1695), segundo o qual 'são devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e o de quem se reclamam, pode fornecê- los, sem desfalque do necessário ao seu sustento'.
Dessarte, a natureza da obrigação alimentícia transmuda com o advento da maioridade e passa a existir em decorrência do parentesco, impondo-se, nessa circunstância, a comprovação da real necessidade em receber a verba alimentar, pena de servir apenas como prêmio à ociosidade.
A corroborar o acima expendido, o seguinte julgado deste Tribunal de Justiça, *verbis*:
'EMENTA: Ação de Exoneração de alimentos. Maioridade civil. Procedência do pedido. Agravo retido. Alegação de nulidade de intimação. Recurso a que se nega provimento. Verificada que foram as partes regularmente intimadas para a realização da audiência de instrução e julgamento, é de ser negado provimento ao agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu pedido de redesignação de audiência. O dever de sustento dos pais em relação aos filhos cessa com a maioridade ou emancipação e, ocorrida a maioridade, e não havendo demonstração do estado de miserabilidade do alimentando na ação de exoneração do pai em relação ao filho, impõe-se a procedência do pedido. Negar provimento ao agravo retido e ao apelo principal.' (Apelação Cível nº 1.0133.02.001405- 5/001. Rel. Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI. Publicado no DJ dia 30/04/2004.)
In casu, embora F B P tenha atingido a maioridade civil, fato incontroverso é que a mesma ingressou em Curso Superior, necessitando, portanto, do auxílio financeiro paterno.
Isso porque, apesar de a autora ser capaz de exercer atividade laborativa, dúvida não há de que a freqüência a Curso Superior exige esforços por parte de todo estudante, consumindo boa parte do tempo outrora disponível, esvaziando, em maior ou menor intensidade, a possibilidade de lançar-se no mercado de trabalho.
Seguindo o raciocínio acima alinhavado, a mim parece que a ajuda financeira do ora apelante é, mesmo, necessária, garantindo formação intelectual digna à sua filha, ora apelada.
Contudo, no que diz respeito ao valor a ser fixado, data venia do sentenciante primevo, quero crer que os 06 (seis)salários mínimos impostos ao requerido revelam-se excessivos. Senão vejamos.
Inicialmente, registre-se que, não obstante o fato de a recorrida estar estudando diminuir-lhe as possibilidades de conseguir um emprego que exija dedicação integral, não se deve olvidar que a busca por uma atividade lucrativa não lhe está inteiramente inviabilizada, tanto assim que a mesma confessou ter habilidades para ministrar aulas particulares (f. 92), devendo, pois, contribuir para o próprio sustento, seja nessa profissão, seja em outra.
Ademais, em decorrência do princípio constitucional da igualdade de direitos e obrigações entre marido e mulher (art. 226, § 5º, da Carta da República), a obrigação de ajudar no sustento da prole é de ambos os genitores, não sendo lícito impor o gravame a apenas um dos responsáveis.
Assim é que a mãe da requerente também deve prestar auxílio em sua criação, valendo mencionar que o documento de f. 40, sendo provisório, como cediço, não permite concluir pela permanente incapacidade da genitora para o trabalho.
Ao exposto, atento ao Princípio da Proporcionalidade estampado no art. 400 do Código Civil revogado (atual art. 1.694, § 1º), tendo em mira que a autora está apta ao exercício de atividade lucrativa; que sua mãe também deve contribuir para seu sustento e, por fim, que o recorrente detém capacidade de pensionamento (razoáveis proventos e sociedade em empresa comercial - f. 219), hei por bem reduzir a verba alimentar para o importe de 03 (três) salários mínimos mensais, quantum este que, somado aos aportes financeiros que incumbem à recorrida e à sua genitora, apresenta-se bastante aproximado das despesas da alimentada, a qual, apenas por questão de registro, não arca com o pagamento de aluguel

(reside com a mãe, em casa própria - f. 95, último parágrafo) e/ou plano de saúde (custeado pelo réu - f. 70).
Significa dizer, por oportuno, embora a lei não queira o perecimento do credor de alimentos, não autoriza, de igual forma, a imposição da obrigação a apenas um dos coobrigados (dever comum a ambos os pais), não pretendendo, de mais a mais, incentivar a ociosidade.
Prosseguindo, ao contrário do que busca o apelante (f. 220/221), não se mostra escorreito, *in casu*, fixar data limite para o pensionamento, que, como cediço, não estando adstrito meramente ao critério temporal, deve subsistir enquanto presente a necessidade do alimentado, sendo certo que, uma vez cessados os motivos ensejadores da obrigação, ao devedor compete, nos termos da lei, propor a devida ação, seja para reduzir o encargo, seja para extingui-lo, pretensões estas, porém, a serem veiculadas em sede própria e em momento oportuno, *data venia*.
Noutro vértice, quanto ao termo inicial da nova verba fixada, bem andou o magistrado a quo, porquanto a interpretação do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 deixa claro que os novos alimentos serão devidos a partir da citação, sendo que eventual recurso será recebido apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do art. 520, II, do CPC c/c arts 13, caput e 14 da Lei nº 5.478/68.
A propósito, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:
'EMENTA: ALIMENTOS. AÇÃO REVISIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO. EFEITOS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em âmbito de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial (art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68. Precedentes). Recurso especial provido.' »(REsp nº 593367/SP. Rel. Min. CASTRO FILHO. Publicado no **DJ** dia 17/05/2004.)
'EMENTA: ALIMENTOS. AÇÃO REVISIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO. EFEITOS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. ART. 13, § 2., DA LEI nº 5.478/68. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.
I - Os efeitos da alteração do valor dos alimentos, estabelecida em sede de ação revisional, operam retroativamente, alcançando a data da citação inicial.
II - Não há divergência no tema, mas sim no caso em que se postula alimentos sem a prova pré-constituída da paternidade.' (REsp nº 51781/SP. Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Publicado no DJ dia 24/10/1994.)
Divergente, a esse respeito, não é a doutrina de YUSSEF SAID CAHALI, *verbis*:
'Com relação ao 'termo inicial' dos alimentos revistos, a jurisprudência anterior divergia a respeito, ora aceitando que o 'termo inicial do pagamento será a sentença, embora não transitada em julgado, proferida na ação de modificação', ora entendendo que a pensão alimentícia majorada seria desde a citação inicial.
Já então se firmava no TJ/SP o entendimento de que nos casos de modificação da pensão alimentícia, para mais ou para menos, como também nos casos de supressão, os efeitos da sentença se contam a partir da citação inicial (RT 294/177, 313/728, 319/137 e 321/224)'. 0 art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68, pôs termo à controvérsia: o disposto nesta lei aplica-se a revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos, sendo que, 'em qualquer caso, os alimentos fixados retroagern à data da citação. (*In*: **Dos Alimentos**, 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 738.)
Por fim, acerca dos ônus sucumbenciais, com parcial razão o apelante.
Primeiramente, quanto aos honorários advocatícios fixados, reversamente do que decidiu o magistrado a quo, não é o valor da causa a base de cálculo dos mesmos. Com efeito, tendo havido condenação em valor certo e, ainda, tratando-se de prestações sucessivas, os honorários devem incidir sobre tal valor, que, nos termos da jurisprudência desta Corte Mineira, equivale ao somatório de 12 (doze) prestações (levando-se em consideração o novo valor arbitrado), como, aliás, deve ser feito para valoração da causa (art. 259, VI, do Código de Processo Civil).
Nesse sentido estão os seguintes arestos, *verbis*:
'EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - VALOR - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE - PROVA - INEXISTÊNCIA - VALOR REDUZIDO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO. Na ação de alimentos, o valor da pensão deve ser fixado com base na necessidade de quem pede e na capacidade de quem deve pagar, sendo que sem prova de renda capaz de suportar o valor pretendido, deve ser privilegiado o valor oferecido. Na ação de alimentos, os honorários da sucumbência incidem sobre o somatório de doze prestações mensais.' (Apelação Cível nº 1.0433.99.007494-3/001. Rel. Des. MOREIRA DINIZ. Publicado no DJ dia 23/03/2004.)
'EMENTA: Alimentos. Revisão. Alimentando. Necessidades. Alimentante. Padrão de vida. »Capacidade

contributiva. Sucumbência. Honorários advocatícios. Base de cálculo. O valor das prestações alimentícias fixado em pedido de revisão é mantido quando necessário ao sustento do alimentando e adequado ao padrão de vida do alimentante. No arbitramento dos honorários da sucumbência, em revisão de alimentos, não se aplica o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, mas o seu §3º, sendo a base de cálculo igual a doze vezes o *quantum* mensal da majoração deferida, que reflete o proveito econômico obtido pelo alimentando-vencedor, por aplicação conjunta da regra do art. 259, VI, que orienta a atribuição de valor às causas da espécie. Rejeita-se a preliminar, dá-se provimento parcial à apelação e nega-se provimento ao recurso adesivo.' (Apelação Cível nº 1.0000.00.326575-8/000. Rel. Des. ALMEIDA MELO. Publicado no **DJ** dia 14/08/2003.)

Todavia, em que pese a procedência da irresignação quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios, não há falar, in casu, em sucumbência recíproca (art. 21 do Código de Processo Civil), como pretende o recorrente.

Ora, o pedido inicial de majoração foi acolhido, ou seja, garantiu-se a revisão da verba alimentar, sendo certo que o valor pleiteado na preambular é meramente estimativo, estando sujeito à subjetividade do autor, de modo a não vincular o magistrado.

Dessa forma, a fixação dos alimentos em patamar inferior ao postulado não encerra sucumbência recíproca, na exata medida que o núcleo do pedido foi, em si, atendido, o que implica a responsabilidade do alimentante-réu pelo pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Nessa toada está o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

'EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. CC, ARTS. 400 E 401. CRITÉRIOS. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA N. 7-STJ. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. CPC, ART. 21. INAPLICABILIDADE.

Omissis

II. Considera-se a postulação inicial da verba alimentar meramente estimativa, dada a subjetividade na sua avaliação, de sorte que se fixada, ao final, pensão inferior à pretendida, porém com a procedência da ação revisional para elevar a prestação anterior, não se configura a hipótese de sucumbência recíproca prevista no art. 21 do CPC, cabendo ao réu-alimentante arcar, por inteiro, com tais ônus, os quais, em concreto, já ficam proporcionalizados, pela incidência do percentual sobre o montante menor em que resultou a condenação.

III. Recurso especial não conhecido.' (REsp nº 290939/PB. Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. Publicado no **DJ** dia 01/07/2002.)

'EMENTA: HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Ação de alimentos. Procedente a ação de revisão proposta pelos alimentandos, ainda que deferido valor inferior ao pedido, e improcedente a reconvenção, as custas e os honorários serão pagos pelo devedor. Recurso conhecido e provido.' (REsp nº 418584/SP. Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. Publicado no DJ dia 30/09/2002.)

No mesmo viés é a jurisprudência deste Tribunal Mineiro, *verbis*:

'EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - EX-CÔNJUGE - RECONVENÇÃO - EXONERAÇÃO - NAMORO - TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO - CUSTAS PROCESSUAIS. - Estando presentes as condições legais que autorizam a majoração da obrigação alimentar, ou seja, havendo alteração para maior na fortuna do alimentante, reforçada pelo declínio das condições financeiras da alimentada, deve ser julgada procedente a ação revisional de alimentos. - Não autoriza a exoneração do débito alimentar do ex-marido para com a ex- esposa o simples fato de a mesma manter namoro, sem características de união estável. - Deve ser fixado como marco inicial para o pagamento dos novos alimentos fixados em ação revisional a data da citação do requerido. - A majoração da verba alimentar em valor inferior ao pleiteado na inicial não atrai a aplicação dos efeitos da sucumbência recíproca, não havendo que ser partilhadas as custas processuais entre as partes litigantes.' (Apelação Cível nº 1.0000.00.338408- 8/000. Rel. Des. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS. Publicado no **DJ** dia 26/11/2003.)

'EMENTA: ALIMENTOS - CARÊNCIA DE AÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - PEDIDO DIRIGIDO AOS AVÓS - COMPLEMENTAÇÃO - POSSIBILIDADE - ALIMENTOS PROVISÓRIOS - EXCESSO DE EXECUÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - HONORÁRIOS - APLICAÇÃO DO ART. 11, § 1º, DA LEI nº 1.060/50. Não há falar em carência de ação uma vez que inexiste obrigatoriedade de se propor primeiramente ação revisional perante o genitor, para depois se pleitear alimentos dos avós. Comprovada a insuficiência da pensão prestada pelo genitor, pode o neto postular alimentos complementares dos avós. A superveniência da sentença não torna indevido o valor estabelecido a título de alimentos provisórios. Comprovado o excesso, deve a execução ser ajustada ao valor devido. »Não acarreta a sucumbência recíproca o fato de os alimentos terem sido fixados em quantia inferior ao almejado na inicial. Os honorários sucumbenciais em favor do advogado da

parte que litiga sob o pálio da assistência judiciária devem ser fixados em consonância com o disposto no art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50. Correta a decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária com base nos elementos constantes dos autos dando conta de que a parte requerente não faz jus ao benefício. Rejeitadas as preliminares, dá-se parcial provimento ao recurso.' (Apelação Cível nº 1.0000.00.242598-1/000. Rel. Des. KILDARE CARVALHO. Publicado no **DJ** dia 23/08/2002.)
Após todas essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os alimentos ao importe de três salários mínimos mensais e determinar que a base de cálculo dos honorários advocatícios (mantido o percentual de 10%) seja o somatório de doze prestações da verba alimentar(levando-se em conta o valor aqui fixado), ficando, quanto ao mais, incólume a sentença fustigada.
Custas recursais, 70% pelo recorrente, 30% pela autora, suspensa a exigibilidade quanto a esta, nos termos da Lei nº 1.060/50 (f. 50 v.).
É como voto.
O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:
Sr. Presidente,
Acompanho o eminente Relator, assim nos registros como no seu voto de parcial provimento do recurso.
O SR. DES. DUARTE DE PAULA:
De acordo com o Relator.
SÚMULA: DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO".

"EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - REVISÃO - PERDA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DA MÃE DO ALIMENTANDO - VALOR RAZOÁVEL - RECONVENÇÃO – BANCÁRIO – ÍNDICE DE CORREÇÃO DA PENSÃO. Demonstrado, na revisional de alimentos, que a mãe do autor-menor perdeu capacidade financeira, deve a obrigação, a cargo do pai, sofrer aumento, ainda que em valor não tanto significativo. Considerada a atividade laboral do prestador de alimentos, que é bancário, e não tem seus rendimentos vinculados ao salário mínimo, deve ser acatado pleito no sentido de estabelecer a relação alimentos-salário, eliminando o parâmetro original, relativo ao salário mínimo.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.02.028775-2/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): M L G - APELADO(A)(S): M P M N, REPRESENTADO P/MÃE L A P - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.
Belo Horizonte, 10 de março de 2005.
DES. MOREIRA DINIZ - RelatorNOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. MOREIRA DINIZ:
VOTO
Cuida-se de apelo aviado por M L G contra sentença do MM. Juiz da 4ª. Vara de Família e Sucessões da comarca de Uberlândia, que julgou parcialmente procedente ação revisional de alimentos movida por M P M N, majorando para valor correspondente a 2,5 salários mínimos a pensão paga pelo réu ao autor; e julgou improcedente a reconvenção.
No arrazoado recursal, o réu-reconvinte pede o reconhecimento de carência da ação, porque não foi preenchido o requisito de admissibilidade da ação revisional de alimentos, previsto no art. 401 do Código Civil, uma vez que a alteração alegada na inicial refere-se à genitora do autor e não a este. No mérito, alega que seu salário só teve um aumento de 2%, enquanto o salário mínimo, e conseqüentemente a pensão do apelado, foi corrigido em 32,45% desde que essa foi pactuada. Assevera que a modificação da situação econômica da mãe do alimentando é distinta da deste; e que não tem obrigação de pagar alimentos a ela, mesmo que indiretamente. Afirma que tem três filhas e esposa, tendo que arcar com as despesas da família, além de encontrar-se endividado e estar pagando um empréstimo junto à PREVI. »Salienta que a mãe do autor recebe benefício previdenciário e também tem o dever de sustentá-lo. Pede que seja reformada a sentença e julgada procedente a reconvenção, mantendo-se a pensão no valor de R$ 426,00, no entanto, com atualização pelo índice de correção salarial da categoria dos bancários que trabalham para o Banco do Brasil.
Observo que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.
Quanto à alegação de carência de ação, não assiste razão ao apelante. Este afirma que não houve mudança na situação econômica do alimentante, nem do alimentando; e que a referida mudança diz

respeito tão somente às condições financeiras da mãe do autor. No entanto, tais questões dizem respeito ao mérito da ação revisional de alimentos, não devendo ser discutidas em sede de preliminar.
Ademais, essa questão foi suscitada pelo réu na contestação, e decidida pelo juiz de primeiro grau na audiência ocorrida em 09/12/2002, não tendo sido interposto recurso a tempo e modo.
Cabe aos pais o sustento e a educação dos filhos, na proporção de seus recursos. Mas pode ocorrer que um deles não possua ou perca capacidade contributiva, não podendo, neste caso, o menor ficar desamparado, uma vez que depende dos genitores para os estudos, alimentação, lazer, saúde, vestuário, moradia.
E é o que ocorre no presente caso. À época da celebração do acordo em que foi fixada a pensão, a mãe do autor tinha condições de colaborar no seu sustento, o que, ante expressa previsão legal, foi levado em consideração na determinação do quantum alimentar. Basta ver que o menor continuou sob sua guarda e, portanto, era ela a responsável por sua moradia e pelos gastos com esta relacionados. Quando se cuida da pessoa que detém o menor em sua companhia, as despesas são lançadas no rol comum de despesas da casa; mas nem por isso deixam de ocorrer.
No entanto, em momento posterior, foi ela acometida por um câncer (docs. de fls. 14/17), doença que, além de causar profundo sofrimento físico e emocional, exige tratamentos e medicamentos de alto custo, também tornando seu portador impossibilitado para o trabalho, se não permanentemente, por um longo tempo.
Diante disso, constata-se que a mãe do autor teve sua capacidade contributiva reduzida, cabendo ao pai compensar essa redução, para evitar que o menor tenha suas necessidades desprovidas.
Embora se reconheça que o réu tem uma esposa e três filhas para cuidar, tendo uma grande parte de seu salário consumida pelas despesas da família, não se pode admitir que ele possa gastar quase R$ 5.600,00 com esta (conforme planilha à f. 70), e não possa arcar com um aumento de 0,37 salários mínimos na pensão de seu filho; o que atualmente corresponde a apenas R$ 96,20.
Portanto, entendo que deve ser mantida a sentença no tocante à majoração dos alimentos.
Mas observo que, no presente caso, a procedência do pedido do autor, independentemente de ser parcial ou não, não implica na improcedência do pedido feito em sede de reconvenção.
Nesse ponto, assiste razão ao réu-reconvinte. O salário dos bancários não está atrelado ao salário mínimo. Portanto, um eventual aumento deste não implica necessariamente no reajuste daquele. Nesse caso, o fato da pensão alimentícia estar fixada com base no salário mínimo faz com que, com o aumento deste, os alimentos sejam majorados sem a correspondente alteração nas possibilidades do alimentante, podendo tornar-se demasiadamente onerosos e impossibilitar o cumprimento da obrigação.
Diante disso, dou parcial provimento ao apelo para, não obstante mantendo a decisão quanto ao valor dos alimentos, julgar procedente a reconvenção, para que, apurado o valor dos alimentos com base no resultado da ação revisional, a pensão passe a ser reajustada sempre e tão somente quando houver reajuste para os bancários, e no mesmo índice deste.
Custas, meio a meio; suspensa a exigibilidade, ante os termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.
Votaram de acordo com o Relator os Desembargador(a)(s): CARREIRA MACHADO (CONVOCADO), ALMEIDA MELO
SÚMULA: DERAM PROVIMENTO PARCIAL."

"EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. NECESSIDADE DA CREDORA E POSSIBILIDADE DO DEVEDOR. REDUÇÃO. MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIREITO INDISPONÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. MANUTENÇÃO DA PENSÃO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Com atenção ao que dispõe a norma do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, os alimentos devem ser fixados de modo a promover, equilibradamente, ideal proporcionalidade entre as necessidades presumidas do alimentando e a possibilidade financeiras do alimentante. A redução pretendida somente seria possível se demonstrada a alteração da situação econômica do alimentante de forma a inviabilizar a prestação dos alimentos nos parâmetros acordados em sentença homologatória (art. 1.699 do Código Civil). A presunção de veracidade dos fatos em conseqüência da revelia é relativa, podendo ceder ante a evidência dos autos, consoante o princípio do livre convencimento do julgador. Ademais, tratando-se de direito indisponível afastam-se os efeitos da revelia. Não se desincumbindo o autor do ônus de provar fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), impõe-se a manutenção da fixação da pensão alimentícia em 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0271.04.029588-0/001 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): V.J.M. -

APELADO(A)(S): S.Q.M. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE A.Q.C. - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.
Belo Horizonte, 31 de julho de 2007.

DES. ARMANDO FREIRE - Relator
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
O SR. DES. ARMANDO FREIRE:
VOTO
Trata-se de apelação interposta por V.J.M. contra a r. sentença de fl. 54/55, proferida nos autos da presente Ação Revisional de Alimento c/c Regulamentação do Direito de Visitas, pelo ilustre Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Frutal, que julgou improcedente o pedido de revisão de alimentos e procedente o pedido de regulamentação de visitas.
V.J.M. aviou apelação às fl. 56/60. Em resumo, sustenta que:
a) obrigou-se a pagar uma pensão alimentícia para sua filha correspondente a meio salário mínimo mensal, conforme sentença homologatória constante do processo nº 1677/2000;
b) sem querer se esquivar de suas obrigações pretendeu a redução da pensão para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo, a ser depositado em conta bancária todo dia 05 de cada mês;
c) a redução é a melhor solução na hipótese de modificação na situação econômica do alimentante;
d) ocorreram mudanças efetivas em suas condições financeiras, pois o mesmo não possui trabalho fixo, estando no momento desempregado, além de possuir gastos com aluguel, água, luz e alimentação;
e) foram expedidos mandados de citação e intimação para que a apelada comparecesse à audiência, porém, a mesma não compareceu nem contestou a ação, uma vez que mudou de residência sem mencionar o novo endereço;
f) restou caracterizada a revelia, nos termos do art. 319 do CPC.
Ao final, ratifica os termos da inicial e pede o provimento do recurso pra que seja reformada a sentença, julgando procedente o pedido de revisão da pensão alimentícia.
A apelação foi recebida em despacho de fl. 61.
Manifestação do i. Defensor Público a fl. 61-verso.
O digno Promotor de Justiça ratificou o parecer de fl. 50/53.
A douta Procuradoria de Justiça, por meio do r. parecer de fl. 70/73, opinou pelo desprovimento do recurso.
Diante da presença dos exigidos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.
Passo a expor meu voto.
V.J.M. ajuizou ação revisional de alimentos c/c pedido de regulamentação de visitas em relação sua filha S.Q.M., representada por sua A.Q.M. Afirmou que se obrigou a pagar uma pensão mensal para sua filha correspondente a meio salário mínimo, através de sentença homologatória de acordo em ação de alimentos, firmado no ano de 2001 (autos nº 1.677/2000). »Aduziu que está rigorosamente em dia com o pagamento da pensão alimentícia a que se obrigou, apesar de ter sido despedido pelo seu empregador 'LTDA' no dia 20/05/2003. »Acrescentou que tem a profissão de garçom e não encontra trabalho como antes, somente conseguindo trabalhar nos fins de semana. Alegou que recebe mensalmente apenas cerca de um salário mínimo e meio, o que dificulta o pagamento da pensão nos moldes acordados. Sustentou a necessidade de 'redução temporária do valor mensal da pensão', para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo. Juntou documentos às fl. 06/18.
Edital de citação às fl. 29/30. Nomeado Curador para a requerida este pediu que fosse anulada a citação por edital, bem como forneceu o endereço da requerida e informou ter protocolizado pedido de execução de alimentos em face do autor (fl. 33-verso).
Mandado de citação cumprido juntado às fl. 35/36 (08/06/2005).
Na audiência de instrução e julgamento foi ouvida uma testemunha (fl. 48/49).
O ilustre Promotor de Justiça, em parecer de fl. 50/53, opinou pela improcedência da ação revisional de alimentos mantendo-se a pensão alimentícia em 50% (cinqüenta por cento) do salário-mínimo.
O MM. Juiz de primeiro grau proferiu sentença às fl. 54/55. Julgou improcedente o pedido consistente na revisão de alimentos e procedente o pedido de regulamentação de visitas. Considerou que o requerente

não provou o seu estado de impossibilidade para o cumprimento do dever legal e moral ao sustento de sua filha no valor estipulado em 50% (cinqüenta por cento) do salário-mínimo.
Analisando detidamente os autos, tenho que a sentença não merece reforma.
Inicialmente, sustenta o apelante que com a ausência de contestação ficou caracterizada a revelia, segundo a qual, conforme previsão do art. 319 do CPC:
'Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor'.
Concordo que contra o réu revel haja presunção de veracidade dos fatos não contestados, conforme disposto no artigo acima transcrito.
Todavia, a mencionada presunção de veracidade é relativa, podendo ceder ante a evidência dos autos, consoante o princípio do livre convencimento do julgador.
Portanto, o não-comparecimento da representante da requerida na audiência, bem como a ausência de contestação, conquanto importe em revelia não induz ao acolhimento integral da pretensão do autor, nem mesmo na veracidade de toda alegação da petição inicial. Primeiro, porque o direito discutido nos autos é indisponível, qual seja, a prestação alimentícia para menor, filha do requerente. Também, porque a presunção da revelia não retira do autor o dever de provar o fato constitutivo de seu direito.
Nesse sentido, tenho que não houve demonstração suficiente da alegada modificação na situação econômica do alimentante.
Nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, a fixação dos alimentos deve observar a proporção da necessidade do alimentando e dos recursos do alimentante.
Concordo com a observação feita pelo ilustre Promotor de Justiça no sentido de que a pensão anteriormente acordada e homologada em sentença apresenta-se de pequena monta, 'sendo inclusive insuficiente para o sustento da criança'. Ressalvo, apenas, que o percentual de 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo foi aceito pelas partes.
De outro norte, a redução pretendida para o percentual de 30% (trinta por cento) do salário mínimo deveria vir acompanhada de demonstração de alteração da situação financeira do alimentante de forma a inviabilizar a prestação na forma pactuada e homologada.
Bem de se ver que a redução da pensão alimentícia é autorizada no art. 1.699 do Código Civil, desde que sobrevenha 'mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe'.
No entanto, in casu, o autor alegou que se encontrava desempregado, fazendo somente serviços esporádicos de garçom. Esclarece-se que a cópia xerográfica da carteira de trabalho do autor mostra apenas um emprego regular que se iniciou em data posterior à sentença homologatória de fixação dos alimentos, terminando em maio/2003. Desta forma, não tem o condão de demonstrar que a situação financeira enfrentada pelo apelante atualmente é mais complicada do que a enfrentada no momento da homologação do acordo referente ao pagamento dos alimentos.
De mais a mais, os documentos demonstrando o pagamento de aluguéis, contas de energia elétrica, de água, gastos com alimentação, e material de limpeza apenas denotam que o autor arca com gastos necessários à sua sobrevivência. Entretanto, tais gastos, de caráter essencial, também existiam quando da fixação da pensão não servindo como parâmetro de mudança de situação financeira.
Sob estas considerações, não se desincumbindo o autor do ônus de provar fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), impõe-se a manutenção da fixação da pensão alimentícia de sua filha em 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo.
Ilustrativamente, transcrevo os seguintes julgados, emanados deste Egrégio Tribunal de Justiça:
'APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA MUDANÇA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE E DE SUA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - ARTIGO 1.699 DO NOVO CÓDIGO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA. 1 - Estabelece o art. 1.699 do Novo Código Civil Brasileiro que se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao Juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. 2 - Os alimentos devem ser fixados de forma equilibrada e, ainda, devem ser fixados em observância ao binômio necessidade/possibilidade, ou seja, de acordo com a necessidade dos alimentandos e possibilidade do alimentante, analisando o conjunto probatório dos autos. 3 - A procedência do pedido da ação revisional de alimentos depende da demonstração inequívoca da alteração do binômio necessidade/possibilidade que conduziu a fixação da pensão alimentícia. 4 - Diante da realidade dos autos e da cautela do douto Juiz de primeiro grau, a manutenção da pensão alimentícia prestada a dois filhos menores, em idade tenra, em 70% (setenta por cento) do salário mínimo, se revela razoável, compatível com o princípio da proporcionalidade e em vista da prova produzida. 5 - Recurso a que se nega provimento'. (Apelação Cível

n. 1.0220.05.931854-7/001 - Comarca de Divino - 6ª Câmara Cível do TJMG - Relator: DES. BATISTA FRANCO - Data do Julgamento: 17/01/2006.)
'Não demonstrada alteração na fortuna de quem paga ou recebe a pensão alimentícia, revela- se de todo improcedente a ação que visa revisá-los'. (Apelação Cível nº 1.0024.03.187733-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 7ª Câmara Cível do TJMG - Relator: DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Data do Julgamento: 23/08/2005.)
'ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. IMPROCEDÊNCIA. Os alimentos somente poderão ser revistos se provada a alteração na fortuna de quem os presta ou de quem os recebe, nos termos do art. 401 do Código Civil, incumbindo a quem pretende a modificação produzir a prova necessária à procedência do pedido. Todavia, nada disso restou provado'. (Apelação Cível n. 1.0245.02.004315-5/001 - Comarca de Santa Luzia - 5ª Câmara Cível do TJMG - Relatora: DESª. MARIA ELZA - Data do Julgamento: 11/11/2004).
À luz do exposto, NEGO PROVIMENTO AO APELO, confirmando a sentença.
Custas pelo apelante, suspensas em face da gratuidade concedida em primeiro grau.
É como voto.
Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.
SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.04.029588-0/001".

"EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS - REVELIA DECRETADA -FIXAÇÃO DO VALOR DA PENSÃO - ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA. - Ainda que presentes os efeitos da revelia, o julgamento há de levar em conta o conteúdo dos autos, porquanto a ausência de defesa não corresponde, necessariamente, à efetiva garantia de procedência do pedido inicial. - O pedido de pensão alimentícia deve ser analisado à luz do binômio necessidade/possibilidade, previsto no § 1º, do art. 1694, do novo Código Civil.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0223.04.155252-0/001 - COMARCA DE DIVINÓPOLIS - APELANTE(S): G.G.S.B. - APELADO(A)(S): G.A.B. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE R.S.A. ASSISTIDO(A) P/ MÃE L.M.S.A. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. HELOISA COMBAT
ACÓRDÃO
(SEGREDO DE JUSTIÇA)
Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.
Belo Horizonte, 22 de maio de 2007.

DESª. HELOISA COMBAT - Relatora
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
A SRª. DESª. HELOISA COMBAT:
VOTO
Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.
Trata-se de recurso de apelação interposto por G. G. S. de B., contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões, de f. 80/87, que julgou procedente o pedido formulado na Ação de alimentos ajuizada por G. A. B., representada por sua mãe, L. M. da S. A., para condenar o requerido ao pagamento de pensão alimentícia no valor correspondente a 90% do salário mínimo, mais custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.
A r. sentença fundamentou-se no binômio necessidade/possibilidade e nas alegações da autora, no sentido de que o requerido é metalúrgico e aufere, mensalmente, a quantia de R$ 500,00. Argumentou o ilustre julgador que, diante dos efeitos da revelia, devem ser consideradas como verdadeiras as alegações da autora.
I - QUESTÃO PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA
Nas razões recursais, o réu/apelante aventou preliminar de cerceamento de defesa, ao argumento de que não foi intimado da sentença; que a Escrivã se equivocou ao certificar que não houve interposição de contestação; que não teve acesso aos autos para apresentação da contestação, uma vez que a audiência

de conciliação se realizou no dia 16/03/2005, os autos foram remetidos ao Ministério Público no dia seguinte, só tendo sido devolvidos em 11/04/2005.
Não merece acolhida a preliminar aventada, *data venia*.
Primeiramente, urge salientar que o único equívoco cometido pela máquina judiciária foi a não intimação do requerido da sentença de f. 25/27, sendo que, como conseqüência desse equívoco, foi lavrada certidão de trânsito em julgado.
Constatando o erro cometido pelo Cartório do Juízo, a MM. Juíza singular proferiu despacho tornando sem efeito a referida certidão e recebendo o recurso de apelação interposto pelo requerido (f. 53). Com o referido despacho, foi sanada a irregularidade decorrente da ausência de intimação da sentença, não havendo falar em cerceamento de defesa por esse motivo.
Noutro giro, verifica-se dos autos que a audiência de conciliação ocorreu no dia 16/03/2005 (f. 20) e que, a partir dessa data teve início o prazo para apresentar contestação, conforme consta no despacho de f. 08.
Os autos, realmente, foram remetidos ao Ministério Público no dia seguinte ao da audiência de conciliação (f. 21,v), tendo sido devolvidos em 11/04/2005 (f. 22,v). Todavia, a certidão de que o réu não havia apresentado contestação só foi lavrada em 27/06/2005, o que leva a crer que o réu teve tempo suficiente para ter vista dos autos, não constando tenha ele tentado ter essa vista no prazo de apresentação da contestação.
Ressalte-se que, caso a vista ao Ministério Público tivesse impedido o réu de portar os autos, por certo que seria reconhecido e erro e aberta nova vista. Todavia, no caso em comento, não constou ter o réu, por seu Procurador, sequer comparecido ao Cartório até a data da lavratura da certidão de f. 23, datada de 27/06/2006, ou seja, mais de um mês após a devolução dos autos pelo Ministério Público.
Assim, não há falar em cerceamento de defesa, estando correta a decisão que reconheceu a revelia.
Portanto, rejeita-se a preliminar.
II - MÉRITO
No mérito, alegou o recorrente que não restou comprovada a alegação da autora no sentido de que o réu trabalha como metalúrgico e aufere, mensalmente, a quantia de R$ 500,00; que não trabalha com carteira assinada, estando exercendo a função de pedreiro e recebendo, atualmente, quantia inferior a R$ 300,00.
Aduziu que vem pagando pensão mensal em valor equivalente a 30% do salário mínimo.
Argumentou que os honorários foram arbitrados de forma injusta.
Requereu que seja dado provimento ao recurso, para que a pensão alimentícia seja fixada observando-se o binômio necessidade/possibilidade, bem como para que seja isentado do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.
Registre-se, de início, que a revelia, por si só, não leva à procedência do pedido.
Com efeito, dispõe o art. 319, do CPC, que 'Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor'.
No entanto, ainda que presentes os efeitos da revelia, o julgamento há de levar em conta o conteúdo dos autos, porquanto a ausência de defesa não corresponde, necessariamente, à efetiva garantia de procedência do pedido inicial.
A presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial em face da revelia é relativa, devendo ser consideradas outras circunstâncias constantes nos autos, tendo em conta que o Juiz é adstrito ao princípio do livre convencimento motivado.
Nesse passo, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:
'PROCESSUAL CIVIL - RÉ CITADA POR EDITAL - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - CONTESTAÇÃO - FALTA DE IMPUGNAÇÃO - REVELIA NÃO CONFIGURADA - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA REGRA INSERTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 302 DO CPC - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 5º DA LICC E 85 DO CÓDIGO CIVIL - I - Os recursos de natureza excepcional não prescindem do prequestionamento. Para configurá-lo, é necessário que o tribunal de segunda instância emita juízo de valor acerca da questão federal suscitada. Aplicação, na espécie, das Súmulas nº 282 e nº 356 do STF. II - A revelia tem aplicação factual, pois acarreta a incontrovérsia dos fatos alegados pelo autor. Isto não representa a automática procedência do pedido, eis que a revelia somente alcança os fatos e não o direito a que se postula. A Lei Processual resguarda os direitos do réu citado por edital impondo-lhe a nomeação de um curador especial. Se o réu não contesta a ação, através do curador que lhe foi nomeado, está ele imune aos efeitos da revelia. Interpretação extensiva do parágrafo único do art. 302 do CPC. III - Recurso especial não conhecido.' (STJ - RESP 252152 - MG - 3ª T. - Rel. Min. Waldemar Zveiter - **DJU** 16/04/2001 - p. 00107.)

Mesmo no caso em comento, em que foram juntados documentos após a prolação da sentença, tenho que estes devem ser considerados para fins de fixação do valor da pensão, uma vez que a busca da verdade real deve prevalecer sobre o formalismo exacerbado.
Noutro giro, ressalte-se que não houve nos autos discussão acerca do dever do réu de pagar alimentos, tendo a controvérsia se restringido ao valor da pensão.
No caso em comento, constato que os alimentos para a apelada foram fixados no importe de 90% do salário mínimo, o que corresponde à quantia de R$ 270,00 na data em que foi proferida a sentença.
E, conforme documentos juntados aos autos juntamente com a apelação, verifica-se que o apelante não está trabalhando com carteira assinada, tendo sido demitido da empresa Ltda. em 17/12/2004 (f. 48).
Não se pode afirmar que a autora faltou com a verdade na petição inicial ao alegar que o réu trabalhava em uma metalúrgica, uma vez que o ajuizamento da ação foi anterior à demissão, ou seja, quando a ação foi ajuizada, o autor ainda estava trabalhando com carteira assinada.
Todavia, para a fixação do valor da pensão, deve ser considerada a atual situação do réu.
Comprovou o réu que está desempregado, tendo alegado que trabalha, atualmente, como pedreiro e recebe a quantia de R$ 300,00 mensais, o que não foi negado pela autora.
Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o valor dos alimentos deve observar o binômio necessidade/possibilidade, na medida em que, no mesmo instante em que se procura atender às necessidades daqueles que os reclama, há que se levar em conta os limites da possibilidade do responsável por sua prestação.
A regra contida no § 1º, do art. 1.694, do Código Civil, é clara e determina que os alimentos devem ser fixados na proporção dos rendimentos do alimentante e das necessidades do alimentando.
Dessa forma, de acordo com a disposição legal já mencionada, na fixação de alimentos, sejam eles provisórios ou definitivos, hão de se observar a necessidade do alimentando e a disponibilidade financeira do alimentante, extraindo-se daí o binômio exigível para a concessão da pensão alimentícia.
Ensina MARIA HELENA DINIZ. Código Civil Anotado, 4 ed., Saraiva, p. 361, que:
'Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico- financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*'.
Na espécie, diante das provas dos autos, tenho que os alimentos fixados na sentença, no importe de 90% do salário mínimo, destoam da possibilidade do apelante, frente à ausência de elementos outros que autorizem a conclusão de que o recorrente possua condições de arcar com esse montante. Pelo contrário, o apelante juntou provas suficientes a demonstrar a impossibilidade de prestar pensão dessa monta.
Lado outro, a mãe da menor é obrigada a sustentar a filha, também, na medida das suas possibilidades.
Entendo, pois, que a fixação de pensão não pode superar as forças financeiras do devedor a ponto de impor-lhe sacrifício excessivo, devendo haver, por isso, uma proporcional distribuição dos encargos na medida da disponibilidade do alimentante, também não se pode impor aos filhos que vivam à míngua de qualquer assistência material de quem os trouxe à vida.
Ademais, a fixação de pensão alimentícia em valor superior aos rendimentos do réu impedirá o cumprimento da decisão condenatória, o que terminará por prejudicar a própria autora.
Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal:
'AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - PROVA DA ALTERAÇÃO NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE - REDUÇÃO DO *QUANTUM* DA VERBA ALIMENTÍCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. Os alimentos devem ser fixados levando-se em consideração o dueto capacidade do alimentante - necessidade do alimentado, inclusive para que a obrigação venha a se tornar exeqüível, pela existência de capacidade econômica do sujeito passivo de poder prestar os alimentos sem lhe faltar mínimo necessário à sua própria sobrevivência. Inexiste julgamento *ultra petita* na fixação dos alimentos acima dos limites do pedido inicial, porquanto o Juiz fixará a verba segundo seu convencimento, pois o critério é a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o somatório de 12 (doze) prestações de alimentos.' (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.712618-4/001. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Des. Silas Vieira. j. 11 de agosto de 2005.)
'AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIMENTOS PROVISIONAIS - FIXAÇÃO - VALOR INCOMPATÍVEL COM A CAPACIDADE DE ALIMENTAR - DECOTE. O valor dos alimentos, mesmo considerada a provisoriedade, deve observar o binômio necessidade/possibilidade, na medida em que, no mesmo instante em que se procura atender às necessidades daquele que os reclama, há que se levar em conta os limites da possibilidade do

responsável por sua prestação. Comprovada pelo alimentante a impossibilidade de pagamento do *quantum* fixado provisoriamente pelo juiz do feito, o valor deve ser reduzido a patamar condizente com sua capacidade. Diante da realidade dos autos deve o valor fixado ser reduzido para 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo, montante razoável, compatível com o princípio da proporcionalidade e em vista da prova produzida.' Agravo de Instrumento n.º1.0040.04.026831-6/001. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Des. Gouvêa Rios. j. 14 de junho de 2005.
Assim, atenta, pois, ao princípio da proporcionalidade contido no art. 400 do CCB, tenho que a melhor solução para a quaestio é o acolhimento do pedido do réu-recorrente, para fixar a verba alimentar em 30% do salário mínimo, enquanto estiver desempregado.
No que tange ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, argumentou o apelante que não efetuou o preparo recursal, uma vez que não lhe foi dada oportunidade de apresentar sua defesa, conforme se verifica da certidão de f. 34.
Data venia, o fato de o autor não ter efetuado o preparo recursal não guarda qualquer relação com a ausência de intimação para sentença. O réu não requereu os benefícios da justiça gratuita antes da prolação da sentença pelo simples fato de não ter apresentado contestação, o que não se deu por culpa do Cartório, como já ressaltado.
Assim, não tendo o pedido sido feito antes da prolação da sentença, e diante da alegação do réu, na apelação, de que é pobre no sentido legal, só é possível a concessão dos benefícios da justiça gratuita para fins recursais, não havendo como isentá-lo do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.
Portanto, deve ser mantida a r. sentença quanto a esse capítulo.
Por todo o exposto, REJEITO a preliminar aventada e DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar a r. sentença, e determinar a redução do valor da pensão alimentícia para 30% do salário mínimo.

Em razão da reforma da r. sentença, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor de uma anualidade dos alimentos arbitrados.
As custas recursais deverão ser rateadas igualmente entre as partes, observada a gratuidade de justiça em favor da autora e a concessão do benefício também ao réu, porém, apenas para fins recursais.
Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.
SÚMULA: REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.04.155252-0/001”

2. Atuação em declaratória de paternidade

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Sandra Maria Silva Rassi*

- 2.1. A filiação como elemento integrante da dignidade humana
- 2.2. Atuação do Promotor de Justiça em declaratórias de paternidade/maternidade
- 2.3. Modelos de peças jurídicas

2.1. A filiação como elemento integrante da dignidade humana

[1)]

O direito ao conhecimento da ascendência genética não se encontra expresso dentre os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas integra a própria identidade pessoal do indivíduo e, por isso, é um dos traços da dignidade humana.

A atual Carta Magna trouxe um novo conceito jurídico de família, encampando princípios que já eram adotados pela evolução social, pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse contexto, outorga uma especial proteção à família, enfatizando os direitos fundamentais da criança e do adolescente[2)] que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano (art. 5º), o que demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

O § 7º do art. 226 da Constituição da República adota a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito a dois princípios essenciais: a *dignidade humana* e a *paternidade responsável*. O direito à *dignidade da pessoa humana* está garantido no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, inserido dentre os fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil e, desse modo, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal. A dignidade da pessoa humana, hoje garantida em praticamente todas as constituições como o sustentáculo do Estado democrático de direito, abrange várias categorias de direito, dentre as quais, *o direito ao nome e ao estado de filiação determinado*. Ana Paula de Barcellos lembra que "o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício"[3)]. E é exatamente sob esse prisma que deve ser considerado o direito à filiação determinada, uma vez que, como defende Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, uma vida digna se inicia "por evidente, pela inserção (do indivíduo) no ambiente familiar"[4)]. E Roberto de Ruggiero chega a afirmar que, em um sentido mais restrito, pode-se dizer que "ao filho de pais incógnitos falta um estado de família".[5)]

Quanto à *paternidade responsável*, ela foi adotada como um princípio norteador e vincula-se ao *método interpretativo the best interest of the child*, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama[6)]. Portanto, todo cidadão brasileiro tem o direito, constitucional, de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade. Assim, se todos têm o direito de ter um(a) pai/mãe responsável, então, aqueles cuja paternidade (ou maternidade) não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar sua ascendência genética.

O direito a uma paternidade/maternidade determinada advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à sua identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que

> "a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada"[7)].

Ademais, os arts. 7º e 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que foi ratificada no Brasil em 24 de setembro de 1990, garantem à criança o direito a um nome e a preservação de sua identidade, impondo ao Estado o dever de assegurá-los à criança que estiver privada dos elementos constitutivos de sua identidade[8)]. Portanto, sendo a paternidade/maternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido. O bem jurídico aqui tutelado é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética (historicidade pessoal); e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, a concessão de determinados direitos de cunho patrimonial. Esse direito é reconhecido

expressamente na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 26, nº 01) e tem obtido uma especial atenção da doutrina e da jurisprudência alemãs, que usam a expressão: *Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung*[9].

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe que

> "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça"[10].

Por sua vez, a Lei nº 8.560/92 regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e revogou o art. 337 do Código Civil de 1916, que trazia o conceito de *filhos legítimos*, sendo reiterada pelo Código Civil de 2002, o qual repetiu ipsis litteris os termos do art. 227, § 6º, da Lei Maior, que já havia equiparado todos os filhos (art. 1.596), e também tornou imprescritível a contestação da paternidade (art. 1.601).

---

[1] Sílvio Rodrigues conceitua a filiação como "a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram". RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6. p. 291.

[2] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[3] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146.

[4] MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. In **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano VI, n. 27, dez/jan 2005, p. 83.

[5] RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. p. 487. v. 1.

[6] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 522.

[7] CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

[8] Art. 7º - 1. A criança é registrada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles. Art. 8º - 1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal. 2. No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível. Disponível em: <www6.senado.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2005.

[9] Direito da criança de conhecer a própria ascendência biológica (tradução nossa).

[10] Art. 27

2.2. Atuação do Promotor de Justiça em declaratórias de paternidade/maternidade

O advento da Lei nº 8.560/92 deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas ao instituir a *averiguação oficiosa*, por meio da qual se faz uma espécie de investigação sumária em juízo, independentemente da iniciativa da genitora. Ademais, aludida norma trouxe uma inovação: atribuiu ao Ministério Público legitimidade extraordinária para propor a ação de investigação de paternidade, quando frustrada a tentativa de acordo (art. 2º, § 4º).

Algumas estatísticas indicam que de 25% a 30% das crianças nascidas no Brasil não têm o pai declarado em seu registro. Esse índice é alarmante e causa um sério problema de ordem emocional, social e econômica, dando uma dimensão exata da importância do papel do Ministério Público, como defensor dos direitos individuais indisponíveis.

Providências preliminares do juízo

Feito o registro de nascimento sem a indicação do nome do pai (ou da mãe), o oficial enviará ao juiz competente certidão integral do registro, acompanhada do nome, prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai informado (art. 2º da Lei nº 8.560/92). O juiz, então, promoverá a averiguação oficiosa, ouvindo, se possível, a mãe, e, em todos os casos, mandará notificar o suposto pai, para que se manifeste, no prazo de trinta dias, sobre a paternidade que lhe é atribuída. Quando não há a declaração do nome do suposto pai para o Oficial do Registro, o juiz deverá chamar a mãe, na tentativa de obter tal informação. Caso o suposto pai confirme expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao Oficial do Registro, para a devida averbação (§ 3º, art. 2º), sem qualquer custo (Leis nº 9.534/97, nº 9.265/96, nº 765/49 e nº 9.465/97).

Todavia, se o suposto pai negar a paternidade que lhe é imputada, ou se mantiver inerte no prazo acima indicado, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público (§ 4º, art. 2º). Embora a lei determine que se remeta ao *Parquet* o expediente enviado pelo Cartório ao Juízo, na prática, são enviadas apenas as cópias para evitar que o expediente judicial fique em aberto na Promotoria de Justiça e que ocorram eventuais conflitos de competência ou atribuição, nas Comarcas onde haja separação de Varas e/ou Promotorias de Registro Público e de Família.

Providências preliminares do Promotor de Justiça

Recebido tal expediente, deve-se abrir um procedimento administrativo e notificar a declarante do registro (genitora da criança), visando à obtenção de maiores informações. Posteriormente, notifica-se o suposto pai para tentar promover o acordo entre os envolvidos, inclusive apresentando-o à criança, quando conveniente. Deve-se, *sempre*, buscar a composição entre as partes, pois isso evita o atrito e os embates judiciais, geralmente dolorosos; facilita o desenvolvimento da afetividade entre pais e filhos; além de coadunar com a tendência do Ministério Público resolutivo, alcançando, assim, maior efetividade na resolução dos conflitos. O reconhecimento espontâneo da paternidade pode ser feito por escritura pública, escrito particular, testamento, ou qualquer outra forma que manifeste expressamente a vontade do pai.

Vale salientar, por oportuno, que a atuação do Promotor de Justiça na defesa do direito à filiação não se restringe ao expediente da Lei nº 8.560/92, já que muitos casos são enviados por diretores de estabelecimentos escolares, Conselho Tutelar, Juizado Especial, diretores de presídios, etc., e os erros e omissões não se limitam à indicação do pai, mas também abrangem a mãe. *Em todas as hipóteses, adota-se a mesma forma procedimental*, sendo que, no caso de dúvida da maternidade, é recomendável, sempre que possível, requisitar informações do hospital onde nasceu a criança e promover a coleta de prova testemunhal, mesmo que não haja resistência. Quando não se obtiver o reconhecimento imediato, pode-se propor aos envolvidos, ainda administrativamente, a realização da prova pericial do Exame de DNA, que tem grande credibilidade entre os cidadãos e, atualmente, é realizada por preços bastante acessíveis.

Todavia, deve-se atentar para que essa prova pericial seja realizada com a observância dos requisitos pertinentes, pois a precisão de seus resultados depende dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Em razão da importância e da influência do Exame de DNA para a resolução das ações de filiação, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais coordena um Grupo de Estudos, composto por várias entidades públicas e privadas, o qual elaborou uma proposta de regulamentação, jurídica e técnica, do Exame de DNA, visando garantir não só a segurança jurídica das partes envolvidas, mas também que sejam atendidos os rigores técnicos da perícia, com a regulação dos procedimentos de identificação das partes, coleta das amostras, técnicas admitidas, requisitos do laudo, dentre outros. Esse estudo foi apresentado à Deputada Federal Jô Moraes, que apresentou o Projeto de Lei nº 1.497/07, no dia 4 de julho de 2007, estando ainda em trâmite no Congresso Nacional. No intuito de facilitar a atuação do órgão de execução e garantir a preservação do direito fundamental à filiação, a Procuradoria-Geral de Justiça promoveu, de forma inovadora, o *credenciamento de laboratórios*, através do Edital nº 01/2007, para que os exames possam ser solicitados pelos seus membros a laboratórios que atendam aos requisitos devidos, pelo menor preço, mesmo que ainda custeado pelas partes, inclusive com coleta de material genético na própria Promotoria de Justiça.

Obtendo-se o reconhecimento da paternidade ou maternidade, com ou sem a prova pericial, lavra-se o termo de reconhecimento (modelo anexo) e comunica-se ao Juízo da Vara de Registros Públicos, onde houver vara privativa, para que seja expedido o mandado de registro, também sem qualquer custo, na forma das leis acima indicadas.

O art. 7º da Lei nº 8.560/92 determina que se busque a fixação dos alimentos provisionais ou definitivos, quando o reconhecido deles necessitar. O Promotor de Justiça pode tentar acordar, desde já, tanto os alimentos quanto a regulamentação de visitas, mas deve, nesse caso, requerer a homologação judicial do acordo, para possibilitar a eventual execução dos alimentos pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil. Quando o pai é falecido, existem casos em que se consegue o reconhecimento dos seus herdeiros (filhos, pais, cônjuges ou irmãos), e o acordo celebrado tem obtido homologação judicial:

> AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - MORTE DO INDIGITADO PAI BIOLÓGICO - Acordo de reconhecimento formalizado com todos os herdeiros do falecido e cônjuge supérstite. Não homologação pelo juízo, ao fundamento de ser direito personalíssimo. Determinação de prosseguimento com a realização de exame hematológico. Recurso provido. O direito personalíssimo é apenas do investigando. Pessoas maiores e capazes. Acordo homologado (TJSP - AI 198.094-4/3-00 - 10ª CDPriv. - Rel. Des. Roberto Stucchi - **DJSP** 24/09/2001 - p. 21).

Arquivamento do procedimento

Seja no caso de reconhecimento da paternidade, seja por falta de elementos suficientes para a interposição da ação investigativa, ou ainda por ter a parte interessada constituído procurador ou estar assistida por outra entidade, o procedimento deve ser devolvido ao juízo, quando utilizar o original, com dispensa de sua remessa ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do Enunciado nº 03.[1)] Em caso de instauração do procedimento com cópias do expediente judicial, ele deve ser arquivado na Promotoria de Justiça, também sem remessa ao Conselho Superior, por interpretação extensiva dos próprios termos do Enunciado nº 03.

Atuação judicial - Legitimidade ativa do Ministério Público

Não se obtendo o acordo, mas existindo as provas necessárias, o Promotor de Justiça pode interpor a Ação de Investigação de Paternidade, como substituto processual (art. 2º, § 4º). A legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público para interpor ações de investigação de paternidade foi inicialmente contestada, mas agora tanto a doutrina como a jurisprudência a reconhece, seja nos casos anteriores ou posteriores à edição da Lei nº 8.560/92, sendo a parte menor ou maior, hipossuficiente ou não. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, inclusive, uniformizou seu entendimento através da UF nº 56.381/7, cujo inteiro teor encontra-se no

banco de dados do site do Ministério Público. Do mesmo modo, tal entendimento também está há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> Investigação de paternidade. Ação proposta pelo Ministério Público (Lei n° 8.560/92). Legitimidade, que não se limita à hipótese do registro posterior à lei. Precedentes do STJ: Resp's 78.621 e 122.103. Recurso especial conhecido e provido (STJ - REsp 92040/MG - 1996/0020408-0 - 3ª Turma. Rel. Ministro Nilson Naves, j. 27/10/1998. **DJ** 08.02.1999, p. 276).

Todavia, a legitimidade ministerial é concorrente (§ 5º do art. 2º da Lei nº 8.560/92), nada impedindo que seja fornecida cópia do expediente ao interessado, quando desejar constituir procurador, ou, nos casos de hipossuficiência, procurar a Defensoria Pública ou outro serviço de assistência judiciária, onde houver, para que intente a ação de investigação de paternidade.

Considerações na atuação judicial

Para a propositura da ação de investigação de paternidade, o Promotor de Justiça deve angariar os elementos fáticos e probatórios suficientes, instruindo a inicial com a indicação de testemunhas, previamente ouvidas no procedimento administrativo, e, sempre que possível, documentos que comprovem o envolvimento do casal, como bilhetes, fotos, etc.

Deve-se atentar para evitar ações temerárias, cujo feito mal instruído possa gerar coisa julgada material em desfavor do substituído, embora hoje se discuta a incidência da coisa julgada nas ações de Estado, mormente quando não se realizou o Exame de DNA. Autores como Humberto Theodoro Júnior[2], Adalgisa Wiedemann Chaves[3], Luiz Roberto de Assumpção[4], Rolf Madaleno[5] e Maria Christina de Almeida[6] admitem a possibilidade de propositura de uma nova ação, para investigar o vínculo biológico, quando a primeira decisão foi proferida sem a prova do exame de DNA. Por outro lado, Nelson Nery Junior entende que a coisa julgada é um elemento do Estado democrático de direito e, portanto, não pode ser relativizada[7]. Já Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina discordam da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, mas entendem que o exame de DNA, realizado após o trânsito em julgado da decisão, pode ser considerado como documento novo justificável de uma ação rescisória[8].

O posicionamento jurisprudencial também não é unânime. Assim, é recomendável uma análise criteriosa das provas disponíveis, para não colocar em risco o direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética do investigante. A ação investigatória deve ser intentada contra o pai/mãe (quando vivos) ou contra seus herdeiros, nunca contra o espólio. Mas a ação pode ser contestada por qualquer pessoa que tenha justo interesse (art. 1.615 do Código Civil de 2002), aí se incluindo a esposa do investigante, os filhos ou sucessores deste e ainda, segundo alguns, por qualquer entidade responsável pelo pensionamento aos herdeiros do suposto pai.

A ação de investigação de paternidade/maternidade processa-se pelo rito ordinário, com ampla produção de provas, admitindo-se todas as provas judiciais. Mas, sem dúvida, atualmente, a prova pericial do exame de DNA é a mais utilizada, devendo-se, entretanto, atentar para a observância dos critérios jurídicos e técnicos pertinentes, como já salientado. Quando o substituído for pobre no sentido legal, pode-se pleitear a realização gratuita do exame de DNA, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais arca com 100 (cem) exames mensais e a Secretaria Estadual de Saúde disponibiliza duzentos exames mensais (Lei Estadual nº 12.460/97 e Decreto nº 41.420/00). De todo modo, alguns juízos têm feito convênio com laboratórios, públicos ou privados, para garantir a realização do exame de DNA por preços mais acessíveis, garantindo, assim, o acesso do indivíduo a essa prova pericial e, consequentemente, à comprovação do direito alegado.

Sentença

Finda a instrução, é prolatada a decisão, que estabelece ou não o liame de parentesco entre o investigante e

o(a) investigado(a). Em caso de improcedência, deve-se atentar para a conveniência da interposição de recurso e observar para que o Ministério Público não seja condenado à sucumbência (honorários advocatícios e custas). A sentença procedente confere o status familiar ao filho, o que constará do Registro Civil, com o acréscimo do sobrenome familiar, a inclusão dos nomes paternos e maternos, assim como dos avós.

Outra consequência é o direito à prestação alimentícia, uma vez que o art. 7º da Lei nº 8.560/92 já determina a fixação dos alimentos provisionais ou definitivos, quando o reconhecido deles necessitar. Sendo o reconhecido menor, sujeita-se também ao poder familiar do pai. A procedência da ação gera uma outra importante consequência, que é a equiparação para efeitos sucessórios, passando o reconhecido a concorrer com igualdade à herança do genitor.

Existe uma discussão doutrinária quanto à natureza jurídica das ações de filiação, especialmente a ação de investigação de paternidade. Autores como Maria Helena Diniz[9)] defendem a ideia de que, quando se busca somente a declaração do estado familiar, as ações de filiação são meramente declaratórias, podendo ser constitutiva/condenatória quando se requer a declaração do vínculo de parentesco e os consequentes pedidos de alimentos, herança ou danos morais. Já Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que a ação declaratória tem por objeto somente a determinação da existência, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica[10)].

Considerando que o reconhecimento judicial da filiação não cria a paternidade, mas apenas declara um fato já existente, do qual advêm as consequências jurídicas, entende-se que as ações que visam somente ao reconhecimento do vínculo biológico são meramente declaratórias.

---

1) Enunciado nº 03: O arquivamento do procedimento de averiguação oficiosa de paternidade, instituído pela Lei nº 8.560/92, não está sujeito à revisão pelo Conselho Superior do Ministério Público. Sendo o referido expediente, na forma da Lei, originário do juízo, ainda que complementado pelo Promotor de Justiça, deve ser restituído ao órgão de origem no caso de não ser intentada a investigatória de paternidade pelo *Parquet* (Aprovado na 2ª Sessão Ordinária, realizada em 29/02/96, publicado no Diário Oficial: 23/03/96 e republicado e republicado no Diário Oficial, em 4/09/2001).

2) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**. ano 5, n. 17. São Paulo. 2004. p. 9-27.

3) CHAVES, Adalgisa Wiedemann. Efeitos da coisa julgada: as demandas para o reconhecimento da filiação e o avanço da técnica pericial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 11-28.

4) ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 135-147.

5) MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

6) ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 160-176.

7) NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal:** com as novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 37-59.

8) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 171-201.

9) DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. v. 11. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 321.

10) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 464.

2.3. Modelos de peças jurídicas

Notificação

O Promotor de Justiça da Comarca de ....., Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, notadamente as que lhe são conferidas pelo art. 129, inciso VI, da Constituição Federal e art. 26, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.625/93, NOTIFICA ..... a comparecer à Central de Investigação de Paternidade da Promotoria de Justiça da Comarca de ....., instalada no Edifício do Fórum ....., sito na Rua ....., nº , nesta cidade, ... no dia data e hora....., a fim de prestar depoimento no procedimento administrativo nº ...../....., instaurado para averiguação da paternidade do menor ....., filho de ..... .

O não comparecimento injustificado importará em condução coercitiva pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, nos termos da lei.

(Local e data).

Promotor de Justiça da Comarca de ...../MG

Termo de reconhecimento paterno com anuência materna

Aos ..... dias do mês de ..... do ano ..... , na Central de Investigação de Paternidade da Promotoria de Justiça da Comarca de ....., instalada no Edifício do Fórum ....., sito na Rua ....., nº ....., nesta cidade, na presença do Promotor de Justiça, compareceu ....., brasileiro, solteiro, lavrador, com .... anos, portador do RG nº ....., filho de ..... e ....., natural de ...../MG, residente na ....., nesta cidade, o qual declarou, para os fins e nos termos da Lei nº 8.560/92, ser pai de ....., nascido aos ....., cujo assento de nascimento foi registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da cidade de ....., sob o nº ....., do Livro ....., às folhas ....., filho de ..... residente na ....., nesta cidade, e desejar que o filho adote o apelido da família paterna, passando a se chamar ..... .

(Local e data).

.....

(Pai declarante)

Na oportunidade, a mãe da criança,....., declara estar de acordo com o reconhecimento acima manifestado e com a mudança de nome do menor, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.560/92.

.....

(Mãe do menor)

Petição para o registro do reconhecimento

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE .....MG.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, nos termos da Lei nº 8.560/92, vem à presença de Vossa Excelência expor e requerer o seguinte:

Nesta data, conforme termo anexo (ou escritura pública), compareceu a esta Promotoria de Justiça, o ....., para reconhecer a paternidade de ..... .

Além do presente reconhecimento, demonstrou o pai o interesse de o(a) filho(a) ora reconhecido(a) receber o apelido da família paterna.

Tendo o reconhecimento sido feito nos termos previstos na Lei nº 8.560/92, o Ministério Público requer que seja devidamente homologado e expedido o respectivo mandado de averbação, com a alteração do nome do(a) filho(a) para ..... .

Pede e espera deferimento.

(Local e data).

Promotor de Justiça da Comarca de ...../MG

Petição inicial de ação de investigação de paternidade

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA ..... VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE ....., ESTADO DE MINAS GERAIS.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Promotor de Justiça infra-assinado, no exercício de suas atribuições legais, na condição de substituto processual da criança ....., brasileira, menor impúbere, nascida em 00/00/0000, filha de ....., brasileira, solteira, comerciante, portadora da cédula de identidade de nº ....., residente e domiciliada na Rua ....., nesta cidade e Comarca, com fundamento nos *arts. 2º, § 4º, e 7º, da Lei nº 8.560/92 combinado com o art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil e art. 74, IV, da Lei Complementar Estadual nº 34/94*, vem à presença de Vossa Excelência propor a presente *AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS* em desfavor de ....., brasileiro, solteiro, lavrador, residente e domiciliado na Rua ....., nesta cidade e Comarca, pelas razões de fato e direito a seguir expostas:

Da legitimidade do Ministério Público

A Constituição Federal, em seu art. 127, atribuiu ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como também, em seu art. 226, *caput*, ficou preceituado que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Em harmonia com os preceitos constitucionais, sobreveio a Lei nº 8069/90, a qual, em seu art. 201, III e VIII, estabeleceu que compete ao Ministério Público, respectivamente, “promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bom como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude” e “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

Por último, a Lei nº 8560/92, em seu art. 2º, § 4º, atribuiu legitimidade *ad causam* ao Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade, quando dispôs que: “Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”.

Nessa esteira de entendimento, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça estampada nas seguintes ementas:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA INTENTAR A DEMANDA. PRECEDENTES.
> I. O Ministério Público é legitimado para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei n º 8.560/92.
> II. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido .(Resp. 120577/MG – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DD – 7/12/2000 – **DJ** – 19/02/2001 – página 174).

> O Ministério Público detém legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, nos termos da Lei nº 8.560, de 29.12.1992, ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à edição do referido diploma legal. Precedentes do STJ – Recurso conhecido e provido. (STJ – Ac. 199700808815 – RESP 154626 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – **DJU** 13.12.1999 – p. 00151).

Inegável, portanto, que o Ministério Público está legitimado a promover ação de investigação de paternidade na defesa do direito constitucional à filiação, que é um direito individual e indisponível, como também cumulá-la com o pedido de alimentos, provisionais e definitivos.

Dos fatos

Consta do incluso procedimento administrativo que tramitou perante a Central de Investigação de Paternidade desta Comarca de ..... que a genitora da menor conheceu o requerido em outubro do ano de 1999, no trabalho dele, que é o de mototaxista.

Importa enfatizar que o casal iniciou um namoro a partir de novembro de 1999, que perdurou até 1o de março de 2002 e, além disso, passou a morar junto em outubro de 2000 até o término do relacionamento.

Infere-se, outrossim, que o requerido e a genitora, no período do envolvimento, praticaram relações sexuais sem a utilização de qualquer método contraceptivo, o que culminou na concepção da menor no final de janeiro de 2002, cujo nascimento ocorreu em 01/10/2002.

Registre-se que, no decorrer do relacionamento, a genitora sempre foi fiel ao requerido.

Saliente-se, por derradeiro, que a menor se parece fisicamente com o réu.

Com a declaração da paternidade, ora requerida, surge o direito à assistência material, que autoriza a menor a exigir do réu os alimentos de que necessita para a sua subsistência, inicialmente, dos alimentos provisionais, desde que haja sentença favorável de primeira instância, mesmo havendo interposição de recurso, para, posteriormente, eles serem transformados em alimentos definitivos, correspondendo a 30% (trinta) dos vencimentos líquidos do requerido, que tem condições de fornecê-los nesta quantia.

Do direito

O art. 1606, “caput”, do Código Civil dispõe que:

Art. 1606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Quanto aos alimentos, prevê o art. 1694, do Código Civil que: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” e, segundo o § 1º deste art., “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa

obrigada".

A Lei nº 889/49, em seu art. 5º, estabelece que: "Na hipótese da ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta interposto recurso".

E, com a Lei nº 8.560/92, em seu art. 7º, mais uma vez ficou estabelecido que:"Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite".

Com fundamento nos dispositivos legais acima transcritos, dúvidas não existem de que, uma vez reconhecida a paternidade, em sentença de primeiro grau, surge o direito à percepção dos alimentos provisionais, a partir da data da sentença, mesmo que tenha sido interposto recurso.

In casu, a menor necessita dos alimentos provisionais e definitivos, e sendo-lhe favorável a sentença de primeira instância e havendo recurso, deve-se aplicar a exceção de suspensividade dele, prevista no art. 520, II, do CPC, o qual preceitua que: "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: II – condenar à prestação de alimentos".

E com o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente a ação investigatória da paternidade, os alimentos definitivos devem retroagir à data da citação aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos quando diz que: "Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação". É nessa trilha o entendimento do STJ estampado na seguinte ementa:

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – RECURSO – LEGITIMIDADE – ALIMENTOS – DATA INICIAL – O Ministério Público tem legitimidade para recorrer da sentença que fixa alimentos. Os alimentos concedidos na sentença de procedência de ação de investigação de paternidade são devidos a partir da citação inicial. Orientação adotada pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 152.895/PR. Ressalva do relator. Recurso conhecido, pela divergência, e provido. (STJ – Ac. 199900718429 – RESP 226686 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – **DJU** 10.04.2000 – p. 00095).

Assim deve ser em obediência ao previsto no art. 227, § 6º, da CF/88, quando assegura que: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

De outra parte, o filho que obtém o reconhecimento da sua paternidade, em ação investigatória, tem os mesmos direitos do filho que foi reconhecido voluntariamente.

Do pedido

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência:

a) a citação do investigado para responder aos termos da presente ação, caso queira; b) julgar procedente os pedidos para declarar que a menor ..... é filha do requerido ..... , condenando-o a pagar-lhe, como alimentos provisionais mensalmente, a importância correspondente a 30% (trinta por cento) dos seus vencimentos líquidos, a partir da data da sentença favorável de primeira instância, mesmo havendo interposição de recurso, e, no final, convertidos em definitivos, no mesmo *quantum* e a serem pagos mensalmente e retroagidos à data da citação, como autoriza os arts. 5º da Lei nº 883/49, 7º da Lei nº 8.560/92 e 520, inciso II, do CPC c/c os arts. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 e 227, § 6º, da CF/88; c) determinar a averbação da declaração de paternidade no termo de nascimento nº ..... , fls. ..... e livro ..... , do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de ...../MG, com o acréscimo do patronímico paterno, passando a se chamar ..... , constando, ainda, do assento os nomes dos avós paternos; d) condenar o investigado ao pagamento das custas processuais e honorários a serem recolhidos aos cofres públicos, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Das provas

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive depoimento pessoal do requerido, sob pena de confesso, e exame hematológico, com o fornecimento do material por parte do réu, da menor e de sua mãe pelo sistema DNA, bem como oitiva das testemunhas, arroladas oportunamente.

Valor da causa

Não obstante inestimável, atribui-se à causa o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Nestes Termos,

Registrada e Autuada, com os autos em apenso,

Pede deferimento.

(Local e data).

Promotor de Justiça da Comarca de .....MG

Rol de testemunhas:

3. Atuação no juízo da sucessão e ausência

Autores/Organizadores:
Promotora de Justiça Denise Pinheiro Armond de Oliveira
Promotora de Justiça Hebe Regina de Guerra e Leite[1)]

- 3.1. Sucessão legítima
- 3.2. Sucessão testamentária
- 3.2. Jurisprudência

[1)] Na 1ª edição desta obra esta área foi escrita pela Promotora de Justiça Flávia Albergaria de Carvalho Bilac Pinto.

3.1. Sucessão legítima

Hipótese de intervenção

Intervir em inventários ou arrolamentos quando ocorrerem as hipóteses do art. 82 do Código de Processo Civil – CPC.

Exame do rito

Quando o rito proposto for o do art. 1.036 do CPC ou o procedimento previsto na Lei nº 6.858/1980 – regulamentada pelo Decreto nº 85.845/1981 –, examinar a sua viabilidade, requerendo adaptação ao rito do inventário, se vedadas as outras modalidades.

Inventário com rito solene

Exigir instrução com:

- a) certidão de óbito;
- b) certidão de nascimento ou casamento dos herdeiros;
- c) certidão de óbito dos herdeiros pré-mortos, em casos de direito de representação;
- d) certidão de reconhecimento de união estável ou certidão de casamento do de cujus, se for o caso, sendo que, nas hipóteses de separação ou divórcio, a averbação da sentença que decretou a dissolução da sociedade conjugal deve constar na certidão;
- e) cópia ou original da certidão da sentença de separação ou divórcio transitada em julgado, caso inexista a averbação na certidão de casamento;
- f) certidão original de casamento legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem e vertida para o português por tradutor juramentado (art. 157 do CPC), se o de cujus tiver casado no exterior, sem embargo do registro a que se refere o art. 129, 6º, da Lei nº 6.015/1973;
- g) sentença declaratória de existência de união estável do de cujus, a ser obtida por ação própria;
- h) comprovação da partilha de bens, se tiver ocorrido dissolução de sociedade conjugal ou união estável;
- i) prova dos débitos objeto da declaração;
- j) balanço do estabelecimento ou apuração de haveres, se o de cujus era comerciante individual ou sócio de sociedade comercial que não a anônima (art. 993, parágrafo único, incisos I e II, do CPC).

No curso do feito, requerer:

- a) nomeação de inventariante;
- b) apresentação das primeiras declarações, nos termos do art. 993 do CPC;
- c) citação dos interessados (art. 999 do CPC);
- d) últimas declarações;

- e) juntada das certidões negativas de débitos fiscais perante a União, o(s) estado(s) e o(s) município(s);
- f) comprovação documental da quitação do ITCD causa mortis, por meio de impresso homologatório dos cálculos, expedido pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais;
- g) apresentação do plano de partilha, na forma do art. 1.025 do CPC.

Nomeação de curador especial

Observar a necessidade de nomeação de curador especial (art. 1.042, incisos I e II, do CPC).

Avaliação judicial

Exigir avaliação judicial, em caso de pedido de alvará para alienação de bens inventariados ou quando o plano de partilha não contemplar todos os interessados com quotas ideais proporcionais sobre todos os bens do espólio. As avaliações devem sempre ser judiciais, ante a existência de herdeiros menores, ausentes ou declarados ausentes.

Requerimentos de alvarás

Opor-se à utilização indiscriminada de alvarás para alienação de bens ou liberação de valores, já que tendem a reduzir e até zerar o ativo. Eles só devem ser utilizados quando houver a imprescindível necessidade de satisfação de despesas urgentes ou que mantenham pertinência com a subsistência dos herdeiros.

Exigir, sempre, posterior prestação de contas.

Alienação de bens

Requerer sempre a avaliação judicial do bem que se pretende alienar ou adquirir, verificando se o valor apurado corresponde aos valores de mercado.

Observar a vantagem da negociação ou a ausência de prejuízo a incapazes ou ausentes que figurarem como interessados.

Ao opinar pela expedição do alvará, requerer que se façam constar no mesmo as seguintes condições:

- a) prazo de validade do alvará;
- b) venda por preço não inferior ao da avaliação judicial;
- c) prazo para a prestação de contas.

Permutas

Nas situações de troca, atentar para a equivalência de valores e para as vantagens de cunho subjetivo que do negócio possa extrair o incapaz.

Prestação de contas

Exigir sempre a prestação de contas na forma do art. 917 do CPC, devendo o inventariante juntar os seguintes documentos:

- a) comprovação documental das despesas (educação, saúde, sustento) efetivadas em proveito exclusivo do incapaz, nos casos de levantamento de numerário ao mesmo pertencente;
- b) comprovação documental do valor pelo qual o bem foi efetivamente alienado e comprovação documental do depósito da quota-parte pertencente ao incapaz, em conta poupança à disposição do juízo, nos casos de alienação de bem.

Se for constatada lesão ao patrimônio do incapaz, pugnar para que o prejuízo seja debitado no quinhão do responsável ou, impossibilitada tal solução, sugerir utilização das vias ordinárias para a reparação do dano.

Lei nº 6.858/80

(Regulamentada pelo Decreto nº 85.845/1981)

Na hipótese de levantamento de valores previstos na Lei nº 6.858/1980, requerer:

- a) comprovação documental dos saldos deixados pelo de cujus;
- b) juntada da certidão de dependentes habilitados perante o órgão previdenciário ao qual ele era vinculado;
- c) relação dos sucessores previstos no art. 1.829 do Código Civil, caso não haja a habilitação de dependentes perante o órgão previdenciário (certidão de inexistência).

Lei nº 12.195/2010

A Lei nº 12.195, de 14 de janeiro de 2010, alterou os incisos I e II do caput do art. 990 do CPC, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> "Art. 990 […]
>
> I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
>
> II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;[…]"

Seguros de vida

O capital do seguro não pertence ao espólio, pois não faz parte do patrimônio constitutivo da herança. Cuida-se de benefício estipulado em favor de terceiro.

Portanto, neste caso, requerer a juntada da apólice do seguro e verificar quem são os beneficiários estipulados pelo segurado.

3.2. Sucessão testamentária

Documentos essenciais

Além de todos os documentos necessários em qualquer inventário, requerer a juntada da certidão original de registro do testamento, a ser obtida por meio do procedimento previsto no art. 1.126 do CPC, acompanhada de cópia autenticada do testamento.

Providências preliminares

Fiscalizar a citação do testamenteiro, dos herdeiros legítimos, dos testamentários e dos legatários.

Partilha

No feito de partilha:

- a) atestar se a partilha foi apresentada na forma do art. 1.025 do CPC e se foram observadas as disposições de última vontade deixadas pelo inventariado;
- b) zelar para que os vínculos testamentários fiquem expressamente consignados no auto de adjudicação ou no esboço de partilha, recaindo, de preferência, sobre os imóveis;
- c) verificar a justa causa declarada pelo testador, no caso de estabelecimento de cláusula de inalienabilidade, de impenhorabilidade ou de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, conforme o art. 1.848, caput, do CC;
- d) observar o determinado pelo art. 2.042 do CC;
- e) requerer, se o quinhão gravado for constituído de dinheiro, que seja feito o depósito em conta judicial remunerada, mediante comprovação nos autos.

Aprovação e registro de testamento ou codicilo

Nos feitos de aprovação e registro de testamento ou codicilo:

- a) exigir a certidão de óbito do testador;
- b) observar os poderes especiais do procurador do testamenteiro;
- c) exigir a juntada – em caso de testamento particular, cerrado e codicilo – do respectivo original e, em caso de testamento público, da certidão ou do traslado original e atualizado;
- d) acompanhar as audiências de aprovação de testamento particular, verificando o cumprimento rigoroso das disposições legais atinentes à matéria;
- e) evitar discussões sobre questões intrínsecas ao testamento e à sua validade dentro dos autos de inventário e de aprovação e registro de testamento, uma vez que tais discussões devem ser objeto de ação própria.

Aplica-se, ainda, no que couber, o que já foi exposto para a sucessão legítima.

3.3. Jurisprudência

> “STF - RMS 22361 / DF - DISTRITO FEDERAL
> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
> Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
> Julgamento: 27/02/1996
> Órgão Julgador: Primeira Turma
> EMENTA: IMÓVEL FUNCIONAL OCUPADO POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DO MINISTÉRIO DA MARINHA - IMÓVEL SUSCETÍVEL DE ALIENAÇÃO - LEI N. 8.025/90 - FALECIMENTO SUPERVENIENTE DO SERVIDOR CIVIL - DIREITO TRANSMISSÍVEL AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE - LEI N. 8.068/90 - POSSIBILIDADE JURÍDICA - RECURSO PROVIDO.
> - O servidor público civil, vinculado a Ministério militar e ocupante legítimo de imóvel funcional não destinado à utilização por militares, tem direito à habilitação para efeito de aquisição dessa unidade residencial, ainda que esta se ache sujeita à administração castrense.
> - A Lei n. 8.068/90 reconheceu ao cônjuge supérstite do servidor público falecido - inclusive ao cônjuge supérstite do servidor civil lotado em Ministério militar - a condição jurídica de legítimo ocupante do imóvel funcional, possibilitando-lhe, desse modo, e desde que satisfeitos os requisitos fixados pela Lei n. 8.025/90, a aquisição preferencial dessa unidade imobiliária.”

> “TJMG - Número do processo: 1.0439.06.058790-4/001(1)
> Relator: JOSÉ ANTÔNIO BRAGA
> 9ª Câmara Cível
> Data do Julgamento: 22/07/2008
> Data da Publicação: 02/08/2008
> EMENTA: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA - LEGITIMIDADE ATIVA - CÔNJUGE - LITISCONSÓRCIO ATIVO - »OUTORGA MARITAL - DESNECESSIDADE. A ação de usucapião especial urbana pode ser pleiteada somente por um dos cônjuges, sendo desnecessária a outorga marital, ex vi do disposto no art. 1240 do Código Civil vigente. USUCAPIÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO - INTERESSE DIREITO DOS HERDEIROS - TRANSMISSÃO DA POSSE E PROPRIEDADE COM FALECIMENTO DO PROPRIETÁRIO. »A sucessão abre-se com a morte, transmitindo-se imediata e automaticamente a herança, sendo os herdeiros legítimos proprietários do bem vindicado. A aquisição da propriedade, através da ação de usucapião, resulta em perda de patrimônio de cada um dos sucessores legítimos daquele em cujo nome do imóvel está matriculado. Por isso, há interesse direito e pessoal de cada herdeiro, que, para tanto, deverá ser citado.”

> “TJMG - Número do processo: 1.0672.01.062079-3/001(1)
> Relator: ALVIMAR DE ÁVILA
> 12ª Câmara Cível
> Data do Julgamento: 15/03/2006
> Data da Publicação: 06/05/2006
> EMENTA: USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO- REQUISITOS LEGAIS - SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* - HERDEIROS - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Com a morte daquele que tinha posse ad usucapionem, esta se transmite de pleno direito aos herdeiros, sendo vedado ao herdeiro, isoladamente, pleitear o reconhecimento da prescrição aquisitiva em seu favor, devendo o direito ser exercido por todos os herdeiros. Somente se torna admissível o ajuizamento da ação de usucapião extraordinário por um dos herdeiros, se comprovado o exercício da posse de forma exclusiva, com *animus domini* e pelo decurso do tempo de 20 (vinte) anos.”

> “STJ - REsp 254180 / RJ

RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro VICENTE LEAL (1103)
Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA
Data do Julgamento 11/09/2001
PROCESSUAL CIVIL. MORTE DO AUTOR. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. CPC, ART. 43.
- Embora no caso de morte do autor da ação seja efetuada a substituição processual pelo seu espólio, é admissível a simples habilitação dos seus herdeiros na hipótese de inexistência de patrimônio susceptível de abertura de inventário.
- Inteligência do art. 43, do Código de Processo Civil.
- Recurso especial não conhecido."

"STJ - REsp 515175 / RJ
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 02/09/2003
CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESPÓLIO CONTRA HERDEIRO.
Em linha de princípio, pode a viúva inventariante, em seu nome ou em nome do espólio, promover ação de reintegração de posse contra herdeiro que praticar esbulho em bem da herança, mas essa regra deve ser interpretada com temperamento.
Pelas peculiaridades da espécie, a ocupação de imóvel do espólio, por um dos herdeiros, não configura esbulho.
Recurso conhecido e provido."

"STJ - REsp 546077 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 02/02/2006
Recurso especial. Direito civil. Anulação de cessão de direitos hereditários pleiteada por terceiro. Contagem do prazo decadencial. Termo inicial.
- O termo inicial do prazo decadencial para terceiro/credor ajuizar ação objetivando a anulação de cessão de direitos hereditários deve coincidir com o momento em que este teve ou podia ter ciência inequívoca da existência do contrato a ser invalidado.
- Na ausência de elementos que indiquem o momento efetivo do conhecimento pelo terceiro da celebração da cessão de direitos hereditários, a data do registro do negócio no Cartório Imobiliário deve ser considerada como termo inicial do prazo decadencial.
Recurso especial não conhecido."

"STJ - REsp 502873 / MT
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 07/04/2005
Civil. Cessão de Direitos Hereditários. Ausência de Escritura Pública. Instrumento particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Ação ajuizada na vigência do Código Civil de 1916.
I - O novo Código Civil, em seu art. 1.793 é claro ao dispor que o direito à sucessão pode ser objeto de cessão 'por escritura pública'. Essa precisão, contudo, não existia no direito brasileiro, e a questão era controvertida na doutrina e jurisprudência.
II - *In casu*, o documento foi levado a registro no Cartório competente, concedida, assim, a devida publicidade. Além disso, é anterior ao segundo, cuja validade não foi reconhecida pelas instâncias

ordinárias, que concluíram pela má-fé dos cedentes e cessionários ora recorrentes.
III - Contrato particular de cessão de direitos hereditários registrado em cartório cuja validade se reconhece ante a sua natureza obrigacional e, especialmente, tendo em vista as particularidades ocorridas no presente caso.
IV - Recurso especial não conhecido."

"STJ - REsp 647135 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 22/03/2007
Ação de prestação de contas. Legitimidade ativa. Mandatário contratado pelo inventariante.
1. Os herdeiros podem exigir contas do inventariante, mas não dos mandatários constituídos pelo inventariante.
2. Recurso especial conhecido e provido."

"STJ - AgRg no Ag 720087 / RJ
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 16/03/2006
PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. Se o mandato foi revogado antes da morte do mandatário, a ação de prestação de contas, ainda que já proposta, não pode prosseguir contra os herdeiros. Agravo regimental não provido."

"STJ - REsp 345952 / PR
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 18/06/2002
Ação de prestação de contas. Falecimento do réu. Mandato outorgado e revogado antes da morte do mandatário.
1. A obrigação de prestar contas decorrente de mandato outorgado e revogado antes da morte do mandatário não se transmite aos herdeiros.
2. Recurso especial conhecido e desprovido."

"STJ - REsp 586807 / RJ
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 07/12/2004
CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE SONEGADOS. EXTINÇÃO POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS ÚLTIMAS DECLARAÇÕES. COISA JULGADA E PRECLUSÃO INOCORRENTES. CARÊNCIA DA AÇÃO REJEITADA.
»PECULIARIDADE DA ESPÉCIE, EM RELAÇÃO AO ANTERIOR AFASTAMENTO DO INVENTARIANTE E DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM O PROSSEGUIMENTO DA LIDE. CPC, ART. 267, VI. CC, ART. 1.784.
I. A fundamentação do Tribunal, na apelação que resultou na decretação da nulidade de partilha, sobre a ausência de declarações finais, não faz coisa julgada ou atrai preclusão sobre ação de sonegados, por se cuidar de demanda distinta, e, ainda, porque os bens eventualmente trazidos à colação por força da

mesma serão objeto de sobrepartilha, ao teor dos arts. 1.040, I, do CPC, e 1.779, do Código Civil anterior.
II. Situação peculiar dos autos, traduzida em diversos incidentes processuais, que torna infrutífera a extinção da ação de sonegados, já ultrapassada longa fase cognitiva e sentença de mérito proferida no grau singular, para, equivocadamente, prestigiar-se etapa agora inócua e indiretamente ultrapassada, causando desnecessário retardo na prestação jurisdicional, dando ensejo a mais outros anos de litígio entre os herdeiros.
III. Recurso especial conhecido em parte e provido."

"STJ - REsp 431695 / SP
RECURSO ESPECIA
Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 21/05/2002
CIVIL. HERANÇA. RENÚNCIA. A renúncia à herança depende de ato solene, a saber, escritura pública ou termo nos autos de inventário; petição manifestando a renúncia, com a promessa de assinatura do termo judicial, não produz efeitos sem que essa formalidade seja ultimada. »Recurso especial não conhecido."

"STJ - CC 51061 / GO
Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108)
Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO
Data do Julgamento 09/11/2005
Conflito de competência. Inventário já encerrado. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e de alimentos. Domicílio do alimentando.
1. A regra especial prevalece sobre a regra geral de competência, daí que, segundo dispõe a Súmula nº 1/STJ, 'o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos'.
2. Encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória respectiva, deixa de existir o espólio e as ações propostas contra as pessoas que detêm os bens inventariados não seguem a norma do art. 96 do Código de Processo Civil, prevalecendo, no caso concreto, a regra especial do art. 100, inciso II, do mesmo diploma, segundo a qual a demanda em que se postula alimentos deve correr no foro do domicílio ou da residência do alimentando.
3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Brasília/DF."

"STJ - MC 14509 / SP
MEDIDA CAUTELAR
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 21/08/2008
Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. *De cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial.
Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.
- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do *de cujus* que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do

CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o *de cujus* e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.
- A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.
- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário *sub judice*, admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos.
Medida liminar parcialmente deferida."

"STJ - REsp 111560 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 15/08/2000
CIVIL. HERANÇA JACENTE E VACANTE. AÇÃO REINTEGRATÓRIA.
O ente público tem legitimidade para ajuizar ação reintegratória atinente a bem que adjudicou em processo de herança vacante. Recurso não conhecido."

"STJ - RMS 22684 / RJ
RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 07/05/2007
CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUCESSÃO LEGÍTIMA. ART. 1.829, I, CC/02. »CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES. CASAMENTO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO CONCORRENTE. ATO DO JUIZ DETERMINANDO A JUNTADA AOS AUTOS DA HABILITAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS HERDEIROS DESCENDENTES. NATUREZA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE.
- A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes.
- Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes.
- O ato do juiz que determina a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes tem natureza de despacho de mero expediente, dispensando fundamentação, visto que não se qualificam, em regra, como atos de conteúdo decisório. Precedentes.
Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento."

"STJ - REsp 61434 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 17/06/1997
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. ART. 10, PAR. 2., DO CÓDIGO CIVIL. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. CAPACIDADE DE SUCEDER. LEI APLICÁVEL. CAPACIDADE PARA SUCEDER NÃO SE CONFUNDE COM QUALIDADE DE HERDEIRO. ESTA TEM A VER COM A ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA QUE CONSISTE NO FATO DE PERTENCER A PESSOA QUE SE APRESENTA COMO HERDEIRO A UMA DAS CATEGORIAS QUE, DE UM MODO GERAL, SÃO CHAMADAS PELA LEI A SUCESSÃO, POR ISSO HAVERÁ DE SER AFERIDA PELA

MESMA LEI COMPETENTE PARA REGER A SUCESSÃO DO MORTO QUE, NO BRASIL, “OBEDECE A LEI DO PAIS EM QUE ERA DOMICILIADO O DEFUNTO. (ART. 10, CAPUT, DA LICC).
RESOLVIDA A QUESTÃO PREJUDICIAL DE QUE DETERMINADA PESSOA, SEGUNDO O DOMICILIO QUE TINHA O DE CUJUS, E HERDEIRA, CABE EXAMINAR SE A PESSOA INDICADA E CAPAZ OU INCAPAZ PARA RECEBER A HERANÇA, SOLUÇÃO QUE E FORNECIDA PELA LEI DO DOMICILIO DO HERDEIRO (ART. 10, PARAG. 2., DA LICC).
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”

“STJ - REsp 88388 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 05/10/2000
CIVIL. TESTAMENTOS CONJUNTIVOS. REALIZAÇÃO EM ATOS DISTINTOS. CC, ART. 1.630. NÃO CONFIGURAÇÃO.
I. O testamento é consubstanciado por ato personalíssimo de manifestação de vontade quanto à disponibilização do patrimônio do testador, pelo que pressupõe, para sua validade, a espontaneidade, em que titular dos bens, em solenidade cartorária, unilateral, livremente se predispõe a destiná-los a outrem, sem interferência, ao menos sob o aspecto formal, de terceiros.
II. O art. 1.630 da lei substantiva civil veda o testamento conjuntivo, em que há, no mesmo ato, a participação de mais alguém além do testador, a indicar que o ato, necessariamente unilateral na sua realização, assim não o foi, pela presença direta de outro testador, a descaracterizá-lo com o vício da nulidade.
III. Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do *de cujus*, deixando suas cotas para sua ex-sócia e concubina, e o outro por ela feito, constituíram atos distintos, em que cada um compareceu individualmente para expressar seu desejo sucessório, inaplicável, à espécie, a cominação prevista no referenciado dispositivo legal, corretamente interpretado pelo Tribunal *a quo*.
IV. Recurso especial não conhecido.”

“STJ - EREsp 736627 / PR
EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)
Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO
Data do Julgamento 25/06/2008
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS SUCESSÓRIOS.
1. Para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável (união entre o homem e a mulher como entidade familiar), por ser presumido, há dispensa da prova do esforço comum, diz o acórdão embargado.
2. Os acórdãos apontados como paradigmas, por outro lado, versam essencialmente hipóteses de casamento (modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família), conduzindo ao não conhecimento dos embargos, dado que as situações versadas são diversas.
3. A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária.
4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável.
5. Embargos de divergência não conhecidos.”

“STJ - REsp 820814 / SP
RECURSO ESPECIAL

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 09/10/2007
Direito processual e civil. Sucessões. Recurso especial. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários.
- Não se conhece do recurso especial quanto à questão em que a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido em que decidido pelo Tribunal de origem.
- A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (arts. 1.955 e 1.958, do CC/02).
- Afastada a hipótese de sucessão por disposição de última vontade, oriunda do extinto fideicomisso, e, por conseqüência, consolidando-se a propriedade nas mãos dos fiduciários, o falecimento de um destes sem deixar testamento, impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legal, transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos, inexistindo herdeiros necessários.
Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido."

"STJ - REsp 927530 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)
Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento 12/06/2007
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA. ENTREGA DE DOCUMENTOS À RECEITA ESTADUAL. INEXIGIBILIDADE.
1. No processo de arrolamento sumário, processado com base nos arts. 1.031 e seguintes do CPC, cabível quando todos os herdeiros forem maiores e capazes e estiverem de acordo com a partilha, somente é possível examinar se o inventariante comprovou a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.
2. Para a homologação da partilha pelo juiz são dispensadas certas formalidades exigidas no inventário, entre elas a intervenção da Fazenda Pública para verificar a correção do pagamento dos tributos devidos pelo espólio. Assim, a discussão de supostas diferenças pagas a menor deverão ser resolvidas na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 1.034 do CPC.
3. Feito o pagamento do imposto e juntado o comprovante aos autos, não pode o juiz condicionar a homologação da partilha em processo de arrolamento sumário à entrega de documentos à Receita estadual necessários ao cálculo do imposto. Ainda que o pagamento não esteja completo ou tenha o inventariante calculado mal o imposto, essas questões não podem ser tratadas e discutidas em arrolamento sumário.
4. Recurso especial não provido."

"STJ - REsp 176473 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 21/08/2008
DIREITO CIVIL E SUCESSÓRIO. APLICAÇÃO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. TESTAMENTO. VALIDADE. PARENTES DE LEGATÁRIO QUE FIGURARAM COMO TESTEMUNHAS DO ATO DE DISPOSIÇÃO. »INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.650, DO CÓDIGO CIVIL.
1. Na hipótese, não há se falar em interpretação da lei, mas sim em integração mediante analogia, que, conforme ensina Vicente Rao 'consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial;' (O Direito e a vida dos direitos, 3ª edição, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, p.458/460).
2. O testamento é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, solene, revogável, que possibilita à

pessoa dispor de seus bens para depois de sua morte. justamente por essas características, tanto se faz necessário observar o preenchimento de todos os seus requisitos legais para conceder-lhe validade.
2. A enumeração contida no artigo 1.650, nos incisos I, II e III, refere-se aos incapazes e, nos incisos IV e V, àqueles que são beneficiários, diretos ou indiretos, do testamento. O legislador busca proteger a higidez e a validade da disposição testamentária, vedando como testemunhas os incapazes e os que têm interesse no ato.
3. A liberdade de testar encontra restrições estabelecidas na lei, porém esta não distingue, quanto às consequências jurídicas, a sucessão testamentária em relação aos legatários e herdeiros necessários.
4. Há o mesmo fundamento para a restrição de figurarem como testemunhas, no ato do testamento, os parentes do herdeiro instituído e do legatário: qual seja, o interesse direto ou indireto do beneficiário, em relação ao ato de disposição de vontade. inexiste diferença em relação às consequências para o herdeiro instituído e o legatário, por isso que a conclusão dedutiva é de que ao inciso V do artigo 1.650, do Código Civil de 1.916, deve se aplicar a mesma essência do inciso IV do dispositivo.
5. Nas palavras de Clovis Bevilaqua: 'seria atribuir à lei a feia macula de uma grosseira inconsequência, supôr que somente o cônjuge ou descendente, o ascendente e o irmão do herdeiro estão impedidos de ser testemunhas em testamento. o impedimento prevalece em relação ao cônjuge e aos mencionados parentes do legatário.' (**Código Civil do E.U.B.**, Vol. II, 6ª tiragem, Editora Rio, f. 848).
6. Recurso especial não conhecido.”

“STJ - REsp 147959 / SP
RECURSO ESPECIAL
Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 14/12/2000
DIREITO CIVIL. TESTAMENTO PÚBLICO. FALECIMENTO DA HERDEIRA TESTAMENTÁRIA ANTES DA TESTADORA. NOMEAÇÃO POSTERIOR DAS FILHAS DA HERDEIRA POR PROCURAÇÃO PARTICULAR. »IMPOSSIBILIDADE. RIGOR FORMAL. SOLENIDADE ESSENCIAL. ARTS. 1.592, II, 1.717 E 1.746, CC. CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM HERANÇA JACENTE. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ART. 1.142, CPC. RECURSO DESACOLHIDO.
I - A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe na interpretação dos textos legais. Entretanto, no caso dos testamentos, deve-se redobrar o zelo na observância da forma, tanto por não viver o testador no momento de esclarecer suas intenções, quanto pela suscetibilidade de fraudes na elaboração do instrumento e, consequentemente, na deturpação da vontade de quem dispõe dos bens para após a morte.
II - A revogação parcial do testamento, para substituir a herdeira anteriormente nomeada e já falecida, deve dar-se pelo mesmo modo e forma do anterior (art. 1.746 do Código Civil), não tendo a procuração ad judicia por instrumento particular esse condão revogador.
III - A capacidade para adquirir por testamento pressupõe a existência do herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador.
Tendo falecido antes o herdeiro, perde validade a cédula testamentária.
IV - Na lição de Pontes, 'a nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou inter vivos é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de *in rem verso*. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo' (**Tratado de Direito Privado**, t. LVIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p. 283. (§ 5.849).).
V - Iniciado o inventário e, no seu curso, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, é de considerar-se jacente a herança, nos termos do art. 1.592, II, CC, caso em que 'o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens' (art. 1.142, CPC). A conversão do procedimento e a nomeação do curador dá cumprimento a essa norma e atende ao princípio da economia processual, nele expressamente assentado.”

4. Atuação no juízo de registros públicos

Autor/Organizador: *Promotor de Justiça Luís Eduardo Telles Benzi*

Em face da necessidade de elaboração de um Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – no sentido de divulgar a experiência teórica e prática sobre a matéria regulamentada pela Lei nº 6.015 (Lei de Registros Públicos – LRP), de 31 de dezembro de 1973, com as modificações trazidas pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 –, será apresentada nesta seção a atuação do Ministério Público perante o juízo de Registros Públicos, com o propósito de ajudar a solucionar problemas que surgem na atuação cotidiana. Para tanto, baseio-me, principalmente, nos questionamentos que recebemos dos colegas da capital e do interior nesses dez anos de atuação junto à Promotoria de Registros Públicos.

Não há pretensão de se fazer um trabalho com caráter acadêmico, em razão das rígidas especificidades metodológicas exigidas para a concretização do tema aqui proposto.

- 4.1. Princípios
- 4.2. Retificação de registro civil
- 4.3. Retificação de registro de imóveis
- 4.4. Procedimento de dúvida
- 4.5. Hipótese de não retificação de escrita pública através de provocação do juízo registral
- 4.6. Procedimentos de habilitação para o casamento
- 4.7. Averbações
- 4.8. Ações de usucapião

4.1. Princípios

Os princípios, de acordo com Celso Ribeiro Bastos[1], promovem a unidade do texto constitucional, uma vez que definem seu plano fundamental. O autor preleciona que:

> "Em síntese, os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nessas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas o que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido da abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores em função dos quais as demais normas devem ser entendidas. Os princípios são, pois, as vigas mestras do Texto Constitucional, e que vão ganhando concretização não só a partir de outras regras da Constituição (como é o caso do princípio federativo), mas também de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com o princípio. O princípio da cidadania, por exemplo, restou concretizado pela Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que estabelece a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania."[2]

Bastos aduz que o sistema jurídico apresenta quatro espécies de princípios, conforme classificação do professor Canotilho, que diz serem quatro as espécies de princípios constitucionais:

- Há princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa implícita no Texto Constitucional. São os chamados princípios jurídicos fundamentais. Citem-se o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o princípio do livre acesso aos direitos e aos tribunais, também o princípio da imparcialidade da Administração. Mesmo quando não se esteja apto a fundamentar neles recursos de direito público, têm sempre força vinculante, de modo a se poder dizer ser a liberdade de conformação legislativa vinculada pelos princípios jurídicos gerais.
- Há, também, princípios políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Aqui se situam os princípios definidores da forma do Estado, princípios caracterizadores da forma de governo e princípios estruturantes do regime político.
- Há, ainda, aqueles chamados de princípios constitucionais impositivos, que se subsumem em todos os princípios que no âmbito da Constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. Os órgãos encarregados da aplicação do direito devem tê-los em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocadamente conformadores.
- Por fim, há uma quarta categoria de princípios que vem a ser a dos princípios-garantia. São mais voltados ao estabelecimento de garantias para os cidadãos. Em função disso, o legislador se encontra estreitamente vinculado à sua aplicação. Exemplo: *nullum crimen sine lege*, *in dubio pro reo*, *non bis in idem*).)): princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia[3].

Bastos esclarece ainda que

> "[…] os princípios gerais de direito se identificam e se diferenciam dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem como notas características à generalidade absoluta de sua incidência"[4].

Quais seriam então esses princípios gerais de direito e como os distinguiríamos dos meros princípios constitucionais, quando também aqueles podem estar expressos em norma constitucional?

Os princípios gerais de direito, que, como já se assinalou, têm, entre suas diversas funções, a de orientar a atividade interpretativa, nota comum que os coloca em franca igualdade com os princípios constitucionais.

Qual a razão que fundamentaria então essa distinção, já que ambos cumprem a mesma função no tocante à hermenêutica? A diferenciação seria fundamentalmente a seguinte: ao contrário dos princípios constitucionais,

os princípios gerais do direito são cânones de incidência obrigatória, seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com que se esteja lidando. Isso significa dizer que os princípios gerais de direito sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando. Em outras palavras, surgirá a necessidade de saber, em dado momento, qual ou quais são os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, o que não ocorrerá, decerto, com os princípios gerais de direito.

Concluindo, podemos dizer que, basicamente, os princípios gerais direito se identificam e se diferenciam dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem como nota características à generalidade absoluta de sua incidência.

Como consequência desse verdadeiro pressuposto de aplicação dos princípios gerais de direito, também os princípios constitucionais, quando estiverem sendo aclarados em seu conteúdo, terão de observar e respeitar os princípios gerais de direito. Estes só entram na Constituição pelo caminho da interpretação. São exatamente eles que permitem a evolução do texto constitucional. São eles que vão preencher a vaguidade de suas normas. Mas não podendo ter os princípios gerais de direito submetendo a Constituição, contrariando-a.

De outra parte, não faria sentido algum pretender tornar a Constituição impenetrável aos princípios gerais de direito, dada a força civilizatória que exercem. Dar-lhes, contudo, força normativa superior à da Constituição não encontra respaldo na doutrina e não pode ser admitido. Esses princípios penetram na Constituição, mas pelas mãos dela própria. Enumeramos como princípios gerais de direito, dada sua larga abrangência, informadores que de todo o ordenamento jurídico, os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Sobre os princípios do sistema registral brasileiro, recomendamos a leitura da obra de Afranio de Carvalho[5].

---

[1] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 57.

[2] BASTOS, 2001, p. 58-59.

[3] Bastos, 2001, p. 59.

[4] BASTOS, 2001, p. 60-61.

[5] CARVALHO, Afrânio. **Registros de Imóveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
Princípio de inscrição, Princípios de Presunção e de Fé Pública, Princípio de Prioridade, Princípio de Especialidade, Princípio de Legalidade, Princípio de Continuidade e Princípio de Instância.

4.2. Retificação de registro civil

- 4.2.1. O prenome
- 4.2.2. O patronímico
- 4.2.3. Retificação para correção de erros materiais e omissões
- 4.2.4. Constituição de registro
- 4.2.5. Registro de óbito tardio
- 4.2.6. Reconhecimento de paternidade (Lei nº 8.560/92)

4.2.1. O prenome

O prenome[1] individualiza a pessoa humana, pois a identifica no meio social em que vive; portanto, a regularidade e a fiscalização dos registros públicos implicam a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana[2] nesse aspecto.

Frise-se, também, que o prenome é um direito da personalidade[3], ou seja, o direito ao nome (atributo da personalidade), garante à pessoa humana o direito à integridade moral, perseguido pelo princípio anteriormente mencionado.

Em atendimento à segurança das relações jurídicas, em regra, prevalece no ordenamento pátrio a imutabilidade do prenome. Todavia, o legislador excepcionou algumas hipóteses que autorizam sua mudança. Assim estabelece o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC):

> "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
>
> §1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
>
> §2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
>
> §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

Assim estabelece o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal:

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

Assim estabelece o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973:

> "Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
>
> Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público".[4]

Segue julgado nesse sentido:

> "CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME. PRESENÇA DE MOTIVOS BASTANTES. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.
> Admite-se a alteração do nome civil após o decurso do prazo de um ano, contado da maioridade civil, somente por exceção e motivadamente, nos termos do art. 57, caput, da Lei nº 6.015/73. Recurso especial conhecido e provido. REsp 538187 / RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0049906-9 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 2/12/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 21/02/2005 p. 170 RDDP vol. 25 p. 153 RDTJRJ vol. 63 p. 97 RSTJ vol. 193 p. 363 RT vol. 836 p. 147".

O artigo 56 da LRP estabelece que

> "o interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por

> procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa."[5)]

Não obstante essa relativização, a experiência forense mostra que a sociedade não valoriza tal atributo da personalidade, uma vez que cotidianamente deparamo-nos com procedimentos judiciais que visam à alteração do prenome sob fundamentos teratológicos – verdadeiras excrescências jurídicas. Por essa razão, exige-se do Ministério Público a fiscalização da defesa da ordem jurídica, consubstanciada no Estado Democrático de Direito[6)], observando-se seus princípios institucionais expressos no art. 127, §1°, da Constituição Federal. O aresto a seguir, referente ao procedimento que examinamos, exemplifica com exatidão tais situações.

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DA EXPRESSÃO PAPAI NOEL. INADMISSIBILIDADE. ADMISSIBILIDADE SOMENTE NA HIPÓTESE DE ERRO GRÁFICO OU DE EXPOSIÇÃO A RIDÍCULO. Como exceção à regra, permite-se a retificação do nome civil, por exemplo, na hipótese de evidente erro gráfico, quando se pretende adotar apelido público notório ou quando se pretende acrescer ou excluir sobrenome de genitores e/ou padrastos. Em sede de ação de retificação de registro civil, o pedido de inserção da expressão Papai Noel no nome do requerente é improcedente, na medida em que não se refere a apelido público e notório que possa ser incorporado à sua personalidade para o fim de distingui-lo das outras pessoas, mas de apelido, no sentido pejorativo, pelo qual ficou conhecido em algumas comunidades em virtude de suas atividades filantrópicas promovidas às vésperas dos festivos natalinos e de sua semelhança física com o personagem fictício que se tornou símbolo cristão de domínio público. Ainda que prove realizar tais ações filantrópicas assumindo o famoso personagem imaginário, a hipotética admissão da inusitada retificação do nome, longe de resultar em justiça, ordem e correção, tornaria o requerente suscetível à exposição ao ridículo na esfera de suas relações civis, além de inverter a lógica jurídica que deve orientar as questões atinentes ao registro civil, de inegável interesse público. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.05.880241-4/001(1) Relator: ARMANDO FREIRE Data do Julgamento: 13/02/2007 Data da Publicação: 2/03/2007".

> "DIREITO CIVIL - DIREITO REGISTRAL - APELAÇÃO - REGISTRO CIVIL - NOME - RETIFICAÇÃO - PREJUÍZO - PROVA - INEXISTÊNCIA - INDEFERIMENTO QUE SE IMPÕE. A retificação de registro civil, especialmente quando destinada a alterar o prenome de um indivíduo, só se justifica em situações excepcionais, no caso de erro de grafia, quando expõe seu portador ao ridículo, ou nas hipóteses do art. 58 da Lei nº 6.015/73. Número do processo: 1.0132.05.001741-8/001(1) Relator: MOREIRA DINIZ Relator do Acórdão: MOREIRA DINIZ Data do Julgamento: 6/07/2006 Data da Publicação: 25/07/2006".

Constatam-se ainda situações em que o prenome é designativo de sexo diverso daquele ostentado pela pessoa, a exemplo de Juniele integrando o nome de alguém do sexo masculino. Há também prenomes que causam dúvida em relação ao sexo de seu portador: Juraci, Lucimar, Waldeci, Marion etc. Nessas hipóteses, é possível a alteração do prenome, haja vista a possibilidade jurídica do pedido decorrente da imutabilidade relativa, em razão da exposição de seu detentor a situações vexatórias. Para esses casos, é imprescindível a apresentação das certidões mencionadas no item **Retificação para correção de erros materiais e omissões**.

O seguinte julgado é um exemplo dessa situação:

> "RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO - PRENOME QUE INDUZ TRATAR-SE DE PESSOA DO SEXO MASCULINO - EXPOSIÇÃO AO RÍDICULO - PROVA EFICAZ. Produzida a prova eficaz de que o prenome expõe ao ridículo, ou seja, de que em público induz tratar-se de pessoa do sexo masculino e não feminino, o pedido de alteração de registro civil é de todo procedente, porquanto preenchidas as hipóteses de permissibilidade da legislação de regência (Lei nº 6.015/73, arts. 56, 57 e 58). Apelo provido. Súmula: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0027.04.005404-4/001(1) Precisão: 46. Relator: NILSON REIS Data do Julgamento: 6/12/2005 Data da Publicação: 3/02/2006".

É cabível a alteração do prenome do adotado a pedido do adotante ou do próprio adotado.[7)]

[1] Assim estabelece o art. 16 do Novo Código Civil: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

[2] Assim estabelece o art. 1º, inciso III, da CF/88: “a dignidade da pessoa humana”.

[3] O Novo Código Civil enumerou alguns direitos da personalidade, entre eles, o direito ao nome.

[4] , [5] Código de Processo Civil

[6] Assim estabelece o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

[7] Assim estabelece o artigo 1.627 do novo Código Civil: “A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”.

4.2.2. O patronímico

Direito previsto no art. 16 do Código Civil/02, o patronímico é o espelho da ancestralidade da pessoa humana, visto que repercute na cadeia dos apelidos de família, isto é, os sobrenomes, que a identificam no grupo social. Portanto, o seu encadeamento também resulta da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim como o prenome, o patronímico também exterioriza um direito da personalidade (na modalidade direito ao nome), por ser uma extensão da pessoa humana. Em outras palavras, trata-se de um complemento do atributo moral materializado pelo nome que a individualiza, consistindo, portanto, num atributo da personalidade.

4.2.3. Retificação para correção de erros materiais e omissões

No caso de violação do direito ao nome por erros materiais, omissões ou quaisquer outras incorreções acostadas no registro público da pessoa humana, a Lei 6.015/1973 estabelece que aquele que pretender corrigir seu assento junto ao Registro Civil poderá fazê-lo por petição fundamentada dirigida ao Juiz, instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, ouvidos o Ministério Público e os interessados.

Assim estabelece o artigo 109 da Lei de Registros Públicos

> "Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.
>
> §1° Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.
>
> §2° Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.
>
> §3º Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.
>
> §4º Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.
>
> §5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu 'cumpra-se', executar-se-á.
>
> §6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a trasladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original".

Confira-se, a este respeito, o seguinte acórdão:

> "DIREITO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. PRODUÇÃO DE PROVA. DEFERIMENTO.
> Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico, mediante sentença judicial.
>
> No caso dos autos, atendidos os requisitos do art. 57 c/c o § 1º do art. 109 da Lei nº 6.015/73, deve ser autorizada a produção de prova requerida pela autora, quanto aos fatos que embasam o seu pedido inicial. Recurso provido. REsp 401138 / MG RECURSO ESPECIAL 2001/0198365-6 Relator(a) Ministro CASTRO FILHO (1119) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 26/06/2003 Data da Publicação/Fonte **DJ** 12/08/2003 p. 219".

Em pedidos como estes, o Promotor de Justiça deverá tomar várias cautelas, uma vez que o interessado poderá solicitar mudanças que acarretem prejuízo aos apelidos de família, o que não se permite. Frise-se, por outro lado, que a substituição de patronímico por outro oriundo da mesma linhagem familiar não encontra vedação legal.

Em tais situações, o Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, com o objetivo de garantir a segurança das relações jurídicas, bem como o interesse de terceiros, deverá exercer a atividade fiscalizadora, requerendo a juntada de certidões que comprovem a idoneidade do interessado.

> “RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO PATERNO E INCLUSÃO DE PATRONÍMICO MATERNO - INOCORRÊNCIA DE MOTIVO QUE JUSTIFIQUE - AÇÃO IMPROCEDENTE. A retificação do nome, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.015/73, ocorre somente quando presentes exceções relevantes que justifiquem a alteração, não se configurando motivo hábil o mero interesse pessoal do pretendente. Número do processo: 1.0476.07.004846-9/001(1) Precisão: 10. Relator: SILAS VIEIRA Data do Julgamento: 30/08/2007 Data da Publicação: 25/10/2007”.

> “JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - REGISTRO CIVIL - NASCIMENTO - RETIFICAÇÃO DO NOME DA MÃE APÓS DIVÓRCIO - IMPOSSIBILIDADE. Os dados constantes no registro civil devem sempre exprimir a verdade real, principalmente, aquela existente no momento da lavratura do respectivo assento de nascimento, não sendo possível a retificação do nome da genitora pelo simples fato de esta passar a usar o nome de solteira por ocasião do divórcio, sob pena de afronta aos princípios da contemporaneidade e da verdade real. Número do processo: 1.0283.05.001313-7/001(1) Relator: MAURÍCIO BARROS Relator do Acórdão: MAURÍCIO BARROS Data do Julgamento: 14/11/2006 Data da Publicação: 19/12/2006”.

O órgão de execução, ao se deparar com este tipo de situação, deverá cercar-se de algumas cautelas, como, por exemplo, o requerimento de certidões da Justiça Federal (cível e criminal), da Justiça Estadual (cível e criminal), dos Juizados Especiais (cível e criminal), dos Cartórios Distribuidores de Protesto, da Auditoria Militar (federal e estadual), do Tribunal Regional Eleitoral, do Tribunal Regional do Trabalho e da Receita Federal. A análise dessas certidões serve para impedir que a alteração desejada possibilite o descumprimento de obrigações legais que o interessado porventura tenha.

Retificação pela via administrativa

A LRP estabelecia, em seu artigo 110, o procedimento para retificação de erros de grafia pela via administrativa, processado no próprio cartório do local do registro, ou seja, no cartório onde se encontrasse o assentamento, por meio de simples petição assinada pelo interessado ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas.

Assim estabelece o artigo 110 da Lei de Registros Públicos:

> “A correção de erros de grafia poderá ser processada no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas”.

A Lei nº 12.100, de 27 de novembro de 2009, deu nova redação a esse artigo, de modo que “os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção [...].”[1)] possam ser corrigidos por este procedimento. Assim, não apenas os erros de grafia, mas também os de fácil constatação e que não exijam maior dilação probatória, tornam os registros suscetíveis de correção pela via administrativa.

O procedimento será remetido ao Ministério Público, que dará manifestação conclusiva sobre o caso, dispensando-se, portanto, a manifestação judicial para o deferimento do pedido. Caso o órgão do MP entenda que o pedido exige alguma indagação para que se constate a necessidade de sua correção – não podendo ser resolvido conforme o disposto no artigo 110 da LRP –, o requerimento deverá ser processado nos moldes do artigo 109 da mesma lei, ou seja, pela via judicial.

Retificação de Registro de Nascimento

O registro de nascimento da pessoa humana, pressuposto para a efetivação dos direitos do cidadão, deverá guardar estreita consonância com os registros de sua ancestralidade quanto aos patronímicos, considerando a necessidade do encadeamento dos registros públicos para a efetivação dos princípios e direitos mencionados

nos itens **Prenome** e **Patronímico**. Portanto, havendo necessidade de correções de erros materiais ou omissões, deverá o interessado fazer prova documental, apresentando as certidões de seus pais, por exemplo, além de outras provas que comprovem o encadeamento perfeito entre os patronímicos. A solução para tais questionamentos dá-se por meio de simples confronto documental entre o registro do interessado e o dos seus ancestrais.

A Declaração de Nascido Vivo (DNV) é também prova documental importante para entrega, já que, no caso de uma eventual correção, por exemplo, na data de nascimento do interessado, é imprescindível a sua apresentação, sem prejuízo de outras provas admitidas ou não proibidas em direito.

Modificação do regime de bens

A modificação do regime de bens implica a retificação no registro de casamento conforme o estabelecido no artigo 109 da Lei nº 6.015/1973. De acordo com Dimas Messias de Carvalho:

> "O regime de bens entra em vigor com a celebração do casamento, não podendo ser modificado posteriormente apenas pela vontade de uma das partes. O Código Civil de 1916 não admitia qualquer alteração, por nenhum pretexto, salvo no caso de estrangeiro que se naturalize brasileiro e pode optar pelo regime de comunhão parcial com a anuência do cônjuge (art. 7º, §5º, LICC).
> Assim, o regime de bens era inalterável desde a data do casamento até a dissolução da sociedade conjugal.
> O Código Civil de 2002 inovou no art. 1.639, §2º, ao admitir a modificação do regime, desde que requerido por ambos os cônjuges, em pedido motivado ao Juiz de Direito, que deverá verificar se foi manifestado livremente, se os motivos são plausíveis e não prejudica terceiros, para deferir ou não a pretensão.
> A modificação, portanto, fica subordinada à autorização judicial mediante requerimento de ambos os consortes, denominando alguns autores o principio de mutabilidade justificada ao regime adotado.
> O casamento realizado antes do Código Civil de 2002 vai gerar controvérsia sobre a possibilidade de modificação do regime, posto que celebrado sob o princípio da imutabilidade (art. 230, Código de 1916). Constituído na lei anterior, deve obedecer a seus preceitos (arts. 2035 e 2039, CC); entretanto, a modificação é acolhida no judiciário, independente da data de realização do matrimônio."

O CC/02 estabelece hipótese de retificação do registro de casamento quanto à possibilidade de alteração do regime de bens dos nubentes, mediante autorização judicial no pedido motivado de ambos os cônjuges. Assim estabelece o artigo 1.639, §2º, do CC/02:

> "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

Neste caso, é também necessária a juntada de certidões, tendo em vista que a alteração do regime de bens poderá causar prejuízos a terceiros estranhos ao procedimento.

> "CASAMENTO - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - POSSIBILIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO § 2º, DO ART. 1.639, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros. Súmula: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0704.01.007839-9/001(1) Precisão: 100. Relator: BELIZÁRIO DE LACERDA Data do Julgamento: 16/08/2005 Data da Publicação: 27/09/2005".

> "DIREITO CIVIL - ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS - CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Se à época do casamento adotava-se o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não se pode pretender, em razão da ressalva expressa do art. 2.039 do Novo Código Civil, que o disposto no art. 1.639, §2º, do mesmo diploma legal, alcance as relações patrimoniais relativas aos casamentos

> celebrados em data anterior à sua vigência. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.03.182864-3/001(1) Precisão: 9 Relator: WANDER MAROTTA. Data do Julgamento: 24/08/2004 Data da Publicação: 20/10/2004".

> "DIREITO CIVIL - MODIFICAÇÃO DE REGIME DE BENS - CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - RECURSO IMPROVIDO. Número do processo: 1.0000.00.347688-4/000(1) Precisão: 77 Relator: AUDEBERT DELAGE Data do Julgamento: 20/11/2003. Data da Publicação: 3/02/2004".

Retificação para acrescer ao nome o patronímico do outro cônjuge

O artigo 1.565, §1º, do CC/02 estabelece que qualquer dos nubentes poderá acrescer ao seu o patronímico do outro. Contudo, isso deve ser requerido na celebração do casamento, sob pena de preclusão.

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO. ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO DO MARIDO AO NOME DA ESPOSA MUITO APÓS O CASAMENTO. ERRO. AUSÊNCIA. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. IMUTABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra é a inalterabilidade do registro civil (prenome e patronímico), somente excepcionada em casos que a justifiquem, não admitindo a modificação por questão de ordem pessoal ou religiosa. 2. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei nº 6.015/73. 3. Nega-se provimento ao recurso. Número do processo: 1.0335.06.004712-3/001(1) Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI Relator do Acórdão: CÉLIO CÉSAR PADUANI Data do Julgamento: 22/11/2007 Data da Publicação: 6/12/2007".

O parágrafo único do artigo 240 do Código Civil de 1916 estabelecia que: "A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido".[2)] O referido dispositivo encontra correspondência no artigo 1.565, §1°, do CC/02, já mencionado: "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro".[3)] Todavia, levando-se em conta o disposto no artigo 56 da LRP, conclui-se que o(a) contraente poderá acrescer ao seu o patronímico do cônjuge, mas não poderá suprimir os sobrenomes de sua família, já que estes não podem ser prejudicados. Os dois dispositivos devem, pois, ser analisados em conjunto.

> "APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PRELIMINAR. DESERÇÃO. REJEIÇÃO. PREPARO RECURSAL. INEXISTÊNCIA. DISPENSA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. SOBRENOME. SUPRESSÃO. REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. IMUTABILIDADE. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Não pode ser exigido o preparo prévio recursal, nem julgar-se deserto o recurso, pela parte que não teve analisado seu pedido de assistência judiciária, a fim de proporcionar, na instância revisora, o reexame dessa decisão. Tal benefício deve ser deferido, quando afirmado, pelo requerente, sua impossibilidade de solver as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou da família. 2. A regra é a inalterabilidade do registro civil (prenome e patronímico), somente excepcionada em casos que a justifiquem. Os autores pátrios trazem algumas destas hipóteses, dentre as quais, a possibilidade de homônimo ou o fato de o indivíduo ser conhecido no meio em que vive por outro nome, erro de grafia, ou exposição ao ridículo, não podendo ser alterado por questão de ordem pessoal ou religiosa. 3. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei nº 6.015/73. Não pode a lei basear-se em sentimentos. Se assim o fizer, cairá no vazio o princípio nela insculpido, pois qualquer pessoa insatisfeita com o próprio nome poderá requerer a sua modificação. 4. Rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0344.03.010187-9/001(1) Precisão: 10 Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI. Data do Julgamento: 24/11/2005 Data da Publicação: 29/11/2005".

> "HABILITAÇÃO DE CASAMENTO. IMPUGNAÇÃO PELA REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELAÇÃO. RECURSO DE QUE NÃO SE CONHECE. ART. 67, § 2º, DA LEI nº 6.015/73. Não se conhece de apelação interposta pelo representante do Ministério Público de decisão por meio da qual o juiz habilita casamento,

> por força do disposto no art. 67, § 2º, da Lei nº 6.015/73. CASAMENTO. RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO. SUBSTITUIÇÃO DO SOBRENOME DO PAI PELO DO MARIDO. IMPUGNAÇÃO PELA REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Não pode a mulher, ao se casar, substituir o patronímico de seu pai pelo do marido, uma vez que o disposto no art. 240 do Código Civil diz respeito à faculdade de acrescentar o sobrenome do marido, e não à sua substituição. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR. Número do processo: 1.0000.00.301717-5/000(1) Precisão: 10 Relator: FERNANDO BRÁULIO Data do Julgamento: 16/10/2003 Data da Publicação: 19/03/2004".

> "RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - PEDIDO PARA SUPRESSÃO DO NOME DE FAMÍLIA E SUBSTITUIÇÃO PELO PATRONÍMICO DO ESPOSO. - Em regra, o nome é composto do prenome, seguido do apelido de família, donde colidir com as diretrizes da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) a pretensão de que seja eliminado o sobrenome indicativo da filiação para substituição do nome do esposo. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. Número do processo: 1.0024.05.580271-4/001(1) Precisão: 9 Relator: SILAS VIEIRA Data do Julgamento: 1/09/2006 Data da Publicação: 1/11/2006".

> "AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO MARIDO - ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO E INCÔMODO, PELO FATO DE ASSEMELHAR-SE A UMA MARCA DE BEBIDA E POR POSSUIR NOME E SOBRENOME EXTENSOS NECESSITANDO, POR ISSO, ABREVIÁ-LOS SEMPRE - IMPOSSIBILIDADE - HIPÓTESES QUE NÃO EXPÕEM A AUTORA A UMA SITUAÇÃO VEXATÓRIA - AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0000.00.306696-6/000(1) Precisão: 5 Relator: JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES Data do Julgamento: 3/06/2003 Data da Publicação: 22/08/2003".

Retificação de registro de óbito

É cabível a retificação do assento de óbito conforme estabelecido no artigo 109 da Lei nº 6.015/1973.

Como exemplos destes casos – os quais novamente exigem do interessado a instrução do procedimento com certidões que confirmem os erros e as supressões –, podemos citar a omissão do declarante do óbito quanto à existência de filhos do falecido ou relativamente à existência de bens e direitos deixados pelo morto. Em tais situações, por vezes esdrúxulas, é de todo recomendável que o órgão de execução requeira ao juízo a designação de audiência de instrução e julgamento, porquanto a simples prova documental pode não ser suficiente para a formação da convicção do Promotor de Justiça. Tal lacuna é suscetível de resolução pela dilação probatória em audiência, que, na maioria das vezes, elimina as dúvidas existentes e propicia a entrega da prestação jurisdicional.

Retificação pra aquisição de cidadania estrangeira

Nos procedimentos de retificação de certidão (nascimento ou casamento) para obtenção de cidadania estrangeira, o Promotor de Justiça deverá verificar se a parte interessada possui legitimidade, conforme disposto no artigo 3º do Código de Processo Civil: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".[4)]

Para isso, o Promotor de Justiça deverá realizar um rígido controle da petição inicial, uma vez que o pedido poderá repercutir no assentamento de terceiros, ocorrendo, inclusive, prejuízos.

Assim, não obstante a publicação de editais, na eventualidade de realização de retificação no assentamento de terceiras pessoas estranhas ao pedido, a sua participação é imprescindível, por importar em flagrante prejuízo ao direito da personalidade.

> "JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DO NOME DOS ASCENDENTES COM VISTAS À OBTENÇÃO DE DUPLA CIDADANIA - DESCENDENTES - NECESSIDADE DE QUE SEJAM OUVIDOS TODOS OS INTERESSADOS. Para que se proceda à retificação não só nos registros civis

> dos autores, mas também de seus ascendentes, com vistas à obtenção de cidadania estrangeira, devem ser ouvidos todos os interessados, alheios ao presente procedimento. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.06.090252-5/001(1) Precisão: 15 Relator: EDILSON FERNANDES. Data do Julgamento: 17/04/2007 Data da Publicação: 4/05/2007".

> "RETIFICAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL - ALTERAÇÃO DA GRAFIA DE PATRONÍMICO FAMILIAR DE ASCENDENTES - REQUERIMENTO DE CIDADANIA ITALIANA - COMPROVAÇÃO DA ASCENDÊNCIA - LEGITIMIDADE DA REQUERENTE - MINISTÉRIO PÚBLICO - RECURSO - IMPROVIMENTO. A obtenção de cidadania estrangeira é motivo justificado para o pedido de retificação às margens de assentamento de registro, mormente se amparado por documentos que comprovam a ascendência e a alteração da grafia original de prenomes e do patronímico familiar da requerente. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0000.00.233195-7/000(1) Precisão: 10 Relator: ORLANDO CARVALHO Data do Julgamento: 14/05/2002 Data da Publicação: 17/05/2002".

> "APELAÇÃO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RETIFICAÇÃO EM REGISTRO CIVIL. FILHA. ALTERAÇÃO DO NOME DO GENITOR FALECIDO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. ILEGITIMIDADE. V.V. REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO. ASCENDENTE. DESCENDENTE. CIDADANIA ESTRANGEIRA. O descendente tem legitimidade para postular a retificação nos registros civis de seus ascendentes, com vistas à obtenção de cidadania estrangeira. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR. Número do processo: 1.0105.04.135655-8/001(1) Precisão: 35 Relator: MANUEL SARAMAGO Data do Julgamento: 6/10/2005 Data da Publicação: 4/11/2005".

Retificação para inclusão de nome de família de padrasto ou madrasta

A Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, incluindo o § 8º ao artigo 57 da LRP, possibilitou ao enteado ou à enteada adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta. Segundo a determinação desse dispositivo:

> "Art. 57.
> [...]
> § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2o e 7o deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.[5)]

Cumpre destacar que o órgão de execução, na qualidade de *custos legis*, deverá requerer as certidões mencionadas no item 4.3.3, a fim de se comprovar a idoneidade do interessado, prevenindo-se, assim, o risco de lesão a direitos de terceiros interessados.

---

1) Lei nº 12.100, de 27 de novembro de 2009
2) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1º de janeiro de 1916
3) Código Civil, de 10 de janeiro de 2002
4) Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973
5) Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009

4.2.4. Constituição de registro

Até o advento da Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008, a constituição do registro de nascimento realizada fora do prazo legal devia ser precedida de autorização do Juiz competente do local da residência do interessado. Com a entrada em vigor do referido diploma legal, o registro tardio de nascimento passou a ser feito diretamente no Serviço do Registro Civil das Pessoas Naturais da residência do interessado, não havendo mais que se falar em autorização judicial nem em manifestação do órgão de execução [1)].

[1)] Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008

4.2.5. Registro de óbito tardio

Ocorrendo a necessidade de constituição do registro de óbito tardio, deverá o interessado requerê-lo no local de falecimento do extinto, conforme estabelecido na Lei nº 6.015/1973[1)], juntamente com as certidões negativas do suposto local de falecimento e de sepultamento, sem prejuízo de outras certidões.

[1)] Assim estabelece o artigo 77 da Lei de Registros Públicos: “Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte”.

4.2.6. Reconhecimento de paternidade (Lei nº 8.560/92)

De acordo com o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (Lei da Investigação de Paternidade), “é ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho”[1)], uma vez que são garantidos aos filhos “os mesmos direitos e qualificações”[2)], conforme estabelece o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal (CF)[3)] combinado com o artigo 16 do novo Código Civil[4)].

---

1) Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

2) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

3) Assim estabelece o § 6º do artigo 227 da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

4) Código Civil, de 10 de janeiro de 2002

4.3. Retificação de registro de imóveis

O artigo 212 da Lei de Registros Públicos faculta ao interessado a retificação de área por via judicial ou extrajudicial. Assim estabelece o artigo 212 da Lei de Registros Públicos:

> "Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial. Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada".

Procedimento Judicial

Procedimento para retificação de área

No procedimento judicial para retificação de área, exige-se o cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que deu nova redação a alguns dispositivos da Lei nº 6.015/1973.

Lei nº 10.931/2004

Nos casos de retificação do registro imobiliário, além do cumprimento das exigências genéricas – descrição do imóvel, indicação de divisas, citação dos confrontantes, apresentação do registro, entre outras –, a Lei nº 10.931/2004.

Assim estabelece o artigo 49 da Lei nº 10.931/2004:

> "A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:
>
> I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:
>
> a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação;
>
> c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial;
>
> d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais;
>
> e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro;
>
> f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação;
>
> g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas.
>
> II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional

legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), bem assim pelos confrontantes.

§1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o caput do art. 225, o oficial averbará a retificação.

§2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la.

§3º A notificação será dirigida ao endereço do confrontante constante do Registro de Imóveis, podendo ser dirigida ao próprio imóvel contíguo ou àquele fornecido pelo requerente; não sendo encontrado o confrontante ou estando em lugar incerto e não sabido, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, promovendo-se a notificação do confrontante mediante edital, com o mesmo prazo fixado no § 2º, publicado por duas vezes em jornal local de grande circulação.

§4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

§5º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação.

§6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias.

§7º Pelo mesmo procedimento previsto neste art. poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes.

§8º As áreas públicas poderão ser demarcadas ou ter seus registros retificados pelo mesmo procedimento previsto neste artigo, desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados.

§9º Independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística.

§10 Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes.

§11 Independe de retificação:

I - a regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, nos termos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos;

II - a adequação da descrição de imóvel rural às exigências dos arts. 176, §3º e §4º, e 225, §3º, desta Lei.

> §12. Poderá o oficial realizar diligências no imóvel para a constatação de sua situação em face dos confrontantes e localização na quadra.
>
> §13 Não havendo dúvida quanto à identificação do imóvel, o título anterior à retificação poderá ser levado a registro desde que requerido pelo adquirente, promovendo-se o registro em conformidade com a nova descrição.
>
> §14 Verificado a qualquer tempo não serem verdadeiros os fatos constantes do memorial descritivo, responderão os requerentes e o profissional que o elaborou pelos prejuízos causados, independentemente das sanções disciplinares e penais.
>
> §15 Não são devidos custas ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública".

Obeservamos que o artigo estabelece, então, novos requisitos legais para a efetivação do pedido[1)].

Na ausência dessas condições legais, o Promotor de Justiça deverá requerer as seguintes diligências:

- notificação dos confrontantes;
- intimação do oficial do serviço de registro imobiliário onde se encontra matriculado o imóvel;
- citação da municipalidade;
- apresentação de planta, memorial descritivo e documento da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) referente ao profissional que os formulou, com autenticação bancária;
- juntada do título aquisitivo (judicial ou extrajudicial) e de certidão do registro geral de imóveis;
- além de outras que auxiliem no parecer final de mérito.

A notificação dos confrontantes, primeira diligência anteriormente referida, poderá ser realizada por via postal. Contudo, deve-se atentar para que os avisos de recebimento juntados aos autos estejam firmados pelos destinatários das citações. Caso isso não aconteça, a hipótese é de requerimento de realização das citações por meio de mandado, já que tal modalidade é de citação real, jamais presumida.

Deslocamento da competência do juízo de Registros Públicos

Caso haja apresentação de impugnação fundamentada, haverá o deslocamento da competência para as vias ordinárias.

Assim estabelece o artigo 213 da Lei nº 6.015/1973:

> "O oficial retificará o registro ou a averbação:
> [...]
> § 6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias".

Procedimento para cancelamento de ônus

Neste procedimento, o interessado deverá fazer prova com as seguintes certidões: certidões de ônus de todos

os serviços de registros imobiliários do local da matrícula do imóvel, do Cartório Distribuidor de Protestos, citação pessoal do credor ou herdeiro, sem prejuízo de outras certidões para a formação da opinião do Promotor de Justiça, como, por exemplo, certidão do distribuidor cível em nome do devedor.

No que se refere à atividade fiscalizadora deste procedimento, a realização de citações editalícias, quando não houver outro meio, é imprescindível, devido à possibilidade de lesão a terceiros prejudicados, afastando-se, assim, uma eventual alegação de nulidade do procedimento.

Assim estabelecem os seguintes artigos do Código de Processo Civil:

> "Art. 231. Far-se-á a citação por edital:
>
> I - quando desconhecido ou incerto o réu;
>
> II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;
>
> III - nos casos expressos em lei.
>
> §1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. § 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.
> Art. 232. São requisitos da citação por edital:
>
> I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos nsº I e II do art. antecedente;
>
> II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;
>
> III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;
>
> IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;
>
> V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.
>
> § 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o nº II deste art.
>
> § 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.
>
> Art. 233. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo. Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando".

Procedimento para cancelamento de cláusulas restritivas do Direito de Propriedade

Se a pretensão do interessado versar sobre cancelamento de gravames que restrinjam a propriedade – como, por exemplo, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade –, não é competente o juízo de registros públicos, *ratione materiae* para a análise e o oferecimento da prestação jurisdicional, já que o registro encontra-se formal e materialmente perfeito, não havendo nele nenhuma incorreção ou omissão passível de análise por parte do juízo registral.

Nesse sentido, trazemos à baila os seguintes arestos:

> “Dada a especialidade das Varas de Registros Públicos, as demandas a serem por ela conhecidas devem versar a respeito de conflitos de interesses decorrentes do próprio ato registrário e não de causa determinadora do registro. Isto é, compete a esse juízo especializado dirimir os conflitos, quer na esfera administrativa e então exercendo o Magistrado a função de corregedor permanente das serventias extrajudiciais, quer na jurisdicional, em processos de jurisdição contenciosa ou voluntária, quando o ponto controvertido residir na regularidade formal do ato notarial atacado. Outrossim, quando a alteração ou cancelamento do registro surge como decorrência lógica da invalidação ou desconstituição do título que o determinou, o conhecimento da respectiva ação foge da esfera de competência da vara especializada e é determinada pelas regras normais fixadores de competência jurisdicional. Pensar-se de modo diverso significaria admitir ser competente a Vara de Registros Públicos para o conhecimento, por exemplo, de todas as ações que visassem a invalidação do negócio jurídico que implicasse a transmissão de bem imóvel, posto que, para a efetiva transferência de propriedade de bem imóvel, necessário o registro do título no cartório de registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente. Isto, por óbvio, desvirtuaria a intenção do legislador em proporcionar uma melhor distribuição da Justiça.[2)]

> Se ataca única e exclusivamente o registro, em seus requisitos formais ou substanciais, a competência é do Juízo da Vara de Registros Públicos (art.73, § 1º, II, da ResP. nº 61/75, com a redação dada pela LC nº 7.655/79).

> Somente é competente a Vara de Registros Públicos para conhecer as demandas que versem sobre conflitos de interesses decorrentes do próprio ato registrário.[3)]

> PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS – IMÓVEL RECEBIDO POR TESTAMENTO – INCOMPETÊNCIA DO TJMG. Não se tratando de ação relativa à sucessão ou ao registro público em si, ou seja, não havendo discussão sobre a validade jurídica ou formal e nem sobre alguma espécie de irregularidade ou vício do ato registrado, a competência para apreciar e julgar o recurso interposto contra a decisão proferida em pedido de revogação de cláusulas restritivas gravadas em imóvel recebido por sucessão testamentária, com base na vontade das partes é do eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Declinar da competência.[4)]

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE CLÁUSULAS DE IMPENHORABILIDADE, INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE GRAVAME SOBRE IMÓVEL DOADO. CAUSA QUE NÃO TRATA DIRETAMENTE DE REGISTRO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO ART. 106, II, “D”, DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS PARA CONHECER E JULGAR O RECURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 108, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL[5)6)]

> REGISTRO DE IMÓVEIS. CANCELAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA COM DECLARAÇÃO DE FALSIDADE DO TÍTULO QUE O DETERMINOU. INADMISSIBILIDADE. O cancelamento que pode ser determinado em processo administrativo é o de registro nulo de pleno direito, não o que decorre de nulidade ou falsidade do título que o originou, mormente quando tal já produzia todos os efeitos, ensejando novos registros material e formalmente perfeitos que não são atingidos pelo cancelament[7)]

---

1) Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.
2) Ver: TJSP – Ccomp. 34.201-0/1 – Câm. Especial – RT 741/246-7, voto do Des. Dirceu de Mello.
3) Ver: TJSP – Ccomp. 34.201-0/1 – Câm. Especial – RT 741/246-7.
4) Ver: TJMG, Processo nº 1.0105.02.068467-3/001, 28/11/2003. Rel. Des. Eduardo Andrade.
5) Ver: TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.00.305167-9/000 – Comarca de Uberlândia. Rel. Des. Brandão Teixeira.
6) No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0305166-9, 1ª Câmara Cível do TAMG, Juiz de Fora, Rel. Des. Vanessa Verdolim Andrade. j. 06.06.2000, unânime; Ap. Cível nº 1.0000.00.316511-5/000 - Comarca de Belo Horizonte. 19/09/2003. Rel. Des. Brandão Teixeira.
7) Ver: Ac. unân. da 1a T. do STF, RE 90.530-RJ, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 94:345.

4.4. Procedimento de dúvida

No exercício de suas atribuições, o oficial registrador deve sempre perquirir, como vero fiscal que é, as regularidades intrínsecas e extrínsecas do título, indagando sobre a sua legalidade, ainda que tenha originado do Poder Judiciário, o que, por si só, não lhe confere livre ingresso ao fólio real sem análise e cumprimento dos requisitos legais. Havendo pendência ou existência de alguma determinação pelo oficial, sua indicação por escrito é obrigatória.

Caso o apresentante do título não se conforme com a exigência formulada ou na impossibilidade de seu cumprimento, poderá requerer a suscitação da dúvida, cujo procedimento é de natureza administrativa e deverá ser feito por ele próprio ao oficial, a quem é vedada a suscitação de dúvida *ex officio*.

Assim estabelece o art. 198 da Lei de Registros Públicos:

> "Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte:
>
> I - no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;
>
> II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;
>
> III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;
>
> IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título".

Dúvida não impugnada

O prazo para impugnação é de quinze dias contados a partir da notificação feita pelo oficial. Se a parte permanecer inerte, os autos irão imediatamente ao Juiz, para que este decida, independentemente de manifestação do Ministério Público[1)], que é exigida apenas na hipótese de impugnação, conforme determina a LRP.

Dúvida impugnada

Por ser o oficial vero fiscal do título – portanto, aquele que inquire acerca dos requisitos legais –, o Promotor de Justiça deverá analisar caso a caso, orientado pelos princípios do direito emanados da Lei nº 6.015/1973[2)].

Dúvida inversa

A dúvida inversa – aquela deflagrada pelo próprio apresentante do título – não é mais prevista no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não atende ao que estabelece o artigo 198 da LRP. Todavia, há entendimento no sentido de admiti-la por recusa do registrador em suscitá-la, apesar de requerida. Não havendo recusa e sendo ajuizada dúvida inversa, a pretensão afigura-se como juridicamente impossível.

Dúvida "ex officio"

Mutatis mutandis, a dúvida de ofício assemelha-se à dúvida inversa, entretanto, no caso em questão, o oficial deflagra a dúvida não obstante a ausência do requerimento do apresentante do título.

[1)] Assim estabelece o art. 199 da Lei de Registros Públicos: “Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo referido no item III do artigo anterior, será ela, ainda assim, julgada por sentença.”.

[2)] Princípios enumerados por Carvalho (CARVALHO, Afranio de. **Registro de imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1998): princípio de inscrição, princípio de presunção e de fé pública, princípio de prioridade, princípio de especialidade, princípio de legalidade, princípio de continuidade e princípio de instância.

4.5. Hipótese de não retificação de escrita pública através de provocação do juízo registral

Não se retifica escritura pública senão por outra escritura pública, visto que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, procedimento ou ação judicial que importe neste tipo de requerimento.

A Lei nº 6.015/1973 não se aplica aos notários, uma vez que eles não desempenham atividades de natureza registral.

A solução para o caso surge, portanto, com o processo de rerratificação, realizado entre as mesmas partes ou entre os seus herdeiros e sucessores.

4.6. Procedimento de habilitação para o casamento

O novo Código Civil estabelece, em seu artigo 1.525, os documentos necessários à habilitação para o casamento:

> "Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:
> I - certidão de nascimento ou documento equivalente;
> II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;
> III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;
> IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;
> V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio. [1)]"

O casamento pode ser celebrado "mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais"[2)3)], respeitada a validade do mandato[4)].

No nosso modesto entendimento, as certidões de nascimento ou casamento dos nubentes não precisam estar atualizadas, o que representa gasto desnecessário aos interessados. A declaração dos contraentes firmada pelos nubentes apresenta o condão de responsabilizá-los legalmente por qualquer dado inverídico nela aposto.

Tranladação

Sendo ato superveniente ao registro, a trasladação deverá guardar estreita consonância com o documento que ensejou a sua realização.

Assim estabelece o art. 32 da Lei dos Registros Públicos:

> "Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.
>
> §1º Os assentos de que trata este art. serão, porém, transladados nos cartórios de 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no País, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores.
>
> §2° O filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, e cujos pais não estejam ali a serviço do Brasil, desde que registrado em consulado brasileiro ou não registrado, venha a residir no território nacional antes de atingir a maioridade, poderá requerer, no juízo de seu domicílio, se registre, no livro 'E' do 1º Ofício do Registro Civil, o termo de nascimento.
>
> §3º Do termo e das respectivas certidões do nascimento registrado na forma do parágrafo antecedente constará que só valerão como prova de nacionalidade brasileira, até quatro (4) anos depois de atingida a maioridade.
>
> §4º Dentro do prazo de quatro anos, depois de atingida a maioridade pelo interessado referido no § 2º deverá ele manifestar a sua opção pela nacionalidade brasileira perante o juízo federal. Deferido o pedido, proceder-se-á ao registro no livro 'E' do Cartório do 1º Ofício do domicílio do optante.
>
> §5º Não se verificando a hipótese prevista no parágrafo anterior, o oficial cancelará, de ofício, o registro

> provisório efetuado na forma do §2º".

Na eventualidade de os registros serem realizados sob a égide de legislação alienígena, não é permitido aos interessados requerer, por ocasião da transcrição, a alteração de quaisquer dados – como, por exemplo, a supressão ou a inserção de patronímicos, tendo em vista o princípio do *locus regit actum*, pelo qual se respeita a parametrização legal existente no país estrangeiro.

Quanto à retificação da transcrição, cabe ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 16 de julho de 2012, editou a Resolução n° 155, que dispõe sobre traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior. Nela há a expressa possibilidade de se retificar tão somente a transcrição, quando nela houver erro que não exija maior indagação para sua constatação imediata, ocasião em que a retificação será processada nos moldes do artigo 110 da Lei nº 6.015/1973.[5)]

Walter Ceneviva enumera os seguintes elementos probantes indispensáveis à trasladação de casamento estrangeiro indicados pelo curador José Carlos de Camargo Ferraz:

> "a) certidão estrangeira do casamento, no original, legalizada pelo cônsul brasileiro no país de origem. A firma do cônsul deve ser reconhecida no Brasil, seja na Delegacia do Ministério da Fazenda, seja no serviço notarial;
>
> b) tradução oficial da certidão estrangeira (tradutor juramentado);
>
> c) certidão de nascimento de inteiro teor, atualizada (três meses), do cônjuge brasileiro, para que se verifiquem possíveis averbações anteriores ao casamento no estrangeiro;
>
> d) cédula de identidade de estrangeiro do cônjuge alienígena e seu passaporte, quando daquela não conste seu estado civil;
>
> e) prova de residência dos requerentes (conta de água, luz, telefone).
>
> *Certidão de Nascimento – Nascimento no estrangeiro – Transcrição do assento* – 'A transcrição do assento de nascimento ocorrido no estrangeiro é feito uma vez só, no Cartório do 1º Ofício do domicílio do interessado ou do Distrito Federal, e não tantas vezes quantas pretende ele por ter mudado de país' (Ac. na Rev. Forense, XCIX/276)(ROCHA, Osiris. **Curso de direito internacional privado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 209.)
>
> *Certidão estrangeira – Efeitos no Brasil – Transcrição* – 'Quando o interessado quiser que o feito no estrangeiro produza no país certos efeitos deve requerer a transcrição da certidão. Se o assento é tomado nos termos da lei do lugar a certidão desse assento é que legalizada servira para a transcrição' (Ac. na Rev. Forense, LXXXVII/703) (ROCHA, 1975, p. 209.)"[6)].

Nubente estrangeiro

Na hipótese de um dos contraentes ser estrangeiro, será necessário que sua certidão seja traduzida por tradutor público juramentado, aplicando-se a regra do artigo 148 da Lei de Registros Públicos[7)] combinado com o artigo 157 do Código de Processo Civil[8)]. Ademais, o curador deverá requerer a apresentação de "[...] passaporte traduzido ou acompanhado de atestado passado pela autoridade consular de seu país de origem", como ensina Walter Ceneviva[9)].

Enumeramos, ainda, a apresentação de declaração expedida pelo Departamento de Polícia Federal, que informará acerca da legalidade do estrangeiro em território nacional, a fim de fiscalizar sua regularidade no país, sendo de competência da Justiça Federal conhecer e julgar eventuais irregularidades.

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PARTICULAR. ESTRANGEIRO.

> PERMANÊNCIA IRREGULAR NO TERRITÓRIO NACIONAL. 1. A competência da Justiça Federal justifica-se quando a falsidade constitui meio empregado para a permanência de estrangeiro em território brasileiro (art. 109, X, CF/88). 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara de São Bernardo do Campo, o suscitado. CC 25155 / SP CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1999/0009506-5 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/10/1999 Data da Publicação/Fonte DJ 16/11/1999 p. 178 LEXSTJ vol. 128 p. 272."

Procuração no estrangeiro

Como analisado anteriormente, são permitidas a habilitação e a celebração do casamento por procuração.

Por motivos diversos, o nubente estrangeiro, ocasionalmente, não se encontra no país. Na maioria das vezes, a ausência se explica por algum impedimento à sua permanência em território nacional – como, por exemplo, quando seu visto expira. A procuração realizada no estrangeiro, por razões óbvias, cria a presunção de que aquele nubente não mais está no país, devendo ser aceita pelo curador de registros.

Procuração em território nacional

Problema que por vezes surge refere-se a estrangeiro em situação irregular no país. Não raras são as situações em que ele outorga procuração em território nacional e alega estar fora do país. Ora, se o mandato foi outorgado em nosso país, conclui-se que o estrangeiro aqui se encontra, tratando-se, em verdade, de mera tentativa de burlar a lei em razão dos já mencionados impedimentos à sua permanência em território nacional. Nesses casos, o Curador de Registros Públicos deverá tomar especial atenção e, tendo dúvidas, requerer a juntada de Declaração do Departamento de Polícia Federal, inquirindo sobre a entrada e a saída do estrangeiro no país, bem como sobre a legalidade de sua permanência caso ele esteja no Brasil.

A desnecessidade de exigência de publicação do edital de proclamas no respectivo consulado do nubente estrangeiro

Torna-se absolutamente desnecessária a publicação de edital de proclamas no consulado do nubente estrangeiro. Isso se justifica pelo princípio da nacionalidade, consubstanciado no fato de que um Estado exerce jurisdição sobre os seus nacionais.

Na essência, como corolário lógico da exclusividade da competência territorial, não é dado a um Estado o poder de exercer sua jurisdição dentro do território de outro Estado. Levando-se em consideração que o Consulado é território estrangeiro, impossível a exigência do cumprimento da lei brasileira para a publicação de edital de proclamas em sua jurisdição.

Do casamento homoafetivo

A despeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF[10] que reconheceu o instituto da união estável aos casais homoafetivos, decorrendo daí todos os direitos nele compreendidos –, verifica-se que não houve, nessa decisão, reconhecimento expresso quanto à possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Assim, cabe a cada Promotor de Justiça atuante junto às habilitações de casamento a análise da possibilidade ou não do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Ressalte-se que o Conselho Nacional de Justiça, pelo Provimento 06/2013, ordenou o recebimento das habilitações de casamento homoafetivo por parte dos Oficiais de Registro Civil de Pessoas Naturais. Contudo, a manifestação a respeito de sua real habilitação ou não cabe ao Ministério Público; havendo impugnação, a

habilitação será submetida ao Juiz, tudo em conformidade com a nova redação do art. 1.526 do CC/02.

---

[1] , [3] Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

[2] Código Civil de 2002, artigo 1.542, § 4º: "Só por instrumento público se poderá revogar o mandato."

[4] Código Civil de 2002, artigo 1.542, § 3º: "A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias."

[5] Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

[6] CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008.

[7] Assim estabelece o art. 148 da Lei de Registros Públicos: "Os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira."

[8] Código de Processo Civil, art. 157: "Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado".

[9] CENEVIVA, 2008, p. 152.

[10] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de 5 de maio de 2011.

4.7. Averbações

Atos realizados sob a égide da Lei estrangeira

Os casamentos, nascimentos e óbitos celebrados no estrangeiro devem guardar estreita obediência à legislação correspondente, nos termos do artigo 32, caput, da LRP:

> "Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos [...]"[1].

Portanto, em regra, eventuais retificações não ocorrerão na Vara de Registros Públicos, uma vez que a lei do local do fato o regulará e não a brasileira, por aplicação do princípio *locus regit actum*.

> "RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - REGISTRO LANÇADO NO EXTERIOR - SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO *LOCUS REGIT ACTUM* - INCOMPETÊNCIA DA VARA DE REGISTROS PÚBLICOS. Sendo o Registro Civil de Nascimento do Autor lançado no exterior, a ele se aplica o princípio *locus regit actum*, disposto no art. 13, da LICC, segundo o qual a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigora, não tendo o Código Civil em vigor afastado o preceito, bem como o art. 32, da Lei nº 6.015/73. SÚMULA: DERAM PROVIMENTO. Número do processo: 1.0024.06.244321-3/001(1) Relator: JARBAS LADEIRA Relator do Acórdão: JARBAS LADEIRA Data do Julgamento: 4/12/2007 Data da Publicação: 18/12/2007".

Assim, ocorrendo o registro do título alienígena, a lei do lugar dos assentos regulará os elementos formais, não cabendo ao oficial registrador perquiri-los interessando ao oficial. Segundo Walter Ceneviva, são estes os documentos necessários para a realização de ato sob a égide de lei estrangeira:

> "I – assento estrangeiro autêntico, no sentido de verdadeiro e assim documentalmente expresso;
> II – assento conforme a lei do lugar, pois, na espécie, prepondera o preceito *locus regit actum*;
> III – certidão correspondente ao assento legalizada no Brasil, o que compreende:
> a) firma do serventuário estrangeiro reconhecida no consulado brasileiro do lugar do registro;
> b) firma do cônsul reconhecida no Ministério das Relações Exteriores do Brasil ou na repartição fiscal federal do Estado;
> c) documento estrangeiro, traduzido em vernáculo por tradutor juramentado;
> d) transcrição do documento e da tradução no registro de títulos e documentos (art. 129, § 6º)"[2].

Enfatizamos a possibilidade de correção de erros de fácil verificação constantes nas transcrições, para os quais a retificação pode ser feita nos moldes do art. 110 da Lei dos Registros Públicos, em atendimento ao que preceitua o art. 5° da Resolução n° 155 do CNJ.

Atos realizados no consulado

Na hipótese de realização de registro no estrangeiro por cônsul do Brasil, este se submete à legislação brasileira, conforme preleciona Walter Ceneviva:

> "O cônsul brasileiro tem funções de notário e de oficial do registro civil com a mesma fé pública que a estes se atribui, quando no exercício da função (Convenção de Viena, em vigor no Brasil desde o Decreto nº 61.078/1967)".

> "CERTIDÃO DE NASCIMENTO – LEGALIZAÇÃO PELO CÔNSUL BRASILEIRO – 'Certidão de registro de nascimento passada em país estrangeiro, para que produza fé, em Juízo, precisa ser competentemente legalizada pelo Cônsul brasileiro'. (Ac. na Rev. Forense, XXXIX/276)"(ROCHA, Osíris. **Curso de direito**

> **internacional privado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 209.).

[1)] Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973.
[2)] CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84.

4.8. Ações de usucapião

Através da Resolução n° 705/TJMG, publicada no Diário Oficial no dia 02 de outubro de 2012[1)], o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais determinou a alteração de competência das varas da comarca de Belo Horizonte, estabelecendo o seguinte:

> "Art. 1º - As ações de usucapião da Comarca de Belo Horizonte passarão a ser distribuídas à Vara de Registros Públicos dessa Comarca.
> Art. 2º - As ações de usucapião, já distribuídas na Comarca de Belo Horizonte até a entrada em vigor desta Resolução, nas quais já tenha sido iniciada a instrução, continuarão a tramitar perante dos juízos em que se encontram.
>
> Parágrafo único - Serão redistribuídas à Vara de Registros Públicos:
>
> I - as ações de usucapião que, na data de vigência desta Resolução, se encontrarem em curso na Comarca de Belo Horizonte e que não tiverem iniciado sua instrução;
> II - os processos desarquivados e reativados, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto no art. 132 do Código de Processo Civil.
>
> Art. 3º Esta Resolução entra em vigor cinco dias úteis após a data de sua publicação".

Desta forma, à Promotoria de Registros Públicos da capital cabem a análise e a manifestação junto aos procedimentos de usucapião que tramitam na comarca de Belo Horizonte.A princípio, a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião visa à preservação da segurança dos registros públicos. Se o imóvel usucapiendo está devidamente registrado, remanesce exclusivamente o interesse patrimonial das partes, o que justifica a participação do MP nessas ações.

Adotando-se as Cartas de Ipojuca[2)] e de Araxá[3)] e, principalmente, a Recomendação n° 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a intervenção ministerial será devida somente nas ações em que o imóvel usucapiendo não seja registrado, nas hipóteses de usucapião especial coletivo – conforme a Lei nº 10.257/2001 – e quando houver interesse público ou de incapazes.

Apesar da pouca complexidade da ação, não raramente se inviabiliza o registro da sentença declaratória, por irregularidades na formação da relação processual. Assim, cumpre ao Promotor de Justiça velar para que todos os réus e interessados sejam citados.

[1)] Resolução nº 705/2012.

[2)] Deliberação decorrente da reunião do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União ocorrida em 2003, na cidade pernambucana de Ipojuca.

[3)] Relatório final decorrente do Simpósio MP-Cível em debate: otimização da intervenção do Ministério Público de Minas Gerais no processo civil, realizado na cidade mineira de Araxá, em 2007.

5. Atuação no juízo da Fazenda Pública e execuções fiscais

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Nadja Kelly Pereira de Souza Miller*[1)]

A atribuição do Órgão do Ministério Público perante os Juízos da Fazenda Pública e Execuções Fiscais é essencialmente *custos legis*, nos casos previstos em lei e, como tal, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de forma a assegurar o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, tanto os subjetivos materiais quanto os formais.

Nas ações de rito ordinário verifica-se a intervenção Ministerial, normalmente, nas seguintes hipóteses:

- a) na proteção dos interesses inerentes aos incapazes;
- b) envolvam interesse público primário da Administração (art. 81 do CPC);
- c) mediante previsão legal, recepcionada pelo atual perfil constitucional do Ministério Público.

No entanto, a atuação desta Promotoria é mais exigida nos remédios constitucionais: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habbeas Data* – estes últimos raramente manejados.

Nesses contornos, apresentamos alguns apontamentos de natureza prática, em ações mais presentes no dia a dia do Promotor de Justiça no exercício de tal atribuição.

- 5.1. Mandado de segurança
- 5.2. Jurisprudência
- 5.3. Ementário de legislação pertinente
- 5.4. Modelos de peças jurídicas
- 5.5. Sugestões de Leitura para Aprofundamento no Assunto

1) Na primeira edição desta obra, os autores da presente área foram os Procuradores de Justiça Marco Paulo Cardoso Starling, Nadja Kelly Pereira de Souza Miller e Elvézio Antunes de Carvalho Júnior e Promotores de Justiça Franklin Higino Caldeira Filho e Iraídes de Oliveira Marques.

5.1. Mandado de segurança

[1]

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretório, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

> "A nova legislação de regência, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, consolidou as normas referentes ao mandado de segurança, contidas em leis esparsas, bem como ratificou, em parte, o pensamento jurisprudencial vigente.
> Logo no seu artigo 1º acrescentou que os direitos amparados por habeas data não poderão ser objeto do mandado de segurança e dispôs expressamente '[...] que tanto pessoa física como jurídica são legitimados ativos', em substituição à expressão 'alguém' contida no art. 1º da Lei n.1533/51.
> Ainda no que tange à legitimação ativa, quanto ao titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, estabeleceu prazo (30 dias) para a impetração do mandado de segurança a favor do direito originário, quando notificado judicialmente, substituindo a expressão subjetiva 'em prazo razoável' – art. 3º da Lei nº 12.016/09 (LMS). No parágrafo único estabeleceu que o exercício do direito do terceiro submete-se ao prazo decadencial fixado no artigo 23, que possui a mesma redação do antigo artigo 18, ou seja, de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Com fundamento no princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, bem como no artigo 5º, inciso LXX , da Carta Federal, a jurisprudência vigente até a edição da nova LMS permitia que pessoas jurídicas defendessem o interesse de seus membros ou associados, fortalecendo, desse modo, as organizações classistas, independentemente de autorização expressa dos membros da associação ou do sindicato (Súmula nº 629 do STF), por cuidar-se de substituição processual, podendo o remédio heroico defender interesse apenas de uma parte da respectiva categoria (verberte 630-STF).

A Lei no 12.016/2009 esposou esse pensamento jurisprudencial nos arts. 21 e 22, inclusive fixando os limites da coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Repetindo dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (art. 104), estabeleceu que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, excluindo dos efeitos benéficos da coisa julgada o impetrante a título individual que não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Por fim, ainda quanto ao mandado de segurança coletivo, a liminar somente poderá ser concedida após a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, devendo este se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Ao receber o feito, deve o Promotor oficiante zelar pela regular formação da relação processual, verificando a legitimidade ativa e passiva para o *mandamus*, bem como pugnando pela citação de eventual litisconsorte necessário.

A autoridade apontada como coatora deverá estar apta a desfazer a ilegalidade, caso reconhecida judicialmente, pena de se proferir comando judicial inexequível. No dizer de Hely:

> "incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário"[2].

Não obstante, recomenda-se que a legitimidade passiva no mandado de segurança deve prescindir de rigor extremado, uma vez que nem sempre a complexa estrutura estatal propicia condições para identificar a autoridade coatora, pena de inviabilizar o direito ao livre acesso à Justiça.

Demais disso, a jurisprudência superior tem peremptoriamente advertido que se a autoridade impetrada limita-se a suscitar sua ilegitimidade passiva, apenas para provocar um desarrazoado imbróglio de competência, passando, logo em seguida, a tecer considerações meritórias, não faz desaparecer, como que por encanto, a sua característica de autoridade coatora, mormente quando contesta o mérito da impetração e não se verifica qualquer dificuldade no cumprimento da ordem liminar, situação que denota a capacidade da autoridade informante para desfazer o ato impugnado, especialmente cuidando-se de autoridade superior, sede onde se aplica a conhecida 'teoria da encampação'.

Vale anotar que não cabe ao Juiz alterar de ofício o polo passivo da relação processual, adentrando na vontade da parte, ainda que objetivando corrigir errônea indicação da autoridade dita coatora. Verificada a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, impõe-se a extinção do feito sem exame do mérito.

Vale verificar:

> "(STJ –139045) PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CORREÇÃO *EX OFFICIO* PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE.
> 1 - Constatada a ilegitimidade passiva ad causam da única autoridade indicada como coatora, a extinção do mandado de segurança, sem julgamento de mérito, se impõe, não podendo o juiz, de ofício, corrigir o pólo passivo da demanda, redirecionando-a para o juízo competente.
> 2 - Recurso especial conhecido e provido. Extinção do *mandamus* decretada.
> 3 - Prejudicadas as demais alegações.
> Decisão:
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.
> (Recurso Especial nº 242377/PE (1999/0115160-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 06.08.2002, DJ 26.08.2002, p. 318).
> Referência Legislativa: Leg. Fed. Lei n. 5.869/73 - CPC-73 Código de Processo Civil, art. 267 Inc. VI". (grifo nosso)

Ainda quanto à legitimação passiva, a Lei no 12.016/09 equiparou às autoridades (aptas a responder pelo *mandamus*) os órgãos de partidos políticos, substituindo, lado outro, a qualificação "representantes" de pessoas jurídicas por "dirigentes". Por fim, dispôs que

> "não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, situação também já reconhecida pelos Pretórios".

Antes de qualquer apreciação meritória, deve o Ministério Público verificar o Juízo competente para o *writ*, lembrando que a competência no caso se regula pela sede funcional da autoridade impetrada, bem como pela sua categoria, sendo, a propósito, pertinente o disposto no artigo 2º da nova LMS, que manteve maior parte da redação anterior, substituindo a expressão "ou pelas entidades autárquicas federais" pela expressão "ou entidade por ela controlada". Portanto, irrelevante, para tal fito, a natureza do ato impugnado. Cuidando-se de competência absoluta, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC, deve ser declarada de ofício, anulando-se os atos decisórios e remetendo-se os autos ao juízo competente. Os casos de competência originária para o *mandamus* encontram-se previstos no artigo 106, I, c, da CE.

Tratando-se de impetração contra ato omissivo de autoridade em que haja prazo fixado para sua prática, o *dies* a quo do prazo decadencial para a impetração é o *dies ad quem* para realização do mesmo. Nesse sentido tem decidido a Corte Superior:

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO, CONCURSO PÚBLICO. LEI ESTADUAL 7.109/77 DE MINAS GERAIS. ATO OMISSIVO. PRAZO ESTABELECIDO EM LEI.

> DECADÊNCIA RECONHECIDA.
> 1. Quando a lei fixar prazo para a autoridade praticar o ato e a realização deste não depender de pedido do interessado, devendo ser praticado *ex officio*, o prazo para o requerimento do mandado de segurança começará a correr no dia em que terminar aquele prazo fixado na lei, pois aí começará o ato lesivo (Resp. nº 34.875/SP, Relator o Ministro Pedro Acioli).
> 2. Precedente.
> 3. 'Recurso improvido' (ROMS 14.672/MG, Rel. Min. Paulo Galloti, 6ª Turma, **DJ** 03/12/2002)".

Importante ressaltar que, dadas as repercussões cíveis e até criminais que podem ocorrer após o deslinde do feito, a notificação da autoridade dita coatora deve ser pessoal, não se admitindo, como não raro acontece, a simples entrega do mandado judicial na repartição pública com recebimento pelo servidor presente no momento da diligência. No dizer de Hely: "deferindo a inicial, o Juiz ordenará a notificação pessoal do impetrado [...]". Mais adiante reforça o Mestre:

> as intimações aos advogados das partes serão feitas por publicação no órgão oficial, na forma comum, mas a notificação do julgado, para ser cumprido pelo impetrado, deve ser feita direta e pessoalmente ao coator.[3)]

Após as informações, em alguns casos, verifica-se a necessidade de formação de litisconsórcio necessário (antigo art. 19, da Lei no 1533/51, e atual art. 24, da Lei no 12.016/09), não pedido na inicial, porquanto eventual comando judicial favorável ao impetrante teria repercussão no patrimônio jurídico de terceiro, até aquele momento não integrante do processo. Nessa situação, deve o Promotor de Justiça oficiante requerer ao Juízo a regularização do feito, devendo o autor promover a citação do litisconsorte necessário, sendo certo que, nos termos da Súmula no 631 do STF, *extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.*

Como é de curial sabença, a prova no mandado de segurança é pré-constituída, não se permitindo dilação probatória em sua via estreita, o que decorre da própria finalidade do remédio heroico, qual seja, proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*. O conceito de direito líquido e certo é fundamentalmente processual e diz respeito aos fatos que devem ser provados de forma incontestável.

Isto não significa que pode o Juiz, com fundamento no artigo 10 da Lei nº 12.016/09, antigo artigo 8º da Lei no 1.533/51, indeferir a inicial adentrando no mérito da impetração, situação que já vem se tornando corriqueira, embora repelida pelos Pretórios.

Vale ver ementa sobre o assunto:

> "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA INICIAL ANTES DA INSTAURAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - APRECIAÇÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO - NULIDADE DA DECISÃO - INTERPRETAÇÃO QUE PRESTIGIA O REMÉDIO CONSTITUCIONAL EM TODA A SUA EXTENSÃO E PROFUNDIDADE. Se a matéria que fundamenta o indeferimento da inicial constitui o objeto litigioso do mandado de segurança e representa o seu substrato material, só podendo ser resolvida através de decisão de mérito, não é legítimo que o julgador examine as questões de direito no juízo prévio do *writ*, antes da instauração da relação processual.'O aspecto processual não pode, em hipótese alguma, provocar distúrbio na aplicação de um instituto de natureza constitucional, destinado a proteger direitos e garantias individuais e coletivas. Dito de outra forma: na dúvida escolhe-se, sem dúvida, uma interpretação que prestigie a aplicação do remédio constitucional em toda a sua extensão e profundidade.'
>
> APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.349081-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): GLEICE DA SILVA LOPES - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. GOUVÊA RIOS.)). Portanto, se o ato de autoridade impugnado é ilegal, ou não, trata-se de matéria a ser definida no momento em que o mérito for apreciado".

Pode ocorrer que o documento necessário à prova do alegado encontre-se em repartição pública ou em poder

de autoridade que se recuse a fornecê-lo, hipótese prevista e solucionada no artigo 6º, §1º, da Lei nº 12.016/09, antigo art. 6º, parágrafo único, da Lei no 1.533/51, mediante ordem judicial de exibição.

Em alguns feitos, tem-se verificado, com razoável frequência, que o Juiz posterga a apreciação da liminar para após as informações, devendo o Ministério Publico, nesses casos, zelar pela efetiva manifestação judicial a propósito do pleito urgente, uma vez que tal pronunciamento constitui direito subjetivo da parte. Aliás, pela redação do antigo artigo 7º, da LMS n. 1.533/51 e atual art. 7º, inciso III, da Lei no 12.016/09, a suspensão ab ovo do ato impugnado deveria ser apreciada pelo Juiz ao despachar a inicial, quando puder ser ineficaz a medida futura e houver relevante fundamento do pedido, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (acréscimo da Lei nº 12.016/09).

Ainda preliminarmente, deve o membro do Ministério Público zelar pelo cumprimento do disposto no art. 7º, inciso II, da Lei no 12.016/09, ou seja:

> "[…] que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito".

Esta medida já era exigida quando do deferimento de liminar, no artigo 3º, da Lei no 4.348/64, com redação que lhe foi dada pela Lei no 10.910/04, situação que assume especial relevo por conta da legitimidade recursal, a par de possível pedido de suspensão da decisão.

A Lei nº 12.016/09 disciplinou, no art. 7º, §1º, que da decisão que conceder ou denegar a liminar caberá Agravo de Instrumento, entendimento já esposado na redação anterior deste Manual, embora parte da Jurisprudência fosse contrária a essa possibilidade. Afasta-se, assim, pretérita restrição pretoriana no sentido de que o Agravo, nesses casos, deveria ter como fundamento a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que pode ser visto na transcrição a seguir:

> "Relator: WANDER MAROTTA. Data do acórdão: 14/02/2006 Data da publicação: 24/03/2006. Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE A LIMINAR - CABIMENTO - INTIMAÇÃO DOS IMPETRADOS PARA A APRESENTAÇÃO DE CONTRA-MINUTA - IMPOSSIBILIDADE - ARTIGO 526, CPC - DESCUMPRIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO - OMISSÃO INEXISTENTE. REJEIÇÃO - ERRO MATERIAL. Segundo entendimento dominante do STJ, 'o agravo de instrumento é o recurso cabível para atacar decisão de Juiz singular que concede ou não medida liminar, em mandado de segurança, quando o fundamento for a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*'. (STJ - REsp 232909 / SP - Relator Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA - j. 26/04/2005 - Data da Publicação/Fonte: **DJ** 01.07.2005, p. 459) Nos termos do parágrafo único do art. 526 do CPC, o agravado deve provar o descumprimento da exigência contida no *caput*, para o efeito de desconhecimento do recurso, o que aqui não ocorreu. Não implica contradição ou omissão o simples fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte.
> Súmula:
> Ministério Público: Atuação Cível. REJEITARAM OS EMBARGOS. Proc. 1.0024.05.698760-5/002(1)". (grifo nosso)

Apesar de revogada a Lei nº 4.348/64, que dispunha que a decisão liminar e mesmo a sentença poderiam ter sua execução suspensa, a requerimento da pessoa jurídica interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, mediante pedido fundamentado dirigido ao Presidente do Tribunal competente, os seus dispositivos foram absorvidos pela nova Lei do Mandado de Segurança, uma vez que proibiu a execução provisória da sentença nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar – art. 14, §3º, e art. 15.

É que a sentença concessiva do *mandamus*, embora sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, pode ser executada provisoriamente, lembrando-se que a apelação eventualmente interposta, no caso, não conta com efeito suspensivo. Todavia, 'a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da

liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração (Súmula 626 - STF)'.

Prevalecia o entendimento que a autoridade apontada como coatora não detinha legitimidade para defender, em grau de recurso, o ato impugnado. A legitimidade recursal pertenceria à pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence e que suportará os efeitos da decisão concessiva da segurança. A Jurisprudência excepcionava os casos em que a ordem mandamental ao reconhecer a prática de ilegalidade, com contornos de improbidade administrativa, pela autoridade impetrada, permitiria, em tese, o recurso da autoridade pública.

> "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ILEGITIMIDADE RECURSAL - AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. A autoridade coatora não possui interesse recursal, sendo parte ilegítima para irresignar-se com a decisão monocrática que deferiu a liminar, salvo em situações nas quais a concessão da ordem reconhece a prática por parte da autoridade coatora de uma ilegalidade, que em alguns casos poderá constituir improbidade administrativa, causando-lhe prejuízos, ou naqueles casos em que o ato ilegal foi praticado pelo Prefeito Municipal, que possui a qualidade de agente da pessoa jurídica de direito público, podendo representá-la em juízo. Como é a Fazenda Pública quem suporta os efeitos patrimoniais da decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, cabe ao Município de Santos Dumont, representado pelo Sr. Prefeito, a legitimidade para recorrer, com a apresentação de eventual inconformismo com a decisão judicial.
> AGRAVO N° 1.0607.05.026890-5/001 - COMARCA DE SANTOS DUMONT - AGRAVANTE(S): DIRETOR SECRETARIA MUN. SAÚDE DESENV. SOCIAL SANTOS DUMONT - AGRAVADO(A)(S): MARCOS PAULO MANSUR DE SOUZA REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE SILVANE MANSUR DE SOUZA - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO".

A Lei nº 12.016/09, colocando termo à sobredita discussão, estendeu o direito de recorrer, expressamente, à autoridade coatora em seu art. 14, §2º.

Não obstante a existência de entendimento diverso, a legitimidade recursal do Ministério Público no *writ* deve ser ampla, ainda que denegada a segurança e inexistente recurso da parte impetrante, consoante orientação da Súmula no 99, do STJ.

Nos casos em que a sentença se omite em relação ao duplo grau de jurisdição obrigatório, recomenda-se a interposição de embargos declaratórios, mormente quando o Promotor de Justiça oficiante concorda com mérito do *decisum*.

É de se ressaltar que o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança, não possuindo, pois, efeitos patrimoniais pretéritos, conforme dispõe a Lei no 5.021/66, tratando-se de matéria sumulada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 271.

Importante destacar que o prazo do Ministério Público para manifestação passou a ser de 10 (dez) dias e peremptório – art. 12, da Lei nº 12.016/09.

Dessa forma, verifica-se que algumas questões restaram firmadas, aclaradas, pela edição da Lei nº 12.016/09. Além das questões já abordadas, é mister citar:

- 1. não atendimento do mandado judicial caracteriza crime de desobediência (art. 26, da Lei no 12.016/09);
- 2. quanto ao ato disciplinar – não há mais a vedação de impetração do mandado de segurança – já se entendia adequado o mandado de segurança não só quando o ato fosse praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial, mas também quando afrontasse a Constituição ou a lei, *v.g.*, punição não prevista em lei, falta de fundamentação, etc. ante a vedação ao Judiciário de adentrar no mérito do ato disciplinar; e,
- 3. denega-se o mandado de segurança nos casos previstos no art. 267 do CPC, mas a impetração poderá ser renovada neste caso - art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

Da ação popular

A ação popular é um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão, objetivando obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, devendo concorrer para a sua procedência, simultaneamente, a *ilegalidade* do ato e a *lesividade* do patrimônio público.

Deve o Ministério Público cuidar para que a ação popular seja instrumento de defesa da coletividade, não se prestando ao amparo de interesses individuais.

Nos termos do art. 6°, da Lei nº 4.717/65, são legitimados passivos para a ação popular:

- as pessoas indicadas no art. 1° na mencionada legislação de regência;
- as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado;
- as autoridades, funcionários ou administradores que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e
- *os beneficiários diretos do ato lesivo*, razão pela qual impõe-se ao *Parquet* zelar pela correta formação da relação processual.

Importante questão exsurge quando o autor popular abandona o feito, dando causa à absolvição de instância prevista no artigo 9º da LAP e, após, a publicação dos editais ali previstos, não comparece qualquer cidadão objetivando promover o prosseguimento da presente ação.

Cumpre, nesses casos, verificada a ausência de qualquer cidadão interessado em dar prosseguimento ao feito, apreciar-se a possibilidade de o Ministério Público promover o prosseguimento da ação popular.

O artigo 9º da LAP, fundamental para a momento da edição da ação popular (29/06/65), porquanto dotava o *Parquet* de importante instrumento para a defesa do interesse coletivo, razão pela qual alguns chegaram a defender a obrigatoriedade do prosseguimento pelo Ministério Público na hipótese de abandono pelo autor original, deve ser interpretado presentemente como uma faculdade, mormente tendo-se em conta o posterior ingresso no mundo jurídico da ação de improbidade administrativa – Lei no 8.492/02, cujo objeto é mais amplo e adequado aos casos de lesão ao Patrimônio Público praticada por agentes públicos.

A propósito, a Lei nº 8.492/92 dispõe que o autor de ato de improbidade administrativa está sujeito ao ressarcimento integral do dano (*pedido normalmente na ação popular*), perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, além da proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais.

Nesse norte, tem-se que, não raro, o prosseguimento da ação popular pelo Ministério Público, longe de proteger o interesse público, somente iria beneficiar o agente público ao qual se imputa a prática de improbidade administrativa.

Não se afirma que o artigo 9º da LAP perdeu sua eficácia em relação ao *Parquet*, uma vez que, cuidando-se de faculdade conferida ao Ministério Público, deve-se, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto e da prova já produzida, avaliar sobre a conveniência de sua aplicação, o que ocorre, *v.g.*, quando já realizada a instrução do feito ou a prova for somente documental, além daqueles casos em que o abandono do autor popular ocorrer na fase de execução, impondo, nesta última situação, o prosseguimento pelo Promotor de Justiça oficiante.

Com efeito, casos há em que o eventual prosseguimento pelo Ministério Público iria transformar a ação popular em verdadeiro inquérito civil, procedimento que evidentemente deve ser prévio à instauração da ação de improbidade, sem que se pudesse aplicar todas as sanções pertinentes, caso confirmada a prática de improbidade administrativa.

Vale anotar que a Corte Máxima de Minas Gerais já reconheceu cuidar o artigo 9º da Lei no 4.717/65 de uma

faculdade conferida ao Ministério Público.

> "EMENTA: AÇÃO POPULAR - DESISTÊNCIA DO AUTOR - INTERESSE DE OUTRO CIDADÃO PARA DAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO - INEXISTÊNCIA - MINISTÉRIO PÚBLICO PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO - EXTINÇÃO DECRETADA. Inexistindo cidadão interessado em promover o prosseguimento da ação popular e tendo o representante do Ministério Público optado por não se utilizar da sua faculdade de assim o fazer, deve ser decretada a extinção do processo, sem julgamento de mérito.
> APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.170.643-1/00 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): JD 1ª V CV COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELADO(S): PREFEITO MUNICIPAL DE GOVERNADOR VALADARES E OUTROS, FUSHP FUND SERVIÇO HOSPITALAR GOVERNADOR VALADARES - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES".

No corpo do julgado, destaca-se:

> "O Ministério Público, que *poderia utilizar-se da faculdade que lhe assegura a lei de promover o prosseguimento da ação popular*, após a desistência do autor e publicação dos editais, requereu a extinção do processo sem julgamento de mérito, em síntese, por entender seu i. Representante que há necessidade de apuração das irregularidades apontadas na inicial, através de procedimento de investigação já instaurado".

Assim, na hipótese de abandono pelo autor popular, não sendo de interesse público o julgamento meritório do feito, deve o Ministério Público pugnar por sua extinção, nos termos do artigo 267, II, ou III (conforme o caso), do CPC, provocando a instauração de procedimento investigatório para a apuração devida dos fatos descritos na inicial.

Da ação civil pública

A ação civil pública é instrumento de defesa dos interesses sociais, que integram o interesse de preservação do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, que são de todos e de cada um, não passível de individualização dos direitos subjetivos ou situações jurídicas inerentes.

Ao Ministério Público *custos legis* compete zelar pela utilização da ação civil pública para os fins a que legalmente se destina, sob pena de ser utilizada como substitutivo de ações ordinárias, em que devem ser julgados os interesses individuais ou meramente patrimoniais da administração, apenas pelo rito especial da ação e seus consectários legais.

Assim, entendemos que o interesse público defensável via ação civil pública pelos legitimados legais é o conhecido por interesse primário – que é o interesse social da coletividade – e não o interesse secundário da administração, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

> "independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito"[4].

A propósito da natureza dos interesses públicos sociais que podem ser objeto da ação civil pública, ou outros interesses difusos e coletivos, vale a pena citar o acórdão proferido em julgamento de Recurso Especial pela Egrégia 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo i. Ministro Luiz Fux, citando Teori Albino Zavascki[5]:

> "A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por

> exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.°, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo".

Não sendo parte ativa, atuando como *custos legis* – art. 5º, §1º, da Lei em comento, zelará pela correta formação da relação processual observando se presentes as condições específicas da ação civil pública, verificando nos Estatutos da associação ou sindicato se, além do tempo de constituição, o seu objetivo social está arrolado na letra "b" do inciso V do art. 5º da LAP ou em outro dispositivo legal que tenha acrescido outro interesse social, além destes.

Ainda tratando da legitimação para a propositura da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou o §3º ao art. 5º, instituindo a legitimação extraordinária para continuação da ação, como substituto processual, podendo ser tanto o Ministério Público como outro legitimado, a exemplo do art. 9º da Lei da Ação Popular.

Nesses casos, cumpre ao Ministério Público atuante como *custos legis* requerer a publicação de edital visando permitir ao outro legitimado dar prosseguimento à ação, aplicando-se subsidiariamente a regra da ação popular.

Conforme já esposamos, ao discorrermos sobre a ação popular e, pelos mesmos motivos, caso verificada a ausência de qualquer cidadão interessado em dar prosseguimento ao feito, é facultado ao *Parquet* avaliar acerca da conveniência de sua aplicação, considerando se já realizada a instrução do feito ou se a prova é somente documental, ou se ocorre na fase de execução. Ocorrendo o abandono na fase de execução da sentença, v.g., impõe-se o prosseguimento pelo Promotor de Justiça oficiante.

Por fim, quanto à atuação dos Promotores como *custos legis* perante os Juízos das Varas da Fazenda Pública, *entendemos relevante à busca da efetividade do processo e da prestação jurisdicional* que haja interação entre os membros do Ministério Público oficiantes como *custos legis* e os atuantes perante as Promotorias Especializadas no direito social objeto da ação, de forma a robustecer a prova produzida pelo outro legitimado, se for o caso, e ainda levar ao conhecimento os termos em que a ação foi proposta e a resposta do Judiciário.

Entendemos que temos o dever institucional de garantir o acesso ao Judiciário e o respeito aos direitos constitucionalmente garantidos. Para tanto, recomenda-se a propositura de ação civil pública visando à defesa de interesses da sociedade considerados difusos ou coletivos ou individuais homogêneos, que não sejam da atribuição de Promotoria Especializada, de forma a coibir ato de autoridade, lesivo a tais direitos, e que tenha sido assim declarado repetidamente em sentenças proferidas em ações de mandado de segurança individual[6].

Apresentamos apenas alguns apontamentos processuais, sem a pretensão de esgotar as situações jurídicas que ocorrem nas ações que tramitam perante os Juízos das Varas da Fazenda Pública e Execuções Fiscais, respeitando princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

---

[1] Texto revisado e atualizado pela redação da Nova Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.
[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injução e *Habeas Data***. São Paulo: Malheiros, 1995.
[3] MEIRELLES, 1995.
[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67-68.
[5] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52-54.
REsp 786328 / RS - 2005/0165035-2
Rel. Ministro LUIZ FUX (1122) T1 – 1ª TURMA – j. 18.10.2007 – **DJ** 08.11.2007, p. 168.
[6] *Vide* cópia da ação civil pública, promovida nestes termos, nas peças práticas que acompanham este Trabalho.

5.2. Jurisprudência

Cotejada nas peças processuais apresentadas.

5.3. Ementário de legislação pertinente

Legislação Federal

- Constituição Federal.
- Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 - Dispõe sobre ICMS.
- Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.
- Lei nº 10.910 de 15 de julho de 2004 - Alterou o art. 3º da *Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964*, determinando a intimação pessoal dos representantes judiciais dos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.
- Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 - Dispõe sobre a gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.
- Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 - Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.
- Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 - Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.
- Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 - Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).
- Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999 - Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal.
- Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 - Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria.
- Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
- Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 - Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.
- Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998 - Dispõe sobre a recuperação de haveres do Tesouro Nacional e do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a utilização de Títulos da Dívida Pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, na quitação de débitos com o INSS, altera dispositivos das Leis nºs 7.986, de 28 de dezembro de 1989, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e 9.639, de 25 de maio de 1998.
- Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998 - Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 05 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

- Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 - Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.
- Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 - Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.
- Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 - Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.
- Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 - Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL.
- Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 - Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.
- Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995 - Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.
- Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.
- Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994 - Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações.
- Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994 - Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor - URV.
- Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992 - Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.
- Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 - Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.
- Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990 - Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. (atualizada).
- Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 - Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal (Regula o Mandado de Injunção).
- Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado).
- Lei nº 6.496, de 07 de dezembro de 1977 - Institui a “Anotação de Responsabilidade Técnica” na prestação de serviços de Engenharia, de Arquitetura e Agronomia; autoriza a criação, pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, de uma Mútua de Assistência Profissional.
- Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 - Regula a Ação Popular.
- Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 - Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
- Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 - Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

- Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 - Dispõe sobre Mandado de Segurança.

Legislação Estadual

- Constituição do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 869, de 06 de julho de 1952 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis) - Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Servidores Militares) - Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.
- Lei nº 14.310, de 19 de junho de 2002 - Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais.
- Decreto nº 23.085, de 10 de dezembro de 1983 - Aprova o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (R-116).
- Lei nº 13.317, de 24 de setembro de 1999, de 24 de setembro de 1999 - Contém o Código de Saúde do Estado de Minas Gerais.
- Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002 - Institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975 - Consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais.

Legislação Municipal

- Lei Orgânica do Município.
- Código de Posturas Municipais.
- Estatuto do Servidor Público Municipal.

5.4. Modelos de peças jurídicas

Nesta oportunidade expomos algumas peças processuais selecionadas em razão das questões preliminares apresentadas, bem como pelo interesse institucional da questão meritória.

Como já é sabido, há mecanismos que estão ao alcance do Promotor de Justiça *custos legis*, que auxiliam na prestação jurisdicional coletiva. A exemplo apresentamos petição de ação civil pública nesse sentido e ofício (recomendação) que evitaram o manejo de inúmeros mandados de segurança individualmente.

As peças a seguir dispostas têm natureza diversa: pareceres finais, interlocutórios, recursos aviados em ações de mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e em ações ordinárias. Ainda há petição inicial de ação civil pública ajuizada em defesa dos interesses sociais, não objeto de atuação pelas Promotorias Especializadas e atuação extrajudicial, na seguinte ordem:
1. PROCESSO CIVIL;
2. ADMINISTRATIVO/CONSTITUCIONAL;
3. TRIBUTÁRIO;
4. PREVIDENCIÁRIO;
5. ATUAÇÃO COLETIVA.

Mandado de segurança – Concurso público – Classificação 1º lugar – Direito à nomeação

> "IMPETRANTE: N. M. O.
>
> Impetrado: Diretor-Geral da Loteria do Estado de Minas Gerais
>
> MM. Juiz:
>
> Tratam os autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por N. M. O., qualificada, contra ato atribuído ao Diretor-Geral da Loteria do Estado de Minas Gerais.
>
> Assere a autora ter participado de certame público promovido pela Loteria do Estado de Minas Gerais, para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, conforme Edital publicado no dia 06 de janeiro de 2006, logrando aprovação em primeiro lugar, conforme documento anexado aos autos.
>
> Registra que a realização do concurso público está submetida à existência de vagas, não se podendo admitir que a Administração, depois de percorrido todo o processo de seleção, ainda tenha discricionariedade no tocante à nomeação dos aprovados dentro no número previsto de vagas.
>
> Nessa senda, adverte a autora que a necessidade de ocupação dos cargos em que foi aprovada já foi auferida quando da elaboração do Edital, havendo, pois, omissão do impetrado em nomeá-la.
>
> Colaciona, ainda, julgado do STJ, bem como doutrina acerca do tema.
>
> Com efeito, roga a impetrante, em liminar, o seu provimento imediato ao cargo ao qual logrou aprovação em dito certame público, situação a ser consolidada em sede meritória.
>
> Com a inicial, os documentos colacionados às fls.15/59.
>
> A súplica liminar restou indeferida, fls. 61/64, decisão agravada pela impetrante.
>
> Devidamente notificada, a autoridade em tela prestou as informações necessárias – fls. 92 e seguintes.
>
> Afirma que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa à nomeação ao cargo

público pretendido, restando ao administrador público decidir sobre a conveniência e a oportunidade da nomeação dos servidores.

Roga a denegação da segurança.

É o relatório, no essencial.

'Cinge-se a controvérsia na possibilidade de se exarar comando judicial corretório, impondo-se à Loteria do Estado de Minas Gerais a nomeação da impetrante, aprovada em primeiro lugar para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, em concurso público regulado pelo Edital publicado no dia 06 de janeiro de 2006.

Não há dúvidas de que, em se tratando de concurso público, em princípio, o candidato aprovado detém mera expectativa de direito à nomeação.

Contudo, sobredita assertiva não é absoluta, não podendo ser tomada como um dogma jurídico, pena de se premiar o engodo e cerrar-se os olhos para a injustiça.

Pois bem.

Poder-se-ia invocar, no caso, a discricionariedade administrativa, como justificativa para a não nomeação da impetrante.

Todavia, discricionariedade, que não pode ser confundida com arbitrariedade, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto [...]'. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.)

A nosso aviso, no caso vertente, o administrador não conta com possibilidade de escolha, eis que esta já foi manifestada quando da realização do certame, uma vez que a necessidade da ocupação dos cargos foi auferida e avaliada quando da elaboração do instrumento convocatório do concurso.

Isto é, ao publicar o edital do certame, a Administração vinculou-se ao regramento ali contido, inclusive no tocante ao número de vagas ofertadas, causando mesmo perplexidade que, decorridos dois anos, na iminência do fim do prazo de validade do concurso, não tenha havido, ainda, a nomeação da impetrante, aprovada em primeiro lugar.

Esse considerável lapso de tempo já indica a negligência da Administração, não podendo prevalecer a singela afirmativa de que a aprovação em concurso público não gera direito subjetivo à nomeação, pena de se permitir a realização sucessiva de certames, com despesas para o Poder Público e para os candidatos, sem que se nomeie um concorrente sequer.

Semelhante situação criada pelo administrador público alcança, a nosso sentir, verdadeira preterição do candidato aprovado.

A pretensão da impetrante encontra amparo nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente em atenção ao princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Carta Máxima. ('Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].')

A moralidade administrativa não consiste apenas no cumprimento da lei em seu sentido estrito, mas sim no respeito aos princípios éticos de razoabilidade e justiça, cuidando-se, conforme lição do mestre Hely Lopes Meirelles, de um *conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*.

Não por acaso, o artigo 2º, III, da CEMG, estabelece como objetivo prioritário do Estado de Minas Gerais,

preservar os valores éticos.

A ética ou filosofia moral é a parte da filosofia que se ocupa com a reflexão a respeito das noções e princípios que fundamentam a vida moral. Consideramos válida para os nossos fins (ou seja, valoramos como suficientemente correta, boa, digna de crédito) a concepção aristotélica de ética. Sabatinada por inúmeras gerações, ainda se mantém como norte para todos que vaguem pela seara da Filosofia, e sem dúvida demonstra-se utilíssima para todos os juristas, como no caso em questão.

Aristóteles apresenta-nos a ética como *o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação ou valoração do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto*.

Portanto, a ética permeia todos os juízos de valoração (apreciação) que a conduta humana pode racionalmente sofrer. Esses juízos de valoração podem ser positivos (bons), negativos (maus) ou ainda mesmo isentos (neutros), mas a ética abrange todas essas manifestações.

Todavia, as normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica resulta a imperatividade da via escolhida. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. p. 33. grifo nosso).

À evidência, tem-se que a possibilidade de a Administração promover um concurso público, ofertando um número limitado de vagas, para, ao final, recusar-se a nomear o primeiro colocado, iludindo a boa-fé e confiança dos administrados, em genuíno engodo, representaria o rompimento de valores éticos, com ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A propósito, a jurisprudência superior é peremptória a respeito, vale saber:

'TRF4-069417) ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR AUXILIAR. HOMOLOGAÇÃO DO CONCURSO. NOMEAÇÃO.
As falhas que levaram a administração a deixar de homologar o concurso correspondem a meras formalidades que devem ceder em prol da observância dos princípios da finalidade e interesse público, que foram plenamente atendidos, e da moralidade e impessoalidade, que restariam vulnerados com a declaração de nulidade do certame. Tendo o edital do concurso oferecido uma vaga determinada, fica a autoridade administrativa vinculada ao seu conteúdo, devendo nomear o candidato aprovado em primeiro lugar no certame; mera alegação de discricionariedade não permite que a administração se furte à promessa, sob pena de iludir-se a confiança e boa-fé dos administrados.
Indevido o pagamento de vencimentos a partir de, nos dizeres do autor, “escoado prazo razoável para a posse”, eis que estes têm como fato gerador o desempenho do cargo público, sendo bastante à correção do ato administrativo nulo a determinação de que se proceda à nomeação do demandante.
Apelação parcialmente provida.
Decisão:
A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.(grifo nosso)'.

Mais:

'TRF4-069271) ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. ART. 37, IV, DA CF.
1. Tendo o edital do concurso oferecido uma vaga determinada, fica a Autoridade Administrativa vinculada ao seu conteúdo, devendo nomear o candidato aprovado em primeiro lugar no certame; alegação de discricionariedade não permite que a Administração se furte à promessa, sob pena de iludir-se a confiança e boa-fé dos administrados.
2. A legitimidade passiva da autoridade impetrada decorre de a segurança dirigir-se contra ato seu e de ser a Universidade apelante entidade com personalidade jurídica própria, distinta da União, detentora de condições para executar a decisão ora recorrida.

3. A expectativa de direito à nomeação converte-se em direito líquido e certo quando não observada a prioridade de convocação do candidato sobre novos concursados, incluindo-se no conceito de preterição o preenchimento da vaga para a qual o candidato foi aprovado, por servidor contratado em caráter temporário.
4. No caso, a contratação ocorrida, embora temporária, denota necessidade perene da Instituição Federal de Ensino, relativa ao preenchimento do cargo de professor permanente e não circunstância excepcional que autorizasse a contratação temporária.
5. Apelação e remessa oficial improvidas.
Decisão:
A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.04.01.065104-4/SC, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 08.11.2001, Publ. **DJU** 16.01.2002 p. 917)(grifo nosso)'.

Nesse sentido, inúmeros outros arestos confirmam e dão sustentáculo à pretensão manifesta nesta via mandamental, como, aliás, bem demonstra a autora:

'ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO.

Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.

Recurso provido.

Processo RMS 15034/RS; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2002/0075522-7 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 19/02/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 29.03.2004 p. 255.'

Importante, ainda, destacar recente decisão do STJ, indicando novo norte para a discussão *sub examine*:

'ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.
1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.
2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital.
Precedentes.
3. Recurso ordinário provido.
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso em mandado de segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Hamilton Carvalhido, que lhe negavam provimento. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallott votaram com o Sr. Ministro Relator .
Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região).
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.
Data Julgamento – 04.12.2007 – Data Publicação – **DJ** 03.03.2008 p. 1.'

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela concessão da segurança pretendida, impondo-se à Loteria do Estado de Minas Gerais a nomeação da impetrante para o cargo de Analista de Gestão Lotérica, nos termos do Edital publicado no Minas Gerais de 06 de janeiro de 2006.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2009.

Elvézio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça"

Mandado de Segurança – Serviços cartorários – ISSQN – Base de cálculo – Valor bruto dos emolumentos

"Processo nº 09 481 719 - 4

Impetrante: SINOREG/MG E OUTROS

Impetrado: PREFEITO MUNICIPAL DE XXX

Parecer pelo *Parquet*

MM. Juiz:

Tratam os autos de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por SINOREG/MG E OUTROS contra ato atribuído ao EXMO. SR. PREFEITO MUNICIPAL DE XXX.

Buscam os impetrantes, Entidade de Classe e Oficiais Cartorários, o recolhimento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, conforme previsto no Decreto-Lei 406/68, artigo 9º, § 1º, e não com base na receita de emolumentos, nos termos da Lei Municipal 9.677/08.

Relatam que a atividade exercida pelos notários é prestada de forma pessoal, com prévio concurso público, situação ignorada pela Lei 9.677/08, sustentando a inconstitucionalidade do referido diploma legal, com a suspensão do da cobrança do ISSQN sobre 2% do valor bruto dos emolumentos, com incidência do artigo 9º, § 1º, Decreto - lei 406/68, isto é, o recolhimento por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

Documentos às fls. 29/171. Às fls. 172, o Juízo decidiu ouvir o impetrado antes do desate liminar.

Em suas informações, fls. 194/242, a digna autoridade está a defender o ato impugnado.

Alega ser fato público e notório a natureza empresarial das atividades de cartórios, sendo certo que, nos termos da Lei 8.935/94, os notários poderão contratar escreventes, dentre eles escolhendo um substituto, além de auxiliares, sob o regime da CLT.

Registra ser impossível enquadrar-se o impetrante como profissional autônomo, sendo admitida a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros, no caso.

Busca, ao final, a denegação da segurança.

Remetidos os autos para esse Juízo da 6ª Vara da Fazenda Municipal, presente o instituto da conexão, a liminar foi negada às fls. 246/249.

É o breve relatório. À fundamentação.

A preliminar pertinente à ausência de liquidez e certeza não merece acolhida, com o mérito se confundindo, devendo no momento oportuno ser apreciada.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar, de plano, a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

Na clássica lição do Mestre Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

No caso vertente, o cerne da controvérsia diz respeito ao regime de contribuição de ISSQN ao qual estariam submetidos os impetrantes, isto é, se com base na receita bruta dos emolumentos ou na forma exceptiva prevista no artigo 9 º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68.

Cumpre anotar que se encontra superada a discussão acerca da incidência do ISSQN sobre os serviços notariais e de registro, *in verbis*:

'EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a, e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.'

'ADI 3089 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 13/02/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

No caso, pretende a parte autora a aplicação do artigo 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, afastando-se a base de cálculo sobre o preço do serviço, ao argumento de que se trata de prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal.

Como se sabe, para a consecução do favor fiscal *sub examine*, a prestação de serviços deve ser feita em caráter pessoal pelo próprio contribuinte, que assume, individualmente, a responsabilidade profissional pelo serviço prestado.

Isto é, o legislador complementar, distanciando da base de cálculo geral do ISSQN – o preço do serviço,

permitiu a existência de tratamento mais favorável, quando se tratar de prestação de serviços sob a forma pessoal pelo contribuinte.

Cuida-se evidentemente de norma de exceção, cuja interpretação não comporta analogia, pena de desvirtuar a intenção legislativa.

Não se pode negar que a atividade dos impetrantes assume contornos empresariais, com intuito lucrativo, ainda que se cuide de serviço exercido por delegação do Poder Público. Na sobredita ação direta de inconstitucionalidade, destacou o douto Ministro Joaquim Barbosa:

'As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º, da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva [...].' (grifo nosso).

Nesses termos, seria ilógico admitir-se que, nos cartórios, o trabalho seja prestado de forma pessoal pelo contribuinte, sob a responsabilidade exclusiva deste, quando se sabe que os cartórios contam com complexa estrutura administrativa, intuito lucrativo, podendo, conforme previsto na legislação de regência, contratar empregados sob o regime da CLT.

Vale lembrar que os oficiais contam também com escrevente substituto, sendo certo que este pode praticar atos inerentes à função.

Seria razoável permitir-se a exceção pretendida admitindo-se que a prestação de serviços seja realizada, no caso dos cartórios, de forma pessoal?

A resposta é evidentemente negativa, pena de se ignorar a realidade dos fatos.

No entendimento de BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS:

'Trabalho pessoal do próprio contribuinte é o serviço (puro fornecimento de trabalho) prestado por pessoas físicas em caráter de trabalho da própria pessoa. Não atinge o serviço prestado por pessoas jurídicas e nem os realizados em caráter empresarial. É o caso do trabalho do médico, do advogado, do contador, do arquiteto, etc. (In: **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 537, grifo nosso)'.

Relevante, por oportuno, a informação colacionada às fls. 234 dos autos, dando conta de que os trinta e um Cartórios de Belo Horizonte auferem uma receita anual com emolumentos no montante de R$ 125 milhões, o que revela a impossibilidade fática de se admitir o exercício do labor de forma pessoal.

Corroborando tal raciocínio, tem-se que o Estado pode ser responsabilizado de forma objetiva por evento danoso causado por ato do tabelionato, não podendo a atividade delegada aos notários ser tomada como serviço prestado por autônomo.

Pontofinalizando, merece transcrição trecho do voto do Ministro Marco Aurélio quando do julgamento da mencionada ADIN:

'No tocante à base de incidência, descabe a analogia – profissionais liberais, Decreto n.º 406/68 –, caso ainda em vigor o preceito respectivo, quando existente lei dispondo especificamente sobre a matéria. *O artigo 7º da lei complementar n.º 116/03 estabelece a incidência do tributo sobre o preço do serviço.*' (grifo nosso)

Destarte, a base de cálculo deve ser regulada pela regra geral – preço do serviço –, sendo incabível a exceção pretendida, não se cuidando de serviço prestado sob a forma de trabalho pessoal.

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela denegação da segurança.

> Belo Horizonte, 19 de março de 2009.
> Elvézio Antunes de Carvalho Júnior
> Promotor de Justiça”

Mandado de segurança – Bronzeamento – Atuação da Anvisa – Exercício do poder de polícia

> “Processo nº 09 719 445 - 0
>
> Impetrante: J. C. S.
>
> Impetrado: Chefe da Vigilância Sanitária/BH – MG
>
> MM. Juiz:
>
> Tratam os autos de Mandado de Segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por J. C. S., qualificada, contra ato atribuído ao Chefe da Vigilância Sanitária/BH - MG.
>
> Busca a impetrante, esteticista, combater ato da Vigilância Sanitária, consistente na apreensão de sua câmara de bronzeamento, utilizada regularmente até a publicação da Resolução n.º 56 da ANVISA.
>
> Alega que a máquina mencionada possuía registro e autorização de comercialização e funcionamento do Ministério da Saúde e da ANVISA; todavia, a Vigilância Sanitária, através do auto de apreensão n.º 04925/2009, determinou que a autora inutilizasse o equipamento.
>
> Nesse norte, entendendo arbitrária a conduta da Vigilância Sanitária, a impetrante busca, inclusive em sede liminar, comando judicial corretório, para que possa continuar exercendo suas atividades com a câmara de bronzeamento.
>
> Documentos às fls. 19/41. Às fls. 28/29, o pleito liminar restou indeferido.
>
> Liminar parcialmente deferida às fls.47/48, decisão agravada pela impetrante, fls.72/74.
>
> Instada a se manifestar, a autoridade impetrada prestou informações às fls. 75/80, batendo-se pela denegação da segurança, afirmando cuidar-se de legítima fiscalização fundada no poder regulamentar da Anvisa.
>
> É o relatório. À fundamentação.
>
> Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.
>
> *In casu*, cinge-se a discussão na possibilidade de se proferir comando judicial corretório para que possa a impetrante continuar exercendo suas atividades com a câmara de bronzeamento, ainda que tenha a Anvisa proibido em todo o território nacional a utilização desse equipamento.
>
> Invoca a impetrante o princípio da legalidade, postulado fundamental do *Estado de Direito*, através do qual a Administração deve completa submissão às leis, uma vez que a atividade administrativa é infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.
> Disso não se ousa divergir.
>
> Todavia, não se pode confundir o princípio da reserva legal com o princípio da legalidade. Este significa o respeito à lei, ou seja, a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, ao passo que aquele

consiste em estabelecer que a regulamentação de determinada matéria necessita obrigatoriamente de lei formal.

No caso, a ANVISA é uma autarquia criada pela Lei 9.782/1999, cuja finalidade institucional é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Pois bem.

Nos termos do artigo 7º do mencionado diploma legal, destaca-se:

'[...] III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

[...]

IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

[...]

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou do risco iminente à saúde;

[...]'

Ora, a Resolução nº. 56/2009 encontra respaldo na Lei n° 9.782/99, cuidando-se do legítimo exercício do poder regulamentar, transferindo, no presente caso, o legislador a competência para regulamentação técnica, dentro de certos parâmetros, para as agências autárquicas.

Raciocínio diverso importaria na obrigatoriedade de edição de uma nova lei no sentido formal cada vez que surgisse no mercado um medicamento ou equipamento novo, interpretação absurda que deve ser desprezada.

Sobre o assunto:

'EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ANVISA - MEDICAMENTOS ANOREXÍGENOS - RESOLUÇÃO 58/2007 - EXERCÍCIO REGULAR DO PODER REGULAMENTAR E DO PODER DE POLÍCIA. Se a Constituição da República impõe ao Poder Público o dever da saúde, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, há de se entender a Resolução nº. 58/2007 da ANVISA como legítima, sob pena de ser frustrado o bem maior a ser protegido, bem como as ações para sua promoção e proteção. O controle mais rígido no uso de substâncias psicotrópicas anorexígenas revela-se regular no exercício do poder de polícia regulamentar da ANVISA, tendo claro objetivo de reduzir os danos causados pelo uso abusivo dos referidos medicamentos, resguardando a saúde da população.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.08.965256-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): SOC. PIRES & LACERDA LTDA. - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS – AUTORID. COATORA: DIRETOR DEPTO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA SECRETARIA SAÚDE ESTADO MINAS GERAIS - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – publicação 10/07/2009'.

Assim nenhuma ilegalidade vislumbra-se no caso em apreço, uma vez que a ANVISA está se utilizando do seu regular poder de polícia para proteger a saúde da população. Consoante doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

'[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo'. (*In:* **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 724).

Destarte, inexiste direito líquido e certo a ser protegido no caso *sub examine*.

Mercê de tais considerações, o parecer ministerial é pela denegação da segurança pretendida.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2010 .

Elvézio Antunes de Carvalho Júnior
Promotor de Justiça"

Mandado de segurança – Concurso – Concessão efeito suspensivo a recurso constitucional – Impossibilidade

"PROCESSO Nº 0024 05 680602-9

MM. JUIZ:

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por M. M. C. contra ato do Sr. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Alega, em síntese, que ajuizou ação contra o Estado de Minas Gerais buscando anular o ato que o considerou contra-indicado no exame psicotécnico levado a efeito no concurso CTSP/04; que obteve medida liminar que lhe autorizou matricular-se no aludido CTSP/04, freqüentou todo o curso e se formou em abril do corrente ano, quando foi promovido a soldado de 1ª classe, e designado para trabalhar em cidades da região; que durante a instrução da ação já mencionada, foi submetido a exame pericial minucioso e foi considerado indicado; que durante todo o tempo em que freqüentou o CTSP/04 demonstrou aptidão física, intelectual e psicológica e dedicou-se exclusivamente à corporação; que, enquanto tramitava a ação judicial supramencionada, foi julgado o Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a decisão que lhe concedeu a liminar pleiteada, tendo sido dado provimento a dito recurso; que a súmula do acórdão foi publicada no mesmo dia em que foi publicada a sentença de primeiro grau, a qual anulou o exame psicotécnico e lhe garantiu o direito à freqüência do curso e permanência na PMMG; que, no entanto, o impetrado, mesmo após tomar conhecimento da interposição de Recurso Especial contra o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento já aludido, e do julgamento da sentença de primeiro grau que lhe foi favorável, acabou por excluí-lo da PMMG, desconsiderando os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e razoabilidade. Requereu a concessão da segurança '[...] declarando a exclusão nula e portanto, ineficaz o ato, considerando pois o impetrante apto a continuar integrando as fileiras da PMMG, tornando definitiva sua matrícula e anulando ainda os atos de cancelamento e exclusão do curso', ao acrescentar, também, que 'nada deverá sofrer o impetrante, inclusive quanto às faltas, que não foram da sua vontade'.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 08/60.

A análise do pleito de liminar foi postergada para após as informações (fls. 62).
Devidamente notificada (fls. 63), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações de fls. 64/68, acompanhadas dos documentos de fls. 69/72, alegando, em preliminar, não existir o direito líquido e certo pleiteado. No mérito alegou, em síntese, que o ato impugnado é legal, pois que a liminar concedida ao impetrante, em ação ordinária por si proposta, foi cassada pelo eg. Tribunal de Justiça, sendo certo que o recurso especial interposto pelo impetrante, contra tal decisão, tem efeito apenas

devolutivo, e, ademais, a sentença proferida em primeira instância somente produz efeito após o julgamento em duplo grau de jurisdição.

A liminar pleiteada foi deferida às fls. 73/75.

Pelo Estado de Minas Gerais foi comunicada a interposição de Agravo de Instrumento contra a r. decisão concessiva da liminar, às fls. 78, cujas razões encontram-se acostadas, por cópia, às fls. 79/87.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Alegou o impetrado, em preliminar, não existir o direito líquido e certo pleiteado. No entanto, data venia, entendemos que a análise sobre a existência ou não do direito líquido e certo, na ação mandamental, é matéria que concerne ao próprio mérito da ação, e como tal será analisada.

No mérito insurge-se o impetrante contra ato do impetrado consistente na sua exclusão das fileiras da PMMG, após a cassação, pelo eg. Tribunal de Justiça, da liminar que lhe havia sido concedida em ação por si intentada, pleiteando a anulação do exame psicológico realizado para o ingresso na PMMG, a matrícula no curso, e a promoção a soldado de primeira classe.

Argumenta que a ação ordinária por si ajuizada foi julgada procedente em primeira instância, e que interpôs recurso especial contra o acórdão que cassou a liminar concedida na aludida ação, razão porque o ato impugnado ofende os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e razoabilidade.

Da análise dos autos, *data venia*, entendemos que o impetrante não possui o direito líquido e certo alegado, porquanto o ato impugnado não se reveste de ilegalidade ou abuso de poder.

Ora, o impetrante foi matriculado no CTSP/04, após o concurso realizado pela Polícia Militar de Minas Gerais, e posteriormente promovido a soldado de primeira classe, por força de decisão que concedeu a antecipação de tutela por si requerida em ação ordinária onde pleiteou a anulação do teste psicotécnico por si realizado.

Ocorre que o Estado de Minas Gerais interpôs recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão já mencionada, tendo o eg. Tribunal de Justiça dado provimento a dito recurso, reformando a decisão agravada e denegando a tutela antecipada postulada pelo ora impetrante.

Desta forma, constata-se que o pleito do impetrante na presente ação é, na verdade, de reforma, em primeira instância, do acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça, que cassou a tutela antecipada que lhe dava direito de continuar na Polícia Militar, o que é impossível; ora, o que pretende o impetrante é justamente o que pretendeu ao pleitear a tutela antecipada na ação ordinária por si proposta, vale dizer, permanecer na Polícia Militar.

É sabido que o recurso especial possui efeito apenas devolutivo; lado outro, a apelação interposta na ação ordinária ajuizada pelo impetrante foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Assim é que, nem o recurso especial interposto pelo impetrante contra o acórdão que cassou a liminar que lhe permitia permanecer na PMMG, nem a sentença de primeiro grau que julgou procedente seu pleito de anulação do teste psicotécnico, de matricular-se no CTSP/04 e de ser promovido a soldado de primeira classe, têm o condão de permitir que permaneça na Polícia Militar.

No entanto, poderá o impetrante se valer das medidas próprias para pleitear a concessão do efeito suspensivo no recurso especial por si interposto, contra o acórdão que cassou a tutela antecipada que lhe havia sido concedida em ação ordinária, *v.g.*, medida cautelar.

A propósito, vejamos decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg

na MC 1198/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, Data do Julgamento 02/05/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 11.05.2006, p. 142:

'PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ESCASSA PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO QUE AFASTA O REQUISITO DO *FUMUS BONI JURIS*. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Em situações excepcionais, presentes o forte risco de dano irreparável e a relevância do direito alegado, mostra-se cabível a medida cautelar para antecipar efeitos que decorreriam do provimento do recurso especial interposto.

2. Não configuração, no caso concreto, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* cuja presença cumulativa é indispensável à concessão do provimento cautelar.

3. ...

4. ...

5. ...

6. Agravo regimental a que se nega provimento'.

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por meio de sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela denegação da segurança, com revogação da liminar concedida.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2006.

IRAÍDES DE OLIVEIRA MARQUES
Promotora de Justiça”

Mandado de segurança – Indeferimento da inicial com análise do mérito – Não intervenção do Ministério Público – Nulidade

“PROCESSO Nº 0024 06 992638-4

RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLENDA CÂMARA,

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar impetrado por T. M. C., apontando como autoridades coatoras os Srs. FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS e DELEGADA FISCAL DFBH-2, integrantes da DELEGACIA FISCAL/1º NÍVEL-2/SRF-1 e da DELEGACIA FISCAL/1º NÍVEL-DF/BH-1, respectivamente, insurgindo-se contra ato que indeferiu seu pleito de isenção de IPVA sobre o veículo de sua propriedade, Fiat Strada Adventure, placa XXX, ano de fabricação 2001, modelo 2002, alegando, em síntese, que tem direito à isenção pleiteada, nos termos previstos na Lei 14.937/03, art. 3º, inciso III, por ser portador de poliomielite, hipotrofia da musculatura, membros inferiores e marcha claudicante, conforme certidão expedida pelo DETRAN/MG, tendo aludido órgão de trânsito lhe fornecido laudo concluindo pela necessidade de adaptação do veículo a ser conduzido por ele, recomendando-lhe uso de câmbio

automático ou semi-automático.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 10/32.

A r. decisão de fls. 40/42 indeferiu não só a liminar pleiteada, mas a própria inicial, ao fundamento de que '...o câmbio automático ou semi-automático, a princípio, não é uma adaptação, mas um produto de linha, o chamado opcional', e de que se trata '...de matéria sujeita a interpretação, senão a constatação de outros elementos, inclusive no que tange à indigitada deficiência do impetrante'.

E é contra tal decisão que se insurge o Ministério Público.

Com efeito, a r. sentença recorrida indeferiu a inicial, com fulcro no art. 8º da Lei 1.533/51, que assim dispõe: 'Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.'

No entanto, *data venia*, a r. sentença recorrida, ao indeferir a inicial, adentrou ao próprio mérito da questão, decidindo que trata-se 'de matéria sujeita a interpretação, senão a constatação de outros elementos, inclusive no que tange à indigitada deficiência do impetrante', e que 'o câmbio automático ou semi-automático, a princípio, não é uma adaptação, mas um produto de linha, o chamado opcional'.

Ocorre que o impetrante juntou aos autos os documentos de fls. 23/24, no intuito de comprovar que seu veículo sofreu adaptação, conforme exigência do DETRAN, sendo certo que tais documentos foram desconsiderados pela r. decisão recorrida, que entendeu tratar-se de 'produto de linha', sem, no entanto, possibilitar ao Ministério Público sua obrigatória intervenção.

E, ainda que o honrado Juízo a quo já tenha convicção jurídica formada sobre a matéria tratada no mandado de segurança, para haver o enfrentamento do mérito da questão necessário que se obedeça à legislação em vigor, qual seja, o Código de Processo Civil e a Lei 1.533/51, vale dizer, há que se proceder à notificação do impetrado e à oitiva do Ministério Público, conforme determinam os arts. 9º e 10 da Lei 1.533/51, sob pena de nulidade do julgado.

Ademais do disposto no artigo 10 da Lei 1.533/51, é de se observar o comando do art. 83, I, do CPC, que assegura ao Ministério Público vista dos autos depois das partes, bem como a intimação de todos os atos do processo quando sua intervenção se dá como fiscal da lei, e ainda o disposto no art. 84 do CPC, que considera causa de nulidade a não intervenção do Ministério Público nas causas em que tal intervenção é obrigatória, como ocorre *in casu*.

Frise-se que nas ações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória e expressamente prevista em lei, como *in casu*, é necessário o efetivo pronunciamento do Ministério Público, sob pena de nulidade, pois que o Ministério Público não intervém na defesa do direito do impetrante ou do impetrado, mas sim na defesa da ordem jurídica, cabendo-lhe velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo, advogando os altos interesses da Justiça, razão porque da obrigatoriedade de sua efetiva manifestação, sob pena de nulidade.

A propósito, assim já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

'CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1533/51, APLICAÇÃO DO ART. 10 - PROCESSUAL CIVIL - MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA E OBRIGATÓRIA.
I - Em mandado de segurança é necessário e obrigatório o efetivo pronunciamento do Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, C.F.).
II - Anulação do processo, para ficar assegurada a participação do Ministério Público. (REsp nº 73887-AM, Primeira Turma, DJ 20.05.96, Rel. Min. Milton Luiz Pereira)'.

'EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE.

1. Consoante entendimento assente na Primeira Seção do STJ, é obrigatória a intervenção do Ministério Público nos mandados de segurança, sob pena de nulidade.
2. Por seu manifesto interesse público, esse pronunciamento não se subordina ao prazo estipulado no art. 10 da Lei 1.533/51.
3. Embargos de divergência conhecidos e recebidos. (REsp nº 26709-AM, Primeira Seção, DJ 25.09.95, Rel. Min. Peçanha Martins)'.

Diante do exposto, e de tudo mais que dos autos consta, o Ministério Público, através de sua Promotora de Justiça que esta subscreve, requer seja dado provimento ao presente recurso, para que seja anulada a r. sentença *a quo*, determinando-se o normal prosseguimento do feito, com a notificação do impetrado e, posteriormente, vista dos autos ao Ministério Público para oferecimento de parecer.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007.

Iraídes de Oliveira Marques

Promotora de Justiça”

Razões de recurso – Ação ordinária – Dano moral – Valor fixado irrisório

“Processo nº 03 137 985 – 2

Apelante: Ministério Público

Apelado: Estado de Minas Gerais

Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Colenda Procuradoria de Justiça

Nos autos de ação ordinária movida por L. S. R., G. S. R. e I. S. R., qualificados em face do Estado de Minas Gerais, o douto sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido exordial, reconhecendo o dever de indenizar do réu, por conta da morte de G. J. R., esposo e pai dos autores, ocorrida no dia 08 de março de 2003, em cela da Delegacia de Furtos e Roubos desta Capital.

Inconformado, no tocante à fixação do dano moral em apenas R$ 10.000,00 (dez mil reais), cuidando-se de menores impúberes, este membro do *Parquet* apresenta a tempo e modo a presente apelação.

Relatados, à fundamentação.

Recurso próprio e tempestivo, merecendo conhecimento.

Discute-se nesses autos a repercussão jurídica da morte de G. J. R., ocorrida no dia 08 de março de 2003, quando encontrava-se custodiado na famosa Delegacia de Furtos e Roubos desta Capital.

A jurisprudência pátria apresenta-se, *in casu*, absolutamente pacífica no que tange ao dever do Estado de assegurar, de forma efetiva (e não apenas fictícia), a incolumidade física e mental de todo e qualquer preso que se encontra sob sua custódia.

Cretella Júnior assevera:

'Pessoas recolhidas a prisões comuns ou quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra

qualquer tipo de agressão'. (**O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva,1980, p. 251-252).

Nesse norte, foi o pedido inicial julgado parcialmente procedente, arbitrando o culto magistrado de primeiro grau indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), isto é, R$ 3.333,33 (três mil, trezentos e trinta e três reais, trinta e três centavos), poucos mais de 11 (onze) salários mínimos para cada um dos autores.

A nosso pensar, não agiu com o costumeiro acerto o douto magistrado *a quo*, afastando-se dos critérios jurisprudenciais e doutrinários que delimitam a fixação do dano moral.

Como é de curial sabença, na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Assim manifesta-se a jurisprudência:

'No arbitramento do valor do dano moral é preciso ter em conta o grau em que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação. A intensidade da culpa, a violência, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso poderão informar o critério a ser adotado em tal arbitramento, árduo e delicado, porque entranhado de subjetividade (RT, 602/180)'.

É verdade que a indenização por dano moral não pode constituir-se em locupletamento ilícito para quem a postula, devendo o arbitramento operar-se com cometimento, proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Todavia, não se pode esquecer, lado outro, que semelhante recomposição deve servir de verdadeiro desestímulo ao ofensor, caso pretenda repetir aziago ato.

Nos presentes autos, tem-se mais uma das inúmeras condutas omissivas perpetradas pela Administração Pública que, como cediço, entrega seus presos à própria sorte.

Ora, dos 22 (vinte e dois) assassinatos de presos ocorridos até o mês de agosto de 2003, 16 (dezesseis) foram da Divisão de Crimes Contra o Patrimônio (fls.60/70).

Repete-se a malfadada conduta: pouco importou à Administração Pública estadual se, entre as inúmeras pessoas que dividiam o exíguo espaço de uma cela, existiam pessoas que, por qualquer motivo (ou sequer imbuídas de motivação plausível), entenderam por dar cabo à vida do marido e pai dos autores.

Nesse sentido, o irrisório dano moral fixado presta-se a fomentar a notória negligência do Estado no tocante aos presos sob sua custódia, sendo, de outra parte, insuficiente para compensar ainda que precariamente a dor sofrida pelos autores, dada a gravidade objetiva dos fatos – duas crianças perderam estupidamente o pai.

Não se pretende enriquecer os requerentes, mas não se pode permitir a fixação ínfima do dano moral, pena de se provocar efeito inverso, aumentando-se o sofrimento dos menores que perderam de forma repentina e violenta o genitor. Sobre o assunto:

'Relator: LUCAS SÁVIO V. GOMES. Data do acórdão: 26/08/2004. Data da publicação: 24/09/2004. Ementa: INDENIZAÇÃO - REEXAME NECESSÁRIO - MORTE DE PRESO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ART. 37, §6° DA CF - CARACTERIZAÇÃO - DANO MORAL - PARÂMETROS. O Estado tem o dever de indenizar a morte de preso ocorrida no interior de cadeia pública, quando ocorrida conduta omissiva de seus agentes, verificada a partir do momento em que se deixa de zelar pela higidez do detento, por sua integridade corporal e por sua vida, nos moldes do art. 5°, XLIX, da CF. Na fixação do dano moral considerar-se-á um montante indenizatório que possa proporcionar à ofendida algum lenitivo para sua dor, bem como elemento de punição eficaz ao ofensor, conjugando-se, a isto, a extensão do dano e as condições econômicas e sociais das partes envolvidas. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

> Súmula:
>
> EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, VENCIDO O RELATOR PARCIALMENTE. Proc.nº 1.0056.99.005331-8/001(1)' (grifo nosso).
>
> No corpo do sobredito acórdão, assim se manifestou o Des. Prof. Kildare Carvalho, acerca do dano moral em posicionamento vitorioso:
>
> 'Trata-se de reexame necessário da r. sentença que, nos autos da ação de indenização movida por MARIA GUIOMAR SOUZA contra o ESTADO DE MINAS GERAIS, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a indenizar a autora pelos danos materiais e pelos morais, fixando estes na quantia de R$ 48.000,00, corrigidos monetariamente com base no INPC-IBGE, até o efetivo pagamento, e acrescidos de juros de mora, a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês até dezembro de 2002 e, a partir de janeiro de 2003, calculados à taxa de 1% ao mês.
> Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para dele divergir quanto ao valor da indenização pelos danos morais experimentados pelo autor.
> Isto porque, conforme manifestei em casos análogos (Apelação Cível n. 224878-9), na fixação do valor da reparação por dano moral, deve o juiz levar em consideração as contingências factuais da lide, não podendo *o quantum* indenizatório constituir lucro fácil para o lesado, nem seja ínfimo ou irrisório.
> Na hipótese dos autos, contudo, não merece reforma o valor fixado pelo MM. Juiz singular pois, muito embora a indenização por danos morais não pague a dor experimentada pelo ofendido, conforme entendimento da mais moderna e perfeita doutrina, a prestação pecuniária tem não apenas função satisfatória, mas também punitiva, visando suavizar os limites das forças humanas para certos males, injustamente produzidos.
>
> Diante do exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença'. (grifo nosso).
>
> Destarte, não merece prosperar o dano moral fixado na instância primeva, sendo claramente irrisório o valor de pouco mais de 11(onze) salários mínimos para cada um dos autores.
>
> Mercê de tais considerações, busca o Ministério Público a reforma parcial do *decisum*, elevando-se o dano moral para valor não inferior a R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos autores menores, G. S. R. e I. S. R., reportando-se, a propósito, o *Parquet* ao parecer final lançado às fls.173/186.
>
> Belo Horizonte, 02 de setembro de 2005.
>
> Elvézio Antunes de Carvalho Júnior
> Promotor de Justiça”

Mandado de segurança – Trânsito – Resolução nº168/2004 do Contran – Ilegal

> “PROCESSO Nº 024.06.206.486-0
>
> MM. Juiz:
>
> P.A.A. manejou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, em face do CHEFE DO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DE MINAS GERAIS – DETRAN/MG.
>
> A impetrante aduz que iniciou seu respectivo processo de obtenção de Carteira Nacional de Habilitação em 09.04.2002, no qual recebeu o nº de candidato 7133545.
>
> Acrescenta que em 23.06.2003 realizou o exame médico sendo considerada apta.
> Informa que o exame médico realizado tem validade de 5 (cinco) anos, ou seja, até 23.06.2008, conforme

determina a norma do art. 147, §2°, do CTB.

Salienta que em 03.10.2005 foi aprovada no exame de Legislação.

Afirma que mesmo que o poder regulamentar conferido por Lei ao CONTRAN de disciplinar matérias de sua alçada, ao exarar a Resolução 168/2004 e a Resolução 169/2005, estabelecendo que o processo de habilitação do candidato ficará ativo no órgão de trânsito do Estado, pelo prazo de 12 meses, contados da data do requerimento do candidato, este não merece prevalecer, vez que a Legislação vigente no momento do exame médico dispõe que, teria o prazo de 5 (cinco) anos para concluir seu processo de habilitação, a contar da data da realização do referido exame, conforme dispõe o art. 147, §2º, do CTB.

Roga a impetrante, em sede liminar, comando judicial para que a autoridade coatora se abstenha de cumprir as Resoluções 168 e 169 do CONTRAN e a Portaria nº 15, do DENATRAN, ou seja, se abstenha de cancelar seu processo de habilitação, situação a ser confirmada em sede meritória.

Com a inicial, foram juntados os documentos de fls. 14/29.

À fl. 32 esse i. Juízo deferiu o pleito liminar, determinando a notificação da autoridade impetrada.

Às fls. 39/41, o Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais prestou informações, batendo-se, em preliminar, pela decadência e ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, pela denegação da segurança, haja vista que o Código de Trânsito Brasileiro em nenhum dispositivo tratou de prazo para a conclusão do processo de aprendizagem e habilitação, deixando a cargo do Conselho Nacional de Trânsito disciplinar referido processo.

É o relatório, no essencial.

Da preliminar de decadência.

Arguiu o impetrado a decadência do direito à impetração, ao argumento de que o ato impugnado há que ser a normatização do processo de habilitação por parte do CONTRAN, cujo ato se exteriorizou através das Resoluções 168/04 e 169/05, publicada a primeira no Diário Oficial da União em 22/12/04, e republicada em 17 de março de 2005 com as alterações introduzidas pela Resolução 169/05.

No entanto, *data venia*, não se trata de mandado de segurança contra a normatização da matéria pelo CONTRAN ou pelo DENATRAN, mas sim contra ato concreto praticado pelo impetrado, com base em normatização da lavra de tais órgãos.

A propósito do tema, assim ensina HELY LOPES MEIRELLES:

'É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante [...]'. (*In:* **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data***. 19. ed. São Paulo: Malheiros, pág. 49.).

Da preliminar de ilegitimidade de parte.

Ainda em preliminar alegou o impetrado sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que o DETRAN/MG apenas cumpre uma norma regulamentar estabelecida pelo órgão competente, qual seja, o CONTRAN.

Nesse ponto, melhor sorte não assiste ao impetrado, pois que é a autoridade indicada no proêmio a responsável, administrativamente, no âmbito do Poder Executivo de Minas Gerais, pela efetivação da normatização do CONTRAN e do DENATRAN.

Vale lembrar que autoridade coatora é aquela que detém poderes para praticar ou não o ato, não importando que a ordem provenha de seu superior, não sendo contra a autoridade de onde emanou o ato,

mas contra quem o executa é que deve ser dirigido o *writ*. Tanto é verdade, que buscou a nominada autoridade espancar, com veemência, as múltiplas assertivas exaradas no instrumento exordial.

Portanto, em resumo, devem ser repelidas as preliminares.

Do mérito.

Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial, que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.

A Constituição Federal, conquanto não defina o *writ*, reza, em seu artigo 5º, inciso LXIX, que:

'Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público'.

Cretella Júnior define o mandado de segurança como:

'[...] a ação de conhecimento, de rito sumariíssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou delegado do poder público, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, não amparável por *habeas corpus*, ou tenha justo receio de sofrê-lo, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, *in natura*, ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou efetivamente tirou'. (*In:* **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 335.).

Na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, 'direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração'.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, além da ausência de dúvidas quanto aos fatos, o direito líquido e certo para fins do *mandamus* deve apresentar alguns requisitos, quais sejam: 'certeza jurídica, direito subjetivo próprio do impetrante e objeto determinado'.

No caso vertente, o cerne da questão consiste no exame da legalidade do ato administrativo que alterou a data de validade do exame médico e psicotécnico realizado pela impetrante.

Com efeito, o art. 147, § 2º, do CTB, assim dispõe:

'Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte forma:
[...]
§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado'.

Ora, os documentos acostados aos autos demonstram que a impetrante realizou o exame de sanidade física e mental e foi considerada apta, sendo que o dito exame ainda tem validade, nos termos da legislação supramencionada.

As Resoluções 168 e 169 do CONTRAN, a Portaria 15 do DENATRAN, e a Instrução 001/2006 do DETRAN, a pretexto de regulamentar o processo de habilitação do condutor, extrapolaram o previsto no CTB, criando prazos inferiores ao previsto no aludido Código para a validade do exame médico e psicotécnico, ou seja, extrapolaram a correta aplicação da Lei, uma vez que não se limitaram a explicitá-la e que não estabeleceram regras gerais e abstratas de conduta.

A propósito, ensina o Prof. HELY LOPES MEIRELLES que os atos administrativos normativos possuem

caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

'Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los'. (*In:* **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros. p. 158-159.).

Assim sendo, conclui-se que as Resoluções 168 e 169 do CONTRAN e a Portaria 15 do DENATRAN extrapolaram o mencionado no art. 147, § 2º, do CTB, ao anteverem prazo inferior ao previsto em dito artigo legal para a validade do exame preliminar médico e psicotécnico para o candidato à habilitação.

No tocante ao prazo de validade dos demais exames, mormente do exame de legislação, entendo que a impetrante não logrou êxito em demonstrar ofensa a seu direito líquido e certo, pois não foi comprovado que antes das Resoluções mencionadas o exame de legislação tinha prazo de validade de cinco anos.

Isto posto, opino pela parcial concessão da segurança, afastando-se a decisão administrativa tão-somente em relação ao exame médico e psicotécnico já realizado, nos termos do art. 147, § 2º, do CTB.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2010.

Franklin Higino Caldeira Filho

6º Promotor de Justiça

1ª Promotoria de Justiça”

Mandado de segurança – Teto constitucional pensionista do IPSEMG

AUTOS N.º 442.924-2

MM. Juiz:

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por T. N. S., qualificada, contra ato atribuído ao Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda e ao Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais.

A autora verbera que na condição de pensionista do Estado de Minas Gerais, desde o ano de 1988, está a sofrer redução em seus proventos, por força do que prescreve a Lei nº 15.013, de 24.01.2004, em seu art. 1o, que instituiu, novamente, a figura do abate teto, editada em razão da EC nº 41/03.

Informa que, após requerer a conferência dos proventos a que faria jus, foi informada de que estes ultrapassariam o teto estadual previsto na sobredita legislação estadual. Em face disso, a primeira autoridade impetrada decotou em seu desfavor o suposto excesso, limitando sua pensão em R$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).

Verbera, em síntese, o entendimento no qual a Emenda Constitucional 41/03 não pode infirmar direitos adquiridos, de forma a comprometer a segurança jurídica.

Busca prestação liminar para que seja efetuado o pagamento de seus proventos, sem o expurgo do aludido *limite constitucional* mineiro, situação a ser consolidada em sede meritória.

Juntou os documentos de fls. 12/32.

A liminar rogada restou deferida às fls. 22/24.

Devidamente notificado, o Presidente do IPSEMG prestou as informações de fls. 38 e seguintes.

Adentrando na seara meritória, assevera, em síntese, que a remuneração dos servidores públicos estaria excluída do alcance dos direitos e garantias individuais e sociais ou das chamadas cláusulas pétreas, não sendo infensa, assim, pela vontade mesma do constituinte originário ao exercício do poder constituinte derivado.

O Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda – fls. 83 e seguintes – manifestou-se argüindo as mesmas razões profligadas pela primeira autoridade coatora.

O IPSEMG informa o aviamento de recurso de agravo em desfavor da decisão que deferiu a pretensão liminar – fls. 65/77, irresignação essa acolhida pelo eminente Des. Brandão Teixeira – fls. 96/97.

É o relatório no essencial.

A questão permeando a legitimidade passiva ad causam suscitada pela primeira autoridade impetrada, resta de todo improcedente. Vale lembrar, autoridade coatora é aquela que detém poderes para praticar ou não o ato, não importando que a ordem provenha de seu superior, não sendo contra a autoridade das quais emanou o ato, mas contra quem o executa que deve ser dirigido o *writ*.

Tanto é verdade, que buscou a nominada autoridade espancar, com veemência, as múltiplas assertivas exaradas no instrumento exordial.

A legitimidade passiva no mandado de segurança deve prescindir de rigor extremado, pois as peculiaridades, *in casu*, autorizam concluir que nem sempre a complexa estrutura estatal propicia condições para identificar a autoridade apontada como coatora, não podendo, destarte, inviabilizar o direito ao livre acesso à Justiça.

Demais disso, a jurisprudência superior tem peremptoriamente advertido que se a autoridade impetrada limita-se a suscitar sua ilegitimidade passiva, apenas para provocar um desarrazoado imbróglio processual, passando, logo em seguida, a tecer considerações meritórias, não faz desaparecer, como que por encanto, a sua característica de autoridade coatora (mormente quando, como dito alhures, contesta o mérito da impetração).

Superada a questão preambular agitada pelo Diretor da Superintendência de Recursos Humanos da SEF, urge adentrar no mérito da impetração.

Ao Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, cabe reformar a Constituição Federal por meio de emendas. Porém, deve respeitar as vedações expressas e implicitamente impostas pelo poder *constituinte originário* – hierarquicamente superior – porquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Segundo Alexandre de Moraes:

'A emenda constitucional somente ingressará no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias, pois é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Ressalte-se que a Emenda constitucional somente permanecerá no ordenamento jurídico se em sua edição tiver respeitado as limitações expressas e implícitas decorrentes do art. 60 da Constituição Federal'. (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 347.)

A Emenda Constitucional nº 19/1998 atendeu às limitações expressas e implícitas contidas »no art. 60 da CF/88.

Todavia, com o implemento da Emenda Constitucional nº 41/2003, restaram novamente alterados os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revogando-se os cânones da EC nº 20/98 e o inciso IX do § 3o do artigo 142.

O decote de vencimentos e/ou proventos da aposentadoria, ou *qualquer outra espécie remuneratória*, a ser levado a efeito pela autoridade impetrada (cognominado de *abate teto*), encontraria suporte nos arts. 1o, 8o e 9o, do novel excerto constitucional derivado, assim redigido:

'Art. 1º. A Constituição Federal passa vigorar com as seguintes alterações:

Art. 37. (*omissis*)

[...]

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandado eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos »Procuradores e aos Defensores Públicos;

[...]

Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e

cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º. Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Por sua vez, a Lei Estadual nº 15.013/04 - alterada pela Lei nº 16.658/2007, estabelece:

'Art. 1º. O subsídio mensal do Governador do Estado, do Vice-Governador, de Secretário de Estado e de Secretário Adjunto de Estado, composto de vencimento e representação, em partes iguais, é o constante no Anexo ('Anexo (a que se refere o art. 1º da Lei nº 16.658, de 5.1.2007):

Cargo: Subsídio:

Governador do Estado R$ 10.500,00

Vice Governador R$ 10.250,00

Secretário de Estado R$ 10.000,00

Secretário Adjunto R$ 9.000,00) desta Lei.

Art. 2º. (*omissis*).

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de fevereiro de 2003'.

A par de malferir *o pacto federativo, a independência dos poderes* e inúmeras outras questões de índole pétrea, semelhantes cláusulas constitucionais introduzidas pelo *Constituinte Derivado* sofrem de outros males, por mais que os dignos parlamentares pretendessem obter uma redação escorreita e isenta de dúvidas.

Inequívoco que, em simultâneo caminhar, existe a necessidade de aperfeiçoamento do sistema legal e magno, diante das sucessivas alterações que se apresentam nos diuturnos crescimento e complexidade das nações, mormente a brasileira, que mal ajustou suas vestes no modelo democrático de direito.

Entrementes, não se pode perder de vista, exatamente diante do Estado Democrático de Direito, que as alterações, abruptas, intempestivas e teratológicas enfeixadas em determinadas normas magnas, podem subverter princípios originários de direito (os quais permitiram o renascimento desse mesmo e louvado Estado Democrático).

Na admoestação de Reinhol Zippelius, 'a indispensável busca pela inovação e aperfeiçoamento da ordem jurídica não pode ensejar, noutro giro, a sadia confluência axiológica estabilizadora do ordenamento'. (*In: **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland Heidelberg***.Constituição Federal. Müler, 1978. p. 16.)

Nessa senda, inadmissível a subversão do Princípio de Segurança Jurídica, incunábulo dos ordenamentos jurídicos de escol (e felizmente recepcionado pelo ordenamento pátrio), revelador do clássico Princípio da não Retroatividade.

Semelhante cânon tem alcance geral e irrestrito, submetendo não apenas as relações erigidas sob o

império do Direito Privado, mas, também, aquelas constituídas sob a égide do Direito Público. (JHERING, Rudolf von. *In:* **Léprit du Droit Romain**. Libraire Marescq Ainné, 1936, v. II, p. 75.))

Vale gizar que, historicamente, mesmo após os embates institucionais históricos da humanidade, onde tradições jurídicas publícolas foram sangrenta e reiteradamente substituídas por regimes de exceção, as instituições que se instalaram, via de regra, jamais suprimiram o Princípio da Irretroatividade, tendo-o como cânon irrenunciável em prol da segurança e da coerência.

Nessa senda, soa institucionalmente sagrada a certeza de que havendo a produção de uma norma jurídica pretendente a regular uma relação jurídica plenamente constituída sob o amparo das normas legal/magna precedentes, essa pretérita disposição deve ter eficácia ou verossimilhança para o futuro; jamais para o passado, que a erigiu, sem máculas ou teratologia.

Ora, como visto alhures, a cláusula-norma, ao medir forças com as normas constituídas sob o império da norma anterior, não pode, de maneira sub-reptícia, submeter as pretéritas aos novos horizontes normativos, sem acautelar-se ou respeitar determinados limites e condições, absolutamente inafastáveis.

Urge assinalar: a novel norma não pode retrotrair seus efeitos para alcançar situações definitivamente esteadas na afluência da norma pretérita – principalmente quando esta apresentar-se procedente de norma constitucional originária.

Vale dizer, cada relação jurídica se configura e, conseqüentemente, materializa os seus efeitos, em consonância com a norma do tempo de sua configuração. (Segundo a memória jurídica brasileira, desde o Império (Constituição Federal de 1824), já se consagrava o princípio da irretroatividade (art. 179): 'Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. A sua disposição não terá efeito retroativo'. A era republicana, em 1891, deu continuidade ao citado cânon (art. 11): '... § 3º: É vedado aos Estados, como à União: prescrever leis retroativas'. Até os dias atuais, semelhante princípio permanece intocável (vide Constituição Federal de 1934, art. 113, nº 3; Constituição Federal de 1946, art. 141, § 3º; Constituição Federal de 1967, arts. 149, IX, 153, § 3º; e Constituição Federal de 1988, art. 5o, XL).

Noutro giro, o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas merece destaque, quando eclodem os inevitáveis conflitos de normas temporais. Semelhante postulado encontra predomínio na regulação da maioria das nações civilizadas, sendo certo que, em terras tupiniquins, outorgaram-lhe, em boa hora, a condição de direito universal, assim erigida no preâmbulo e no artigo 5º,*caput*, da Constituição Federal de 1988.

Diante do auspicioso quadro democrático ensejado através da Constituição Cidadã de 1988 (que assim seja eternizado), a estabilidade – inclusive do próprio sistema solapado pela Revolução de 1964 – irmã gêmea da segurança jurídica, tornou-se fenômeno importante nas lindes do Direito Público.

Assim, o postulado alhures, iniludivelmente pétreo, propõe-se a salvaguardar as relação jurídicas verossímeis contras as modificações subitâneas, oportunistas, muitas das vezes politicóides, que venham a atentar, sem dó nem piedade, contra normas preexistentes, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, da prescrição; e, até mesmo, da decadência.

Semelhantes prescrições, não é exagero dizer, estruturam o Estado de Direito.

Norbert Achterberg em boa hora preleciona: '[...] em sentido material, Estado de Direito significa um Estado em que a Justiça e a Segurança Jurídica, inclusive a paz jurídica, devem ser procuradas e desenvolvidas' (*In:* **Allgemeines Verwaltungsrecht Heidelberg**. DECKER; MÜLLER, C.F. § 5º, I, 1, 1985. p. 73.).

Com efeito, o próprio significado de Estado, exatamente aquele constante da Teoria Geral do Estado, submete a sua existência (sim, existência e por que não, sobrevivência) ao Princípio da Segurança Jurídica, de molde que esses dois conceitos necessariamente se completam.

Por isso mesmo, submetida a um complexo de relações interpessoais cada dia mais dinâmico e abstruso, uma das principais incumbências ou gravames dirigidos ao Direito, quer público quer privado, indica ser a de resguardar (ou ressalvar) um razoável grau, não de vaticinação, mas de ponderável seqüência das expectativas e das escolhas antes priorizadas pelo sistema jurídico.

Quem de nós não deseja o respeito e a manutenção de *vínculos estáveis* contra os desgastes do presente e as incertezas do futuro? (As amizades, o emprego e, principalmente, as instituições do Estado, *v.g.*, o casamento, a família, as sociedades comerciais, os governos etc., pugnam por isso em seus regimes).

Em razão da busca de certa perenidade que deve contagiar as relações humanas, a norma constitucional derivada deve, ao administrar o incógnito conflito entre o passado e o futuro, comutar-se num mecanismo de *redução da complexidade*, impedindo uma visceral fragmentação e ulterior descontinuidade endêmica dos princípios ou marcos que orientam os agentes sociais e econômicos, assegurando as condições de estabilidade institucional de determinada nação.

É isso, aliás, que vem o Judiciário realizando quando licitamente espanca as manobras econômicas e sociais realizadas por inúmeras administrações públicas que, perseguindo o idílio do populismo, reiteradamente editam normas cujos aziagos conteúdos redundaram em infesto sismo no seio das relações econômicas e sociais deste País.

Por isso mesmo, Reinhold Zippelius (**Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland Heidelberg**. Constituição Federal. Müler, 1978. p. 338) leciona: 'Benthan e outros consideraram praticamente como finalidade principal do Direito criar segurança jurídica e, conseqüentemente, uma base segura para as regulações', postulado este dirigido, principalmente, ao próprio legislador.

De tudo isso, extrai-se hoje a *ratio* da vedação, via de regra, de normas retroativas de Direito, de molde a ensejar a integridade teleológica do próprio arcabouço jurídico (e do próprio sistema democrático).

Vale trazer à balha a frase esculpida por Paul Ricouer, para quem democracia '[...] é um sistema que só funciona se as pessoas acreditarem nele. Pois não repousa sobre a legitimidade ou sobre a força, repousa sobre a confiança'.(*In:* **O Único e o Singular**. São Paulo: Unesp-Eepa, 2002. p. 64.)

A conduta do constituinte derivado, sempre e peremptoriamente dirigida a introduzir preceitos dessa natureza (criando emenda constitucional, cujo principal objeto é o de mandar aplicar prescrição de norma constitucional originária, cujo bojo carrega iniludível carga de transitoriedade), não passa de tentativa, clarividente, de malferir o postulado pétreo da *segurança das relações jurídicas*, situação que por si só abala os alicerces do próprio sistema democrático (Nessa senda, urge lembrar que o constituinte originário determinou: 'Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe *a defesa da ordem jurídica, do regime democrático* e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'.).

E não venham os mais incautos verberar o contrário ou que se trata de comparação abominável ou desatinada.

Foi sob a alegação da necessidade de se *preservar e garantir* a ordem jurídica e democrática, que nestas e em outras terras muitos perpetraram toda a sorte de infortúnios em desfavor do sistema que hoje tanto louvamos...

Num mundo de transformações diuturnas, às vezes extravagantes e oportunistas, onde valores surgem num segundo e esvanecem em outro; onde as garantias contratuais são alborcadas por promessas populistas e imediatistas; onde aos inativos, antes portadores de determinadas prerrogativas contratuais, mormente de cunho laboral, vêem-nas transformadas em pó; e onde respectivamente à terceira idade entremostra-se uma salutar (sic) oportunidade para ingressar numa sucessão de demandas judiciais, exsurge o Judiciário como o inerrador da continuidade formal, da estabilidade jurídica e da confiabilidade material do sistema normativo democrático.

Pretende a fustigada Emenda Constitucional nº 41/2003 coatar a auto-aplicabilidade, direta e imediata, do teto e do subteto salariais, de molde a reanimar, de forma surpreendente, o originário art. 17 da ADCT.

Busca, com efeito, emprestar retroatividade à norma vulgarmente denominada abate-teto. Semelhante conduta legislativa entremostra-se aziaga, na medida em que ultraja as máximas, suso discriminadas, de direito intertemporal.

Inequívoco que o art. 17 do ADCT constitui originária; porém, dispensa do exegeta esforço no sentido de se tratar de norma transitória, aplicável imediatamente à época de seu advento ('*serão imediatamente reduzidos*'). Ou seja, a transitoriedade ali prevista esgotou-se no momento em que esse dispositivo restou aplicado.

Sem hesitar, é sabido e ressabido que dita indicção é ou foi aplicada, sendo indubitável que o art. 17 do ADCT já foi ou deixou de ser aplicado, muito antes do nascimento da Emenda Constitucional n. 41/2003. Esta norma não tem, absolutamente, a dádiva de revigorar semelhante cânon, pelo menos no tópico que não permite a invocação de direito adquirido (porquanto o dispositivo originário, diante de sua transitoriedade, exauriu-se – urge repetir).

Pretender que um excerto constitucional seja dilargado, a ponto de abominar direitos individuais (não se trata apenas de suprimir a norma do art. 5º da CF/88, mas o próprio direito ali consignado), é conduta legislativa teratológica.

Nesse aspecto, a emenda deve sempre, sob pena de restar natimorta, reverenciar as cláusulas intangíveis, exatamente porque exterioriza uma vontade não processualmente habilitada, mas, principalmente, um anelo constitucional derivado.

A norma prevista no art. 5o XXXVI, não enfrenta apenas o legislador ordinário.

Não se está falando sobre a impossibilidade de a Constituição Federal sofrer derrogação em face de direitos adquiridos. O que se quer deixar claro é a certeza de que ao afirmar o Pretório Excelso sobre a inexistência de direitos adquiridos contra a Constituição (ou que os dispositivos constitucionais têm constância imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos pretéritos e não os fatos consumados no passado (REx nº 157.538 e REx nº 140.499), não pretendeu negar que a retroação não poderia aspirar a abolir direitos individuais).

O desacordo com a Constituição – que excepcionalmente autorizaria emprestar ressalva à invocação do direito adquirido – é aquele apresentado em face da Constituição originária e, nunca, em relação à derivada.

Do contrário, resultaria sem tino o art. 60 da Constituição Federal, cujo cânon peremptoriamente veda Emenda Constitucional propensa a abolir direitos individuais. Aliás, o próprio art. 3o da EC nº 41/03 pugna reverência aos direitos individuais:

'Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente'.

Jorra aos olhos a abundante certeza de que semelhante e novel excerto constitucional entremostra-se em dissensão com a Constituição originária, pois, segundo o disposto no art. 60 da Carta Republicana de 1988, é vedado o implemento de norma derivada tendente a abolir direitos individuais.

Assim, o artigo 9º da EC n. 41/2003, não poderá emprestar novo corpo ao teor do inumado art. 17 do ADCT. Do contrário, fustigará as regras de direito intertemporal, mormente aquela que distingue as ocasiões claramente delimitadas dos momentos *originário e derivado*, no exercício do poder constituinte.

Como em toda e qualquer reforma pretendida pelo constituinte derivado, a ele é defeso revogar preceitos

emanados e solidamente abarcados por normas constitucionais originárias. Permite-se, tão-somente, ensejar disposições para o *futuro*. Vedados estão os cortes de vencimentos e/ou proventos (muito menos retroativos).

Soa írrita uma suposta salvaguarda de princípios fiscais a despeito de princípios constitucionais inquebrantáveis.

Ademais, quando se percebe que os eventuais abatimentos salariais não têm o condão de resolver os problemas estruturais da Previdência Social, o suposto efeito moralizador (?) da emenda, certamente terá o condão de erradicar princípios pétreos de índole democrática.

Por que, adiante, não se ousará canhonear o próprio regime democrático de direito? Outros, em era recente ou de antanho, muito fizeram contra as garantias individuais, aliás, em nome de regras ou garantias muito menos vitais...

Nesse diapasão, cumpre assinalar que sob o prisma da necessidade de reformulação do arcabouço jurídico, ao Poder Legislativo, no mais primoroso exercício de seus inescurecíveis misteres, cabe escolher a alternativa menos gravosa aos direitos dos cidadãos. (LARENZ, Karl. **Richtiges Recht**. München: Verlag C. H. Beck, 1979. p. 131.)

A missão de inovar é mister do qual não podemos nos afastar. Mas esse encargo não pode desviar-se do zelo pela vitalidade do sistema. Não se pode desprezar o enfermiço, mas também de maneira nenhuma deve ser ministrado fármaco excessivo.

A medicação e o seu *quantum* devem fazer frente à mazela, sendo certo que a terapia deve sempre avaliar a capacidade do corpo de enfrentar o mal e reabilitar-se. O excesso de fármaco aniquila. Assim deve ser a intenção do legislador constituinte derivado. Ao tratar a mazela deve buscar e, se possível, experimentar os mesmos processos mentais e espirituais do Criador (*in casu*, o constituinte originário).

Estabilizar é feito que não comporta apenas um parâmetro perseguido pelos dirigentes de uma nação (o fiscal). É empreitada que diz respeito principalmente à própria norma originária. Não se encontrará, jamais, a sonhada *estabilidade social*, enquanto se fustigar toda a sorte de direitos e garantias individuais.

A estabilidade, mormente constitucional, é condição *sine qua non* para o implemento da Justiça, difusamente considerada.

Tanto isso é verdade que neste País o Judiciário encontra-se mergulhado em demandas multifacetadas, provocadas (e sempre proteladas) pelo Poder Público. Entrementes, assistimos boquiabertos os eventuais administradores públicos, perante os meios de comunicação, confessando a marosca incutida nessas ações; porém, nada fazem para espancá-las, de molde a possibilitar ou mesmo fazer a Justiça Social que tanto pregam nos momentos eleitoreiros!

Saulo Ramos, em artigo publicado em 'O Globo' (**Previdência, imprevidência do constituinte.**), de 24.01.2003, sintetiza com perspicácia o imbróglio ora enfeixado:

'[...] Há o segundo aspecto do problema, que levou o presidente do Supremo a falar em revolução para a alteração desta garantia constitucional, entendimento que provocou, por uns dias, crise no mercado financeiro, sempre atrás do toco e pronto para especular diante de qualquer fato. Desta vez, foi surpreendente; especulou com a singela opinião doutrinária, porque segundo a ciência constitucional, o parlamento não pode alterar constituições desconstituindo as garantias fundamentais, ou o direito adquirido, a não ser quando convocada uma constituinte originária; o que somente acontece depois de revoluções ou golpe de estado. É matéria escolar, valores jurídicos sem cotação em bolsa ou mercado.

Nesta segunda complicação, há aquela regra inventada pelo constituinte de 1988 (sempre ele!), no art. 60, § 4º, que proíbe emenda constitucional abolindo direito e garantia individual, a chamada cláusula pétrea e que fará muita gente lembrar de Drummond, poeta e também mineiro: no meio do caminho

tinha uma pedra.

'Enfim, se o direito for considerado apenas como adquirido, o que realmente é segundo Vicente Ráo, a reforma poderá ser feita para os futuros servidores que ingressarem na carreira depois da emenda constitucional e não para os que estão caminhando. Se for considerado protegido pela cláusula pétrea, isto é, inalterável, não poderá ser objeto de emenda alguma. A tesouraria terá que buscar outras soluções [...]'.

Prosseguindo, a conduta praticada pela autoridade impetrada não pode alcançar situação já consolidada nos termos da legislação anterior, sob pena de iniludível ofensa, também, ao ato jurídico perfeito, igualmente garantido pela Constituição Federal.

O § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil assim estipula ato jurídico perfeito: 'Art. 6º. [...] § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou'.

A Lei de Introdução ao Código Civil, na verdade, não define o que seja ato jurídico, mas apenas diz o que se entende como ato jurídico perfeito, que é o *ato consumado ou concretizado* no tempo de vigência de uma lei que o tornou possível. A definição de ato jurídico perfeito nos é dada ainda pelo ar. 81 do Código Civil de 1916, cujo cânon considera ato jurídico todo ato lícito que tenha por fim imediato *adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito.*

Depreende-se, pois, do conceito de ato jurídico que nem toda ação humana é considerada ato jurídico, mas somente aquela conduta que, praticada em conformidade com a ordem jurídica vigente, objetiva adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito.

Com efeito, o ato jurídico perfeito a que se refere o art. 5º, XXXVI, da CF/88 diz respeito ao ato que se aperfeiçoou em período anterior a uma lei que, para não ser retroativa, não pode alcançá-lo, nem aos seus efeitos futuros. Está, pois, este conceito ligado ao direito intertemporal.

O ato jurídico, portanto, constitui uma declaração de vontade, que visa a obter um resultado. Hoje, pela doutrina moderna, esta declaração de vontade denomina-se negócio jurídico.

O conceito de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores tedescos como dos mais importantes da moderna ciência do Direito, deve ser imaginado como um pressuposto do fato, tencionado ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido.

O fundamento e seus efeitos do negócio do efeito jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal. E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria idéia conceitual com a declaração de vontade, erigindo-se, desta forma, a sua definição.

O ato jurídico – tal como entendido e estruturado na sistemática do Código Civil de 1916, art. 81 –conceitualmente também se funda na declaração de vontade, uma vez que, analisado em seus elementos, acusa a existência de uma emissão volitiva, em conformidade com a ordem legal e tendente à produção de seus efeitos jurídicos.

A inalterabilidade do ato jurídico perfeito, em face da nova lei que disciplinou a matéria envolvedora da declaração de vontade, é um dos princípios de garantia da confiança do cidadão; e a sua manutenção, até por dispositivo constitucional, protege o Estado de Direito.

A lei não pode retroagir, pois os vencimentos e/ou proventos da inatividade preexistentes, porquanto pactuados de acordo com as leis vigentes à época, configuram um ato jurídico perfeito.

A propósito, vale a pena transcrever as lições do saudoso Caio Mário da Silva Pereira (*In:* **Instituições de Direito Civil**. v. I. p. 105.), ao aderir à cátedra de Pontes de Miranda, também registrando que a regra que declare nula ou anule comando legal pretérito, não poderá ter efeito retroativo, face ao suporte

fático-jurídico regido ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*):

'Ato jurídico perfeito, que é o que já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. É o ato plenamente constituído, cujos requisitos se cumpriram na pendência da lei sob cujo império se realizou, e que fica a cavaleiro da lei nova'.

Vejo que, se por absurdo não prevalecer a tese alhures, outros argumentos devem vir à balha, cujos fundamentos, não obstante singelos, dão cabo à conduta teratológica perpetrada pelo Estado.

Ora, evidente, como afirmado suso, que vantagens pessoais que se incorporaram em *data pretérita* ao patrimônio jurídico do autor do benefício a que faz jus a impetrante, não podem ser afetadas pela Emenda n. 41/03, ainda que *o quantum* dos proventos somente tenha ultrapassado o teto estadual após a discutida alteração constitucional.

Um raciocínio diverso importaria em desprezo à soberana decisão judicial que reconheceu ilegalidade no *anterior* cálculo do benefício devido à autora (*precedente* inclusive à inovação magna levada a efeito por discutível excerto constitucional), permitindo-se, via de conseqüência, malferimento ao princípio da irredutibilidade de vencimentos/proventos, postulado reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do célebre julgamento do MS 24.975-1 (tendo como impetrantes ministros aposentados da Excelsa Corte).

Não obstante subseqüente cálculo (correto) dos proventos da autora, inequívoca a consolidação (ou existência) dessa situação em momento *precedente* ao da vigência da EC 41/03 ou da própria Lei nº 15.013/04; situação que impede a Administração Pública estadual de subtrair ou nulificar o postulado da irredutibilidade de vencimentos. Semelhante ícone, felizmente, não foi olvidado pela egrégia Suprema Corte.

Desse molde, defeso alterar a situação jurídica da impetrante – mesmo que consolidada em momento superveniente ao advento de novel e írrito excerto magno (ou diploma ordinário estadual nele inspirado) – sob pena de se admitir, embora reconhecida, no âmbito jurisdicional ordinário derradeiro, a *manutenção* da teratologia perpetrada em desfavor da autora.

Sim, evidente que a autora continuaria a ser penalizada com a incúria da Administração, desta feita com espeque na Lei nº 15.013/2004. Pensar e agir de outro modo, certamente ensejará (ou, melhor, perdurará) o locupletamento ilícito do Estado em detrimento de determinada pensionista.

Com efeito, manifesto-me pela concessão da segurança.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2008.

Marco Paulo Cardoso Starling
7º Promotor de Justiça“

Mandado de segurança – Concurso – Preliminar perda do objeto – Idade limite – Exame psicológico – Legalidade

AUTOS Nº 004.776-8

MM. Juiz:

R.G.P. propõe o presente *writ* em desfavor de conduta supostamente arbitrária perpetrada pelo **Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais** e também pelo **Chefe do Centro de Recrutamento** e **Seleção da PMMG** e pelo **Diretor de Recursos Humanos da PMMG**.

Relata o autor que pretende participar do concurso público para o Curso Técnico em Segurança Pública,

da Força Pública estadual. Entrementes, relata que ao buscar inscrever-se no referido certame, semelhante pretensão restou obstada pelas autoridades policiais militares sobreditas, ao aviso de que ultrapassara a idade limite fixada em edital.

Verbera que semelhante exigência entremostrar-se-ia ilegal, porquanto a vigente Constituição Federal tem como teratológica qualquer discriminação por idade ensejada pela administração pública, quando da realização de certames públicos, *ex vi* dos arts. 5o, II e XIII, 7º, XXX e 37, I, todos da Constituição Federal. Roga, em sede liminar, o direito de ser inscrito no certame público alhures discriminado, situação a ser confirmada em sede meritória.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 12/43.

O *writ* foi extinto por força da decisão de fls. 47/49.

O recurso de apelação aviado pelo autor (fls. 51/52) logrou provimento, mediante decisão relatada pelo em. Des. Fernando Bráulio (fls. 115/119).

Proferido o despacho de fls. 124/125, compareceram aos autos as duas primeiras autoridades impetradas (fls. 137/144, 146/154).

Assinalam, após suscitarem preliminares, que o limite etário, inscrito na Lei nº 5.301/69 (art. 5o, III, “a”, nº 3), encontra guarida nos cânones dos artigos 37 I e II e 142 § 3o, VIII e X, além do artigo 42 § 1o, da vigente Constituição Federal.

Apontam, também, a exigência contida no item 3.1., 'd', do edital do certame, cujo cânon informa as datas de nascimento – máxima e mínima – como condição ou requisito para a inscrição no mencionado certame público.

É o breve relatório.

As preliminares permeando a existência ou não de direito líquido e certo alcançam o tema meritório. Lado outro, a questão vestibular relacionada com eventual perda do objeto mandamental parece deter pertinência.

Pelo teor das informações, vislumbra-se que o concurso (em suas fases subseqüentes) teve o seu andamento regular sem a participação do autor (encerrado em 07.12.07 – fls. 139). Efetivamente, indeferida a liminar, o certame teve desate, situação que provoca a perda e objeto desse *mandamus*.

Com efeito, tem-se por exaurida a pretensão formulada na exordial, não havendo pedido alternativo objetivando uma possível reserva de vagas ou mesmo inclusão em concurso posterior.

Sobre o assunto:

'PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - MAGISTRATURA ESTADUAL - JUIZ SUBSTITUTO - 2ª FASE - INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE - CERTAME ENCERRADO - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - PERDA DE OBJETO.
1 - Se à época dos fatos (1992) o concurso já se havia se encerrado e seu resultado, homologado, sendo reconhecida a prejudicialidade do *mandamus* pelo Tribunal a *quo*, motivo maior teria sua não manutenção depois de tão longo lapso temporal, pois impossível perpetrar no tempo os efeitos da via eleita, ficando exaurida a pretensão. Ademais, se a liminar tivesse sido concedida, com reserva de vaga, quando requerida (no dia anterior à realização da 2ª fase do certame) e o impetrante tivesse logrado aprovação, esta Corte poderia garantir-lhe a posse. Todavia, isto não ocorreu, faltando ao impetrante interesse para agir. Perda de objeto do recurso reconhecida.
2 - Precedentes (RMS números 1.279/ES e 9.970/CE).
3 - Recurso julgado prejudicado.

Decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Félix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal'.

'TRF1-089620) PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 1ª REGIÃO SEM A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOIS ANOS DE PRÁTICA FORENSE. LIMINAR INDEFERIDA. PERDA DE OBJETO DO *MANDAMUS*.
1. Perde o objeto o mandado de segurança que visava garantir a participação do impetrante em concurso público para o cargo de Juiz Federal Substituto da 1ª Região, sem a exigência de comprovação de dois anos de prática forense, quando o impetrante não logra obter liminar que lhe possibilite participar da primeira fase do certame.
2. Processo extinto sem julgamento do mérito, ante a perda de objeto do mandamus.
Decisão: A Corte, por unanimidade, declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, ante a perda de seu objeto.
(Mandado de Segurança nº 01000282400/DF (199901000282400), Corte Especial do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva. j. 16.05.2002, DJ 22.10.2002, p. 73).

TJRS-237495) MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - LIMINAR INDEFERIDA.
Não comparecimento das impetrantes à prova designada. Perda de objeto do *mandamus*.
Segurança extinta. (fls. 4)
(Mandado de Segurança nº 70004614269, 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso. j. 13.09.2002)'.

Se, eventualmente, for ultrapassada a questão preliminar alhures, tenho que o aspecto não dá guarida à pretensão formulada pelo autor.

Efetivamente, consta do edital do certame fustigado a exigência de que os inscritos tenham nascido entre 12/02/1977 e 12/02/1989 – fls. 20. Esse pré-requisito etário, específico, tem razão de ser por força do que determina a Lei nº 5.301/69 (art. 5o, IV). Assim, quando do *ingresso* na Força Pública não poderá o candidato possuir idade superior a 30 anos. Vale dizer, a *idade limite* fixa-se pela data do ingresso na Polícia Militar – e não pela singela inscrição no certame público respectivo.

Urge salientar que mencionada disposição não foi revogada ou sequer modificada por qualquer legislação superveniente. Analisando essa condição, não vejo como prevalecer, em prol do autor, qualquer argumento, situação pessoal, ou quiçá norma magna específica (ao contrário).

Tenho que a pretensão da autora esbarra em severo óbice, posto que as regras alinhavadas no artigo 7º, XXX, da vigente Constituição Federal,*admitem exceções*, eis que os servidores militares encontram-se jungidos à regra especial do § 9o do art. 42, da mesma Carta Republicana.

Urge salientar também: o ingresso na inatividade, em se tratando de servidor castrense, impõe o lapso de 30 (trinta) anos de efetivo exercício (art. 136, I, da Lei nº 5.301/69); sendo certo, por outro lado, que a compulsoriedade para ingresso na reserva dar-se-á, para o policial militar, aos 60 (sessenta) anos de idade (art. 142 do dispositivo legal estadual referido). Com efeito, inúmeros são os precedentes jurisprudenciais que afastam a limitação imposta pela Administração Pública aos cargos em função da idade.

Mas, convém gizar, semelhantes decisões, de forma majoritária, sempre colocam os cargos militares ao largo de semelhante exigência, ante expressa prescrição constitucional. Vale dizer, a limitação etária inserta no concurso público de soldado da Polícia Militar de Minas Gerais observa e reverencia o *postulado da reserva legal*.

Alexandre de Moraes explica:

'[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente tendo-se por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]. O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária [...]'. (*In:* **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62-63).

Por seu turno, a i. Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha leciona:

'O Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando, reiteradamente, no sentido de aceitar o critério idade desde que tanto não signifique discriminação. RMS 21045-DF - Concurso Público – [...] - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (CF, art. 39, § 2º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em conseqüência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorre da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido. - O tema concernente à fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério de razoabilidade. Precedentes: RTJ 135/528 - RTJ 135/958 - DJ 30/04/94, p. 26169'. (*In:* **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211).

Impende ressaltar, nessa senda, em se tratando de certame objetivando a seleção de futuros soldados da Força Pública, nada mais *razoável* que se imponha a limitação etária. Sim, porquanto evidente, em face da carga laboral sabidamente extenuante a que se submeterá o futuro militar (ao contrário daqueles ocupantes de funções burocráticas e/ou profissionais de saúde, mesmo estritamente castrenses). ('[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição'. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 17).)

Mister trazer à balha algumas decisões nesse sentido:

'O artigo 7º, inc. XXX, da Constituição Federal,*aplicável aos servidores públicos civis* (art. 39, § 2o) é regra de especial garantia ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas.
A Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, deixou claras todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, nada restando à legislação infraconstitucional no particular. [...] (RMS 289/RS, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, **DJU**-I de 17.12.90 e RMS 5.480/RS).
O acesso aos cargos públicos civis não pode ser impedido por questão de idade. As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as previstas na Constituição Federal. (RMS nº 1.435/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU-I de 17.05.93).
A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF/88, art. 7o, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF/88 art. 5o,*caput*), que se estende, a falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF/88 art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil.
É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo. »As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as preencher [...]. Precedentes RMS 21.046, de 14.12.90, Pertence; RMS 21.033, de 01.03.91, Velloso.

(REx nº 156.404/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU-I de 01.10.93, pág. 20.222).
[...] Há cargos que exigem o concurso de pessoas mais jovens, porque exigem esforço muito maior. De outro lado, o servidor público deve ser encarado em termos racionais, quer dizer, o exercício dos cargos públicos pressupõe pessoa capaz no sentido amplo da palavra. [...] Não fosse assim, seria impossível interpretar harmonicamente os arts. 7º, XXX, 37, I, e 39, § 2º, da Constituição em vigor, até porque nela se encontram, outras normas que demonstram a relatividade da vedação genérica em que se apóiam os impetrantes, ao estabelecer limites etários, quer para o acesso aos cargos eletivos (art. 14, VI e suas alíneas), quer para o provimento de diversos cargos públicos (arts. 87, 128, § 1º, e 131, § 1º), inclusive no âmbito do Poder Judiciário (art. 101, parágrafo único do art. 104, art. 107,*caput*, 111, § 1º, e parágrafo único do art. 123). [...]
Trata-se, no caso dos autos, da Lei nº 5.301/69 (Estatuto do Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais) que estabelece, em seu art. 5º, III, alínea a, nº 3, as idades mínima e máxima reproduzidas no edital, exigência que não padece da alegada inconstitucionalidade. (AP. Nº 1.0000.00.338271-0/000. TJMG. RELATOR: EXMO. SR. DES. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE'. 16/09/2003).

'ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL. RAZOABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. APELO DESPROVIDO. Não há inconstitucionalidade na exigência, legal, de limite de idade para ingresso na carreira militar, vez que a Constituição Federal autoriza tal limite, que é compreensível, dada a peculiaridade da função desempenhada pelo Policial Militar.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.700396-4/003 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ELIZIO AGOSTINHO DA CRUZ - APELADO(A)(S): ESTADO de MINAS GERAIS – AUTORID. COATORA: COMANDANTE-GERAL POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS, TENENTE-CORONEL COM. 26º BATALHÃO PMMG - RELATOR: EXMO. SR. DES. NEPOMUCENO SILVA – Minas Gerais de 10.03.2006.
DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO -MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PARA CURSO TÉCNICO EM SEGURANÇA PÚBLICA DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS REFERENTE AO ANO DE 2006 (CTSP/2006) - SOLDADO - LIMITE IDADE - LEGALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A Constituição Federal permite que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, sendo certo que os pressupostos legais devem guardar pertinência com as funções que serão exercidas pelo servidor. Em se tratando de atividade policial, mostra-se coerente a exigência de limite etário para o ingresso na carreira.
APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.697681-4/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JONIS MACHADO SANTOS - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - AUTORID COATORA: COMANDANTE-GERAL PMMG **POLÍCIA MILITAR** DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. MOREIRA DINIZ – Minas Gerais de 16.02.2007'.

Com efeito, a norma que trata dos servidores policiais militares no âmbito federal (Decreto nº 92.577/86 – art. 34, § 2o), bem recepcionada pela Constituição Federal vigente e o ordenamento jurídico estadual (Lei nº 5.301/69), antes de permitir ou facultar o estabelecimento de limite de idade para o *ingresso* na carreira militar, acaba por estabelecer verdadeira limitação nessa específica senda (art. 5o, IV) – requisitos esses recepcionados pela jurisprudência da Excelsa Corte. (EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. LEI 7.289/1984 DO DISTRITO FEDERAL. LIMITAÇÃO DE IDADE APENAS EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei. Agravo regimental a que se nega provimento - RE-AgR 559823 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 27/11/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma.\\Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso público para policial militar. Limitação de idade. Edital que fixa idade limite para o ingresso na corporação, o que a Lei ordinária (L. 7.289/84), não restringiu. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido - RE-AgR 307112 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 02/05/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma.)

Outrossim, além dos escólios jurisprudenciais transcritos nas informações, outros são contundentes a emprestar verossimilhança à tese esposada pelo impetrado (MS nº 303-0/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, **DJU-I** de 08.06.1992; REsp nº 149.471/RS, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU-I de 18.12.1998; dentre outros mais recentes).

A questão tem gerado um verdadeiro imbróglio de interpretações perante as diversas instâncias jurisdicionais, situação que certamente será pacificada na instância constitucional. ('APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - EXIGÊNCIA DE IDADE MÁXIMA DE 30 ANOS - REQUISITO DISCRIMINATÓRIO E ARBITRÁRIO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL - SENTENÇA MANTIDA. 1 - A exigência editalícia de que o candidato tenha no máximo 30 anos de idade, para concorrer ao cargo de auxiliar de saúde da polícia militar de Minas Gerais revela-se contrária à nova ordem constitucional, na medida que tal restrição só ganha validade quando constituir requisito indispensável em razão da natureza e atribuições do cargo. 2 - Em reexame necessário, manter a r. sentença monocrática; prejudicado o recurso voluntário. APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.298125-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): REMETENTE: JD 5ª V. FAZ. COMARCA BELO HORIZONTE, ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): HELOÍSA FERNANDES - RELATOR: EXMO. SR. DES. BATISTA FRANCO – Minas Gerais de 03.12.2004.\\Em sentido contrário, vide: EMBARGOS INFRINGENTES (C. CÍVEIS) Nº 000.146.354-6/04 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 146.354-6/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - EMBARGANTE(S): MIRTES SILVA DE ASSIS - EMBARGADO(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - COM. GERAL DA PM DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO – **Minas Gerais** de 12.05.2000.))

Contudo, tenho que as regras magnas alhures discriminadas, devem ser analisadas e enfeixadas entre si, de molde a fornecer, em derradeira análise, o máximo de eficiência à administração pública (mormente em sede de servidores da Força Pública, como destacam as decisões que acolhem o estabelecimento de limite etário para ingresso nos quadros militares).
Aliás, admoesta com precisão o ínclito Min. José de Jesus Filho,*in verbis*:

'[...] Dispõe-se no art. 37, item I da Constituição da República, que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. [...] Resta saber se a Constituição Federal excluiu os militares frente ao art. 7o, item XXX. Penso que sim. Porque essa exclusão excepcional decorre do próprio texto constitucional segundo o § 9o do artigo 42. Por isso a imposição do limite de idade previsto na lei não infringe o dispositivo constitucional em que se louvou o impetrante, assim como o princípio da igualdade perante a lei, em face das peculiaridades da caserna. O tema é polêmico e tormentoso, ainda mais se for visto à luz do art. 3o, item IV, da Lei Maior [...]'.

Pelo exposto, manifesto-me pela denegação da segurança.

Belo Horizonte, 17 de abril de 2008.

Marco Paulo Cardoso Starling

1ª Promotoria de Justiça”

Mandado de segurança – Licitação – Fase habilitação – inexistência de litisconsorte passivo necessário – Capacidade técnica – Requisitos

PROCESSO Nº 0024 05 697475-1

MM. JUIZ,

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A contra ato do Sr. DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE MINAS GERAIS – DER/MG, consistente na sua inabilitação para o certame licitatório promovido pelo DER/MG, convocado pelo Edital de Concorrência Pública nº 066/2005, cuja finalidade é a contratação para Execução das Obras de Cobertura do Ribeirão Arrudas, no segmento entre Alameda Ezequiel Dias e Complexo de Viadutos da Lagoinha, ato praticado ao fundamento de que os atestados por si apresentados

foram emitidos em nome de Mendes Engenharia S/A, decisão esta mantida em sede de recurso administrativo.

Alega, em síntese, que os atestados por si apresentados, emitidos originariamente em nome de Mendes Júnior Engenharia S/A, são de sua propriedade, pois que sustentados pela viabilização do procedimento ultimado pela empresa supramencionada, e pertencente ao Grupo Mendes Júnior, relativo à incorporação de bens imateriais (*know-how*) ao seu patrimônio; que em 07 de abril de 1998 foi aprovada a incorporação dos bens pertencentes a Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. e Mendes Júnior Empreendimentos Ltda., ao capital da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, operação formalizada em Assembléia Geral Extraordinária de seus acionistas, conforme ata registrada sob o nº 1621826, em 08 de abril seguintes, na JUCEMG, e posteriormente, em 10 de outubro de 2002, na Junta Comercial do Estado de São Paulo; que dita incorporação de bens, que compreende, inclusive, Acervos Técnicos, encontra amparo no art. 7º da Lei nº 6.404/76; que a operação realizada resultou em uma incorporação de bens, transferindo-se tecnologia de empresas de um mesmo conglomerado econômico, e de objetivos semelhantes, a outras, mediante apoio técnico e operacional, em que os Atestados são apenas a certificação; que a celebração de ajustes de transferência de tecnologia é tratada por vários doutrinadores brasileiros, bem como pela Resolução n. 317/86 do CONFEA; que o próprio CREA/MG atesta que está capacitada para executar obras similares às descritas nos acervos de seus responsáveis técnicos; que diversas decisões judiciais já reconheceram seu direito à utilização dos Acervos Técnicos incorporados em seu patrimônio, e a sua capacidade técnica operacional. Requereu a concessão de liminar para o fim de assegurar sua participação nos procedimentos posteriores do certame, e a concessão da segurança '[...] para que o ato ilegal cometido pela autoridade coatora seja inteiramente anulado.'.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 34/1.114.

A liminar pleiteada foi concedida às fls. 1.116/1.120.

Devidamente notificada (fls. 1.122/1.123), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações de fls. 1.125/1.138, acompanhadas dos documentos de fls. 1.139/1.182, alegando, em preliminar, que as empresas que atenderam o chamamento do Edital, e que estão participando da licitação, devem ser chamadas a integrar a lide, na qualidade de litisconsortes necessárias, nos termos do art. 47 do CPC. No mérito, alegou, em síntese, que a obra licitada é uma das mais importantes financiadas pelo Estado nas últimas décadas, razão porque a qualificação técnica, a que faz referência a Lei de Licitações, relaciona-se à existência de condições práticas e concretas de se executar o objeto licitado; que a impetrante não demonstrou capacitação técnica em seu nome, conforme preceitua o art. 30, II da Lei 8.666/93; que o item 7.1 do Edital é claro ao exigir que a demonstração da capacitação técnica é em relação à pessoa licitante, e não de terceiros ou de outra pessoa jurídica, ainda que integre eventual grupo econômico de que faça parte; que o que está demonstrado é que a impetrante adquiriu, contratualmente e por meios lícitos, a tecnologia de construção, que é o conhecimento técnico-científico do qual era detentora outra empresa, não estando demonstrado que a impetrante tem experiência concreta na execução das tarefas que foram elencadas no Edital, item 7.1.16, de organização e arregimentação de elementos, pessoas e materiais.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Alegou o impetrado, em preliminar, que as empresas que atenderam o chamamento do Edital, e que estão participando da licitação, devem ser chamadas a integrar a lide, na qualidade de litisconsortes necessárias, nos termos do art. 47 do CPC.

No entanto,*data venia*, somente são considerados litisconsortes necessários os beneficiários do ato ou contrato impugnado, nos dizeres de HELY LOPES MEIRELES (*In*: **Mandado de Segurança, Ação Popular,**

Ação Civil Pública, Mandado de Injunção,*Habeas Data*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 49.)

In casu, não há que se falar em beneficiários do ato, eis que a licitação estava na fase de habilitação ou qualificação, destinada a exame da documentação de todos os licitantes. A inabilitação de qualquer licitante, ao nosso entendimento, não beneficia nem prejudica qualquer outro licitante.

Ademais, qualquer licitante que entender afrontado seu direito poderá se socorrer do Poder Judiciário.

No mérito, insurge-se a impetrante contra ato do impetrado que a inabilitou para o certame licitatório promovido pelo DER/MG, convocado pelo Edital de Concorrência Pública nº 066/2005, cujo objeto é a contratação para Execução das Obras de Cobertura do Ribeirão Arrudas, no segmento entre Alameda Ezequiel Dias e o Complexo de Viadutos da Lagoinha, ao fundamento de que os atestados por si apresentados foram emitidos em nome de Mendes Engenharia S/A, decisão esta mantida em sede de recurso administrativo.

Argumenta que em 07 de abril de 1998 foi aprovada a incorporação dos bens pertencentes a Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. e Mendes Júnior Empreendimentos Ltda., ao capital da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, operação formalizada em Assembléia Geral Extraordinária de seus acionistas, conforme ata registrada sob o nº 1621826, em 08 de abril seguintes, na JUCEMG, e posteriormente, em 10 de outubro de 2002, na Junta Comercial do Estado de São Paulo; afirma que dita incorporação, que encontra amparo no art. 7º da Lei 6.404/76, resultou na transferência de tecnologia de empresas de um mesmo conglomerado econômico, e de objetivos semelhantes, a outras, mediante apoio técnico e operacional.

Já o impetrado alega que o que está demonstrado é que a impetrante adquiriu, contratualmente e por meios lícitos, a tecnologia de construção, que é o conhecimento técnico-científico do qual era detentora outra empresa, não estando demonstrado que a impetrante tem experiência concreta na execução das tarefas que foram elencadas no Edital, item 7.1.16, de organização e arregimentação de elementos, pessoas e materiais.

Com efeito, é sabido que o procedimento licitatório é integrado por atos e fatos da Administração, que abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais a Administração Pública selecionará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Certo é que o procedimento licitatório rege-se pelo princípio da legalidade, estando vinculado à Lei nº 8.666/93, que disciplina rigorosamente todas as fases do procedimento, bem como ao edital, que é a lei interna da licitação.

A fase de habilitação é reservada para a abertura dos envelopes, contendo os documentos exigidos no edital, e que estão indicados no art. 27 da Lei nº 8.666/93, podendo se referir somente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Nos dizeres de HELY LOPES MEIRELLES:

Comprova-se a capacidade técnica genérica, pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa, pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução.(*In:* **Direito Administrativo Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 266.).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que:

Na fase de habilitação a promotora do certame deve abster-se de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: 'Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se

habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório (TJRS, AgPet 11.336, RDP 14/240)'. (*In:* **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros. p. 544.).

A desclassificação da impetrante se deu ao fundamento de que não comprovou possuir capacitação técnica, tendo em conta que os Atestados apresentados foram emitidos em nome da empresa Mendes Júnior Engenharia S/A.

No entanto, da análise dos documentos acostados aos autos, constata-se que houve incorporação de acervos técnicos das empresas Mendes Júnior Engenharia S/A, Mendes Júnior Empreendimentos Ltda. e Mendes Júnior Montagens e Serviços Ltda. pela ora impetrante, sendo que todas as empresas são participantes de um mesmo grupo econômico, controladas pela Mendes Júnior Participações S/A.

Constata-se mais que a incorporação dos acervos técnicos das empresas supramencionadas foi registrada na Junta Comercial e aceita pelo CREA, razão porque, conforme bem colocado pela Professora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, no parecer acostado às fls. 489/505, a impetrante:

'[...] dotou-se, iniludivelmente, do conhecimento, informações, tecnologia sobre processos e experiências relativas à engenharia, construções, elaboração de projetos e prestação de serviços na área especificada como seu objeto social, o que ainda se alia à admissão aos seus quadros dos recursos humanos, constituídos pelos profissionais vinculados àqueles elementos tecnológicos, além de fazer contar com a disponibilização dos equipamentos necessários para o desempenho das obras e serviços correspondentes àquele complexo tecnológico'.

Ora, a exigência de comprovação de qualificação técnica, por parte do licitante, visa garantir ao Poder Público que a empresa possui aptidão necessária para desempenhar a atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Assim é que,*in casu*, em estando comprovado que a impetrante adquiriu o acervo técnico de empresas *irmãs*, na forma prevista na legislação brasileira, com atestação pelo CREA/MG, que é o órgão responsável pelo controle de acervos técnicos, entendemos ilegal o ato que inabilitou a impetrante no procedimento licitatório em questão.

Conforme bem ressaltado pela Professora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, no parecer já mencionado, o que é vedado pela legislação brasileira:

'[...] é apenas a transferência aparente de conhecimentos, que se faz pela formalização de passagem de atestados de uma para outra empresa sem substrato fático e legítimo. Nesse caso há um simulacro de transferência, burlando-se a legislação, fraudando-se os objetivos do processo licitatório e da lisura dos processos de publicidade das condições empresariais, de tal modo que se tenha segurança jurídica nas relações de terceiros com a entidade societária'.

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por meio de sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela concessão da segurança.

Belo Horizonte, 08 de novembro de 2005.

IRAÍDES DE OLIVEIRA MARQUES

Promotora de Justiça

precisão dos fatos que visa apurar

> PROCESSO N.º 0024 05 654068-6
>
> MM. Juiz,
>
> Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar, impetrado por A. R., contra ato da Sra. AUDITORA-GERAL DO ESTADO.
>
> Alega, em síntese, que em 23/06/2004 a impetrada instaurou contra o impetrante, através da Portaria 86/2004, processo administrativo 'objetivando apurar o possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incisos V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, inc. II, 245 e parágrafo único, 246, I e III, e 250, III, da Lei 869/52'; que elaborou sua defesa em relação a tais imputações, mas acabou sendo punido por argumento novo, 'criado pela comissão processante no momento da elaboração do relatório', do qual não teve oportunidade de se defender especificadamente, qual seja, descumprimento ao dever de discrição, previsto no art. 216, III, da Lei 869/52; que o fundamento utilizado pela comissão processante foi o de que o art. 383 do CPC, que permite dar ao fato uma definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, e o de que a infração prevista no inc. III do art. 216 está implícita no inc. VI do mesmo artigo legal; que, no entanto, não foi aberto novo prazo para se defender contra tal imputação, o que afronta o direito à ampla defesa; que, ademais, se foi punido porque descumpriu o dever de discrição, não lhe poderia ser aplicada a pena de suspensão, pelo prazo de noventa dias, mas tão-somente a pena de repreensão, tendo em conta o disposto no art. 245 da Lei 869/52, como também de não ter sido constatado, pela comissão processante, dolo ou má-fé de sua parte; que o mesmo raciocínio se aplica ao inc. VI do art. 216 da Lei 869/52, no qual estaria implícito o inc. III, segundo a impetrada, que classificou a falta como grave, usando o critério subjetivo de considerar os “transtornos” supostamente decorrentes da aludida falta; que, ademais, os deveres elencados no art. 216 não constituem, de forma alguma, transgressões da mesma natureza e severidade daquelas capituladas nos incisos do art. 246, não podendo um fato ser enquadrado concomitantemente como descumprimento de dever funcional e falta grave, sob pena de se considerar duas penalidades para um mesmo fato; que, lado outro, a impetrada não justificou porque teria majorado a penalidade sugerida pela comissão processante, de 30 (trinta) para 90 (noventa) dias de suspensão. Requereu a concessão da segurança para o fim de revogar o ato administrativo que culminou com o decreto condenatório contra si e “reenquadrar a penalidade aplicável em decorrência do evento danoso para repreensão, como determina o art. 245, caput, da Lei Estadual nº 869/52”, e, alternativamente, para revogar o ato administrativo que culminou em seu decreto condenatório 'e determinar que a autoridade apontada como coatora profira nova decisão, desta feita fundamentando a dosimetria da penalidade aplicável, levando em consideração a atenuante reconhecida no inc. V, do item 11.3, do relatório que lhe foi encaminhado pela comissão processante'.
>
> Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/44.
>
> A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 48/50.
>
> Às fls. 51/63 o impetrante emendou a inicial e requereu a reconsideração da r. decisão indeferitória da liminar, pleiteando a suspensão do ato impugnado, em sede de liminar, e a concessão da segurança para o fim de confirmar a liminar e revogar o ato impugnado.
>
> O pedido de reconsideração foi indeferido à fl. 64.
>
> A autoridade apontada como coatora foi devidamente notificada às fls. 65/66; às fls. 68 encontra-se acostado ofício procedente do eg. Tribunal de Justiça, acompanhado dos documentos de fls. 69/144, dando conhecimento da decisão proferida no mandado de segurança impetrado contra a r. decisão indeferitória da liminar.
>
> Informações da impetrada às fls. 145/158, acompanhadas dos documentos de fls. 159/198, alegando, em

preliminar: 1) necessidade de citação do DER/MG, na qualidade de litisconsorte necessário, ao argumento de que, em caso de concessão da segurança, aludida autarquia é que deverá suportar a presença do impetrante em suas dependências no período da suspensão questionada, bem como lhe pagar os vencimentos; 2) ausência de prova do direito líquido e certo alegado; 3) não cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar. No mérito defendeu a legalidade do ato impugnado argumentando que o processo administrativo foi instaurado por autoridade competente e obedeceu a todas as formalidades legais; que restou comprovado que o impetrante não só descumpriu o dever de discrição como infringiu o dever de observância das normas legais e regulamentares, previsto no art. 216, VI, da Lei 869/52, o que foi considerado falta grave, punida com suspensão, nos termos do art. 264, I, da Lei já mencionada; que não há que se questionar a conveniência e oportunidade do ato que suspendeu o impetrante, por tratar-se de mérito administrativo.

Manifestação do Ministério Público às fls. 199, requerendo fosse apreciado o pedido de emenda à inicial levado a efeito pelo impetrante, e opinando pelo seu indeferimento, tendo em conta que foi formulado após a notificação do impetrado; sobreveio a r. decisão de fls. 199, indeferindo a emenda à inicial levada a efeito, contra a qual o impetrante interpôs Agravo Retido, às fls. 201/209, oportunidade em que requereu a juntada aos autos de cópia do processo administrativo contra si instaurado, o que foi deferido à fl. 210.

Vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório. Passo a me manifestar.

Alegou a impetrada, em preliminar, ser necessária a citação do DER/MG, na qualidade de litisconsorte necessário, ao argumento de que, em caso de concessão da segurança, aludida autarquia é que deverá suportar a presença do impetrante em suas dependências no período da suspensão questionada, bem como lhe pagar os vencimentos.

Manifestamo-nos pela rejeição de tal preliminar, pois que o ato contra o qual se insurge o impetrante foi praticado pela impetrada, e a concessão da segurança não atinge nenhum interesse jurídico do DER/MG, já que, em sendo o impetrante servidor da aludida autarquia, a presença do impetrante em suas dependências, bem como o recebimento dos vencimentos, são decorrentes do vínculo existente entre o impetrante e o DER/MG, nos termos da Lei, não importando em nenhum ônus extra para dita autarquia eventual correção do ato que suspendeu o impetrante.

Alegou ainda a impetrada não existir prova do direito líquido e certo alegado. No entanto,*data venia*, entendemos que a análise da existência ou não do direito líquido e certo, na ação mandamental, é matéria que tem relação com o próprio mérito da ação, e como tal será analisada.

Argumenta a imperada não ser cabível mandado de segurança contra ato disciplinar.

Com efeito, o art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51 prescreve que:

'Art. 5.º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:
III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial'.

Ora, um dos fundamentos do impetrante é justamente a inobservância de formalidade essencial, qual seja, respeito ao devido processo legal, ao argumento de que foi punido por infração diversa das infrações pelas quais foi processado, bem como de inobservância ao princípio da legalidade na aplicação da penalidade, razão porque entendemos ser cabível o mandado de segurança.

A propósito, o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 7074/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, DJ 07/10/2002, p. 168, decidiu que:

'No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta

Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo'.

No mérito, argumenta o impetrante que teve contra si instaurado processo administrativo 'objetivando apurar o possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incs. V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, II, 245 e parágrafo único, 246, I e III, e 250, III, da Lei 869/52', e que, ao final, a comissão processante concluiu que praticou infração diversa daquelas pelas quais foi processado, qual seja, descumprimento ao dever de discrição, prevista no art. 216, III, ao fundamento de que dita infração está implícita no inc. VI do citado artigo e de que pode dar ao fato definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, com fundamento no art. 383 do CPP.

Com efeito, da análise do processo administrativo juntado aos autos pelo impetrante, constata-se que a portaria de instauração do dito processo administrativo não mencionou fatos, mas sim possível descumprimento dos deveres previstos no art. 216, incs. V, VI e VIII e possível infringência aos ilícitos previstos nos arts. 217, inc. II, 245 e parágrafo único, 246, incs. I e III e 250, inc. III, da Lei 869/52, que estão sujeitos às penalidades previstas no art. 233, I ou III ou VI do citado diploma legal.

Sobre os requisitos da portaria de instauração de processo administrativo disciplinar, vejamos os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES:

'O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente *na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas*, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão - especial ou permanente - há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo'.(grifo nosso) (*In:* **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 568).

No mesmo sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face de irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos integrantes da Comissão de Inquérito.

O inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de ilícito administrativo mediante Portaria que não contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público contém grave vício de nulidade, porque afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recurso ordinário provido'. (grifo nosso). (RMS 10578/PA, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 22/11/1999. p. 194).

Assim sendo, verifica-se que a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar contra o impetrante é nula, pois que não consta nem mesmo a descrição sucinta dos fatos, melhor dizendo, não consta uma palavra sobre os fatos a se apurar, mencionando apenas as infrações a serem punidas, tratando-se de nulidade insanável, da qual decorre grande prejuízo, como o que ocorreu *in casu, data venia*, conforme se demonstrará.

É certo que no bojo do aludido processo administrativo consta um ofício dirigido ao Sr. Advogado-Geral do Estado, subscrito pelos Drs. Ana Paula Muggler Rodarte, Sérgio Timo Alves, Liana Portilho Mattos e Marco Túlio Caldeira Gomes, ilustres Procuradores do Estado, relatando que o impetrante, na qualidade de

servidor do DER/MG, teria fornecido, ao atender solicitação dos advogados do exequente em um processo judicial, os cálculos por ele elaborados, ocasionando uma séria ou intransponível dificuldade em embargar a execução, e mais, que encontravam dificuldades em serem atendidos pelo impetrante, que, apesar de ter sido exonerado do cargo em comissão que exercia na autarquia, continuava trabalhando no mesmo setor, encarregando-se dos cálculos.

Mesmo admitindo-se que os fatos pelos quais o impetrante estaria respondendo são os supramencionados, o que, repita-se, não consta da portaria de instauração do processo administrativo disciplinar, o que se constata é que, ao final, a comissão processante, em seu relatório, concluiu que o impetrante não forneceu informações financeiras que permitiriam a elaboração de cálculo para advogados de exequentes em processo judicial, não deixou de prestar informações solicitadas pela Advocacia-Geral do Estado, e permaneceu no Departamento Pessoal, após ter sido exonerado do cargo de Chefe de Divisão a pedido do Diretor de Recursos Humanos.

No entanto, concluiu ainda a comissão processante que, apesar de não ter restado provado que o impetrante forneceu cópia de um memorando ao advogado Joel Rezende Júnior, que o juntou a um processo judicial, dito memorando chegou às mãos do advogado Joel Rezende porque o impetrante, hipoteticamente, deixou sobre sua mesa cópia 'de alguma versão anterior' ou 'impressão dessa versão que se encontrava em rede', não agindo, portanto, com a discrição necessária, o que caracteriza infração prevista no art. 216, III, da Lei 869/52.

Concluiu também a comissão processante que o dever de discrição, previsto no art. 216, III, da Lei 869/52, está implícito no art. 216, VI, do mesmo diploma legal, e, valendo-se do art. 383 do CPP, que permite à autoridade julgadora dar ao fato definição jurídica diversa daquela inicialmente proposta, e que a falta de discrição do indiciado constitui falta grave, terminou por sugerir a aplicação da pena de suspensão por um período de 30 (trinta) dias, tendo a impetrada aplicado ao impetrante a pena de suspensão pelo prazo de 90 (noventa) dias, por infração ao art. 216, VI, da Lei já mencionada.

Ora,*data venia*, não há que se falar em aplicar ao fato definição jurídica diversa da inicialmente proposta, pois que, conforme já dito, a portaria inaugural do processo administrativo disciplinar não se referiu a nenhum fato, e, ademais, nem mesmo no ofício dirigido ao Sr. Procurador-Geral do Estado, pelos Drs. Ana Paula Muggler Rodarte, Sérgio Timo Alves, Liana Portilho Mattos e Marco Túlio Caldeira Gomes, ilustres Procuradores do Estado, consta o fato pelo qual o impetrante acabou sendo punido.

Não se está aqui a analisar o mérito do ato administrativo, mas sim a legalidade do ato que puniu o impetrante, no bojo de um processo administrativo disciplinar.

E, por não constar na portaria de instauração do processo administrativo, que culminou com a punição do impetrante, os fatos pelos quais estaria respondendo, o que se constata é que houve realmente intransponível prejuízo para a defesa do impetrante, pois que, ao responder pela infração prevista no art. 216, VI, da Lei 869/52 'observância das normas legais e regulamentares', e, com base no ofício dirigido ao Sr. Procurador-Geral do Estado, tendo-se defendido da acusação de ter entregado um memorando ao advogado Joel Rezende, defesa esta acolhida pela comissão processante, acabou sendo punido pelo fato de supostamente haver deixado o citado memorando 'desprotegido', permitindo sua divulgação, o que, segundo a comissão processante constitui falta de discrição, infração prevista no art. 216, III, do mesmo diploma legal, implícita no art. 216, VI, conforme restou decidido pela impetrada.

A se admitir tal situação, com base em um dispositivo legal que prevê uma infração específica, pode o processado administrativamente ser punido por qualquer fato que a comissão processante e a autoridade responsável pela punição venham a entender como caracterizadora de tal infração, o que constitui, a toda evidência, gritante arbítrio,*data venia*.

Em conclusão, entendemos que o ato de punição do impetrante é nulo, pois que fundado em processo administrativo disciplinar em que não constou, nem mesmo de forma sucinta, os fatos pelos quais o impetrante estava sendo investigado, e, ademais, aplicada a punição por conduta diversa daquelas constantes do ofício enviado por Procuradores do Estado ao Sr. Procurador-Geral do Estado, documento

este que serviu de base para a comissão processante desenvolver suas investigações, sem que fosse dada oportunidade ao impetrante de se defender, o que constitui grave ofensa ao devido processo legal e seus consectários.

Ressalte-se que

'[...] o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado para os requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição'. (STJ-AgRg no Resp 511670/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, **DJ** 08.08.2005, p. 240).

Diante do exposto, e do mais que dos autos consta, o Ministério Público, por sua Promotora de Justiça em exercício perante este r. Juízo, manifesta-se pela rejeição da preliminar aduzida pela autoridade apontada como coatora, e, no mérito, pela concessão da segurança, para o fim de reconhecer a nulidade do ato administrativo impugnado.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2005.

IRAÍDES DE OLIVEIRA MARQUES

Promotora de Justiça“

Mandado de segurança – Renúncia – Proventos de aposentadoria e aproveitamento do tempo de serviço em outra carreira – Possiblidade

“Processo nº 024.04.257.274-3

MM.Juiz:

O.A.P. impetra Mandado de Segurança Preventivo contra ato iminente do *Diretor de Contagem de Tempo e Aposentadoria da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais* que indeferiu o pedido de renúncia à aposentadoria no cargo de Defensor Público, sob a alegação de inexistência de amparo legal, o que considera ilegal o impetrante, sob o fundamento de que a aposentadoria fora voluntária e, portanto, também pode voluntariamente renunciar ao recebimento da mesma, como ato unilateral que é, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

Alega o impetrante que, após aposentadoria no cargo de Defensor Público deste Estado, ingressou no Tribunal de Alçada, na vaga decorrente do quinto constitucional com a pretensão de utilizar o tempo de serviço como Defensor Público para exercício dos direitos decorrentes do cargo de Juiz de Direito de segunda instância e, para tanto, renuncia aos proventos da aposentadoria no cargo de Defensor Público.

Concluiu requerendo que seja determinado à autoridade apontada como coatora que acate, acolha e averbe o pedido de renúncia à aposentadoria, conforme requerido e forneça ao impetrante certidão de contagem de tempo de serviço para os fins que forem necessários.

Inicial instruída com os documentos de fls. 08/42.

Liminar indeferida às fls. 43/46, sob alegação de ausência de fumaça do bom direito.

Notificada, a tempo e modo, a autoridade prestou as informações de fls. 53/56 alegando ausência de direito líquido e certo e que aceitar a renúncia à aposentadoria seria provocar a reversão do servidor público, sendo que a forma, legalmente permitida para ingresso no serviço público, é através de concurso público.

Autos com vista ao Ministério Público.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

No mérito, pretende o impetrante que a autoridade apontada como coatora acate, acolha o pedido de renúncia à aposentadoria e forneça ao impetrante certidão de contagem de tempo de serviço para os fins que forem necessários.

Desta forma, restringe-se a análise do mérito à possibilidade ou não de renúncia da condição de aposentado e, consequentemente, dos proventos da aposentadoria e do direito à certidão de tempo de serviço.

Ora, a renúncia é ato de vontade, que 'consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato'. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros.p. 320.) Logo, é um ato unilateral, 'vez que consiste na manifestação de vontade de uma só pessoa'. (FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 114.)

Aposentadoria, por sua vez, é o direito de receber proventos nos termos e condições estatuídas no artigo 40 da Constituição Federal, em decorrência de contribuição efetivada, quando na atividade, ao sistema previdenciário vigente. Portanto, revela natureza patrimonial e, portanto, disponível.

Logo, com as premissas retro esposadas, pode-se concluir que, sendo disponíveis os benefícios decorrentes da aposentadoria, o cidadão titular destes benefícios poderá a eles renunciar, independentemente da aquiescência do Estado, quando lhe convier.

Ademais, inexiste no nosso sistema jurídico vedação à renúncia do estado jurídico de aposentado. E, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, senão em virtude de lei.

Portanto, impedir o impetrante de deixar de ser aposentado é lesar o seu direito líquido e certo de dispor dos proventos para os quais contribuiu, efetivamente. É ilegal.

Quanto aos efeitos do exercício da renúncia, por princípio geral de direito, é certo que deverão surtir após a postulação da mesma, permanecendo a condição de aposentado, no período anterior à renúncia da aposentadoria, visto que lícito e legítimo o ato da aposentação, não passível de invalidação.

Não há que se falar em reversão, que é

'[...] o reingresso do aposentado no serviço ativo, *ex officio* ou a pedido, por não subsistirem, ou não mais subsistirem, as razões que lhe determinaram a aposentação; ou seja, por ter sido erroneamente decidida, ou porque, em inspeção médica, apurou-se a ulterior superação das razões de saúde que a estribavam'. (*Op. cit.* nota anterior, p. 222.).

É que, no caso da renúncia, os motivos que deram origem à aposentadoria permanecem íntegros. O ato de aposentação permanece legítimo e válido, gerando os efeitos da mesma até a postulação da renúncia. Logo, os atos praticados durante a aposentação e antes da postulação da renúncia, não vedados pela lei, são válidos e geram efeitos. Os proventos recebidos decorreram de contribuição anterior ao sistema previdenciário.

Por fim, o tempo de serviço prestado, é patrimônio do impetrante, sendo direito seu a obtenção de documento público certificando o mesmo para que o utilize ou não, conforme queira. Se o tempo de serviço prestado poderá ou não ser utilizado em outro sistema, como adianta o autor ser sua pretensão futura, não é objeto do presente mandado de segurança. É que, salvo melhor juízo, nestes autos, a análise da existência ou não de direito à averbação do tempo de serviço como Defensor Público para ingresso em outro sistema previdenciário – que sequer restou afirmado lhe tenha sido negado esta averbação – extrapola os limites do pedido e da relação processual formada.

Por fim, é de se acrescentar que, consultando os arquivos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, constata-se estar consolidado o entendimento da possibilidade de renúncia à aposentadoria, diante das regras vigentes no atual sistema jurídico.

Apenas para ilustrar, algumas decisões:

'PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO PARA FUNCIONAR COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO AFASTADA. ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. ART. 255/RISTJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. INTUITO PROCRASTINATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
I- A *aposentadoria* é direito patrimonial disponível. Portanto, passível de *renúncia*. Precedentes.
II- Descabida a tese alusiva à nulidade do feito, tendo em vista a lide não objetivar concessão ou não de benefício previdenciário mas, tão somente, declarar a possibilidade de *renúncia* do benefício, para eventual obtenção de certidão de tempo de serviço. Neste particular, o interesse é exclusivo da Autarquia Previdenciária.
III- A admissão do Especial com base na alínea "c" impõe seja colacionado repositório oficial. A mera juntada de ementa extraída da "internet", somente a ementa, não satisfaz, para fins de comprovação da divergência, o comando contido no art. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ.
IV- As razões insertas na fundamentação do agravo interno devem limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. »Aplicável, à espécie, o verbete Sumular 182/STJ: V- Não existindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo interno, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil, arbitrada em 2% (dois por cento), sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. VI- Agravo desprovido'.

'ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA COM CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA.
I. Concedida aposentadoria previdenciária por tempo de serviço, nada impede que, posteriormente, o beneficiário dela renuncie, visando a se aposentar estatutariamente, em virtude de nomeação e exercício de cargo público, decorrente de aprovação em concurso. (AMS 1997.01.00.046806-3/DF).
II. Possibilidade de renúncia a aposentadoria previdenciária anterior, com conseqüente contagem do tempo de serviço, pertinente após cancelamento para obtenção de aposentadoria pelo Regime Jurídico Único. (REO 1998.01.00.074740-8/DF).
III. Apelação e remessa oficial improvidas'.

'CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA COM CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA. LEI Nº 8.112/90 (ART. 103, I, REDAÇÃO ANTERIOR À EC 20/98).
I – A Constituição (art. 40, § 3º, com a redação anterior à EC 20/98) prescrevia que "o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.
II – A Lei nº 8.112/90 é expressa em que "contar-se-á apenas para o efeito de aposentadoria e disponibilidade o tempo prestado aos entes públicos citados e que o tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.
III – Possibilidade de renúncia a aposentadoria previdenciária anterior, com conseqüente contagem do tempo de serviço, pertinente após cancelamento para obtenção de aposentadoria pelo Regime Jurídico Único.
IV – Remessa Oficial improvida.
(REO 1998.01.00.074740-8/DF, Relatora Des. Fed. Assusete Magalhães, Relator p/ acórdão Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma, TRF-1ª R., DJ 31/05/2001).
[...] Por outro lado, não há que se falar em impossibilidade de o INSS aceitar a renúncia do autor, pois trata-se de ato unilateral de vontade que independe de aceitação de outrem. Ademais, pode o segurado renunciar o benefício, em virtude da disponibilidade do direito patrimonial em debate.[...] – Relator FRANCISCO NEVES DA CUNHA, na APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.34.00.029911-9 / DF, citando o eminente Relator p/ Acórdão Des. Fed. Jirair Aram Meguerian ao proferir voto-vista, em precedente da Casa'.

> Com esses fundamentos, opina o Ministério Público pela concessão da segurança, nos termos do pedido inicial, por considerar ilegal a recusa da homologação da renúncia à aposentadoria do impetrante no cargo de Defensor Público e emissão da contagem do tempo de serviço operada pela impetrada, lesiva a direito líquido e certo do impetrante.
> É o parecer, à consideração de Vossa Excelência.
>
> Belo Horizonte, 19 de maio de 2004.
>
> Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
>
> Promotora de Justiça"

Mandado de segurança – ICMS – Bem importado mediante leasing – Não incidência

> "PROCESSO Nº 06.193.704-1
> 4ª VARA DOS FEITOS TRIBUTÁRIOS
>
> Meritíssimo Juiz:
>
> LÍDER TAXI AÉREO S/A, já qualificada, impetrou mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra iminente ato do SUPERINTENDENTE DA RECEITA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, que pretende exigir o pagamento do ICMS na operação de entrada no Brasil do bem descritos a fls. 07 (aeronave Sikorsky, S76C, série 760617 – prefixo N81189/2006) da inicial, que foi arrendado no exterior, o que considera ilegal visto que na operação de arrendamento mercantil não incide o ICMS diante do disposto na Lei Complementar 87/96, art. 3º, inc. VIII, no Código Tributário Nacional e na Lei Estadual 6.763/75. Requer seja deferida em liminar e em definitivo a segurança para que a autoridade abstenha-se de exigir o pagamento do ICMS.
>
> Instruíram a inicial os documentos de fls. 30/442.
>
> O MM. Juiz deferiu o pedido de liminar às fls. 448/455.
>
> Devidamente notificada, a autoridade coatora informou, às fls. 459/475, que é devido o ICMS na operação de *leasing* – arrendamento mercantil – pois, para sua caracterização, é indiferente a natureza jurídica da operação que o constitua, bastando a entrada do produto no mercado interno e seu conseqüente desembaraço aduaneiro, sendo o importador o contribuinte em razão de ser o responsável pela entrada da mercadoria no território nacional. Pede seja negada a segurança.
>
> Chegam os autos ao Ministério Público.
>
> É o relatório, do essencial.
>
> Presentes os pressupostos processuais, bem como as condições gerais e específicas da ação, vamos ao mérito, propriamente dito.
>
> Tratam os autos de irresignação do impetrante ante a pretendida exigência do ICMS na operação de arrendamento mercantil realizada no exterior, a partir do desembaraço do bem móvel (aeronave) descrito na inicial realizada pela impetrada, visto que não se trata de importação de mercadoria adquirida no exterior para revenda ou para uso próprio do importador, de pessoa física no Brasil. Alega o impetrante que se trata de situação diversa, ou seja, que se trata de operação de arrendamento mercantil de aeronave, realizada na forma que permite a Lei n. 9.430/96, regulamentada pelo Decreto 2.889/98.
>
> A lei brasileira (Lei 6.099/74, alterada pela Lei 7.132/85) define o *leasing* financeiro ou arrendamento

mercantil da seguinte forma:

'considera-se arrendamento mercantil, para efeitos desta lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta'.

Dessa forma, a entrada no País de bem objeto de contrato de *leasing* firmado no exterior é permitida pela legislação brasileira, que, a propósito do imposto de importação, dispõe, no art. 17, da L. 7.132/83:

'Art. 17. A entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratados com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966, e se sujeitará a todas as normas legais que regem a importação'.

A questão é se esta operação é fato gerador do ICMS ou não.

Poderia afirmar que sim, que há fato gerador na operação mercantil, pela leitura pura e simples do art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88,especialmente após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 33/2001 que dispõe que o ICMS incide

'[...] sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço'.

Entretanto, mister não esquecer o comando do inciso XII do mesmo artigo 155 da Carta Magna, visto que determina que competirá à Lei Complementar:

'a) definir seus contribuintes;
[...]
d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
[...]
i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço'.

Por sua vez, a atual Lei Complementar 87/96, apesar de estatuir no art. 2º, inc. I que incidirá o ICMS sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (Redação dada pela LC 114, de 16.12.2002), é clara em seu artigo 3º, inciso VIII, ao estabelecer que:

'Art. 3º - O imposto (ICMS) não incide sobre:
[...]
VIII – operações de arrendamento mercantil,não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário'.

Dessa forma, **somente haverá o fato gerador do ICMS**, salvo melhor juízo, se houver a circulação econômica, ou seja, após a transferência de domínio, quando e se o arrendatário exercer a opção de compra ao final, ocasião em que, então, deverá promover o recolhimento do tributo estadual, na modalidade do auto-lançamento.

É que não pode se confundir com a compra e venda, inobstante as semelhanças com a compra e venda com cláusula de reserva de domínio, pois o concedente do *leasing* não se obriga a transferir a propriedade dos bens entregues ao tomador, como sucede na venda com reserva de domínio; tal obrigação nasce quando o tomador exerce a opção reservada no contrato. Assim, o direito que o tomador

de *leasing* adquire é de uso temporário da coisa, mas de natureza obrigacional, como na locação e no empréstimo. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 6 ed. São Paulo: Forense, 1978. p. 567.).

Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

'Acórdão. EDRESP 253882/SP; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL (2000/0031293-2); Fonte: **DJ** DATA:27/11/2000, PG:00134. Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão: 24/10/2000. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO DE AERONAVE - CONTRATO DE LEASING - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO A CONVÊNIO - CABIMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRESSUPOSTOS - EFEITOS MODIFICATIVOS. A importação de aeronave mediante contrato mercantil de leasing não caracteriza o fato gerador do ICMS. A violação a convênio não enseja a interposição de recurso especial. Inexistindo no acórdão embargado obscuridade, contradição ou omissão são incabíveis embargos de declaração. Efeitos modificativos só são possíveis em casos excepcionais. Embargos rejeitados'.

'Acórdão. MC2741/SP; MEDIDA CAUTELAR (2000/0041430-1) Fonte: DJ DATA: 27/11/2000 - PG:00127 Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão 17/10/2000 Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA – Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - REQUISITOS - PRECLUSÃO - ICMS -*LEASING* - INCIDÊNCIA. Inexistindo recurso da decisão que conceder liminar para conferir efeito suspensivo a recurso especial, ocorre a preclusão, estando definitivamente decidida a questão concernente à existência do bom direito e do perigo da demora. No arrendamento mercantil (*leasing*), não se caracteriza o fato gerador do ICMS. Medida cautelar procedente'.

'Acórdão - RESP253882/SP; RECURSO ESPECIAL (2000/0031293-2) – Fonte: DJ DATA:14/08/2000 PG:00154. Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082). Data da Decisão: 15/06/2000. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa: ICMS - IMPORTAÇÃO DE AERONAVE - USO PARTICULAR SEM AQUISIÇÃO. Importação de aeronave mediante contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) não caracteriza o fato gerador do ICMS. Recurso improvido. Acórdão - RESP 58376/SP; RECURSO ESPECIAL (1994/0040387-9). Fonte **DJ** DATA:08/05/1995 PG:12315. Relator(a) Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). Data da Decisão 22/03/1995. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Ementa: TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO -*LEASING*- AERONAVE. A IMPORTAÇÃO DE AERONAVE, MEDIANTE ARRENDAMENTO MERCANTIL NÃO É FATO GERADOR DE ICMS. Decisão. POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO'.

Ademais, como bem lembrado pelo nobre julgador Cláudio Santos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, (In: *Leasing*: questões controvertidas. **Revista Jurídica** nº 223, p. 5, mai. 1996.) em contrato de subarrendamento de bem arrendado no exterior há uma exceção a respeito da cláusula de opção de compra. Ela pode ser dispensada, mediante as 'condições que estabelecer o CMN', consoante estabelece o § 5º do art. 16 da Lei 6.099/74, com a redação dada pela Lei 7.132/83, o que permite raciocinar que o bem deverá retornar ao lugar de origem, não permanecendo, portanto, no País.

Enquanto não houver a transferência de domínio, será devido o ISSQN, tributo municipal, já que a operação de arrendamento mercantil encontra-se hoje incluída na lista de serviços editada pela Lei Complementar n.º 56/87.

É o teor da Súmula 138 do STJ: '*O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis*'.

Assim, a exigência do recolhimento do imposto (ICMS) praticada pela impetrada, configura ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante, por ausência de fato gerador do ICMS na operação de *leasing* objeto da ação, nos termos da legislação vigente a autorizar a cobrança do citado imposto.

Ante todo o esposado, Excelência, o Ministério Público opina seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, por ser inteira aplicação da Norma!

É o parecer, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2006.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller

Promotora de Justiça”

Mandado de Segurança – Resolução 276/08 Contran – CNH antiga – Proibição ilegal da renovação fora do prazo

“PROCESSO Nº: 08.266.715-5
6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
IMPETRANTE: E.R.S.F.
IMPETRADO: CHEFE DO DETRAN

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

Cuidam os presentes autos de mandado de segurança impetrado por E. R. S. F., contra ato do CHEFE DO DETRAN DE MINAS GERAIS que recusa promover a renovação da sua CNH antiga, sob a alegação de que teria esgotado o prazo para fazê-lo, como determinou a Res. 276/08 do CONTRAN, o que considera ilegal, uma vez que tem direito adquirido, ofensa ao princípio da irretroatividade das leis.

Requereu a concessão da segurança para o fim de determinar à autoridade coatora as providências necessárias a fim de viabilizar a renovação da habilitação da impetrante, sem que tenha que se submeter a novo processo de habilitação.

Instruiu a inicial com os docs. de fls.05/09.

Decisão liminar às fls.05/09, INDEFERINDO A LIMINAR.

Decorrido o prazo legal, a autoridade, devidamente notificada, prestou informações, alegando em preliminar ilegitimidade passiva, ao argumento de que o DETRAN/MG apenas cumpre uma norma regulamentar estabelecida pelo órgão competente, qual seja, CONTRAN.

No mérito defendeu a legalidade ao ato impugnado, ao argumento de que o prazo para renovação da CNH antiga da impetrante venceu no dia 01/12/2002 e que esta teria até o dia 10/08/2008 para se adequar e não o fez. Portanto, deverá se submeter a novo processo de habilitação, nos termos do art. 1º da Resolução 276/08 do CONTRAN; e, que o CTB confere ao CONTRAN autonomia para normatizar o processo de habilitação. Concluiu pela denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

Presentes as condições da ação e pressupostos processuais, uma vez presente a legitimidade passiva, pois o ato impugnado é o de recusa da renovação da CNH com determinação de reinício do processo de habilitação.

No mérito:

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe que:

'Art. 5º o Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e

reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

Art. 6º São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito:
I - estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar seu cumprimento;
II - fixar, mediante normas e procedimentos, a padronização de critérios técnicos, financeiros e administrativos para a execução das atividades de trânsito;
III - estabelecer a sistemática de fluxos permanentes de informações entre os seus diversos órgãos e entidades, a fim de facilitar o processo decisório e a integração do Sistema.
Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
V - a Polícia Rodoviária Federal;
VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI'.

Assim, o CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, que tem como função coordenar o Sistema é o órgão máximo normativo e consultivo – arts. 7º, inc. I e 12, do Código de Trânsito Brasileiro e que tem atribuições de fixar normas regulamentares ao Código de Trânsito Brasileiro.

Ocorre que o ato normativo torna-se ilegal ao extrapolar os limites da lei.

A propósito, ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles que os atos administrativos normativos possuem caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

'Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos,bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral'. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 158-159.).

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los.

A Resolução 276/2008, fundamento do ato administrativo atacado, apesar de não declarar expressamente que 'estará suspenso o direito de dirigir', declarou a perda de validade da CNH, por ser antiga e não renovada e, considerando o fato de ser pressuposto para dirigir veículo, segundo o Código de Trânsito, portar a CNH, constituindo infração dirigir sem estar habilitado. O cidadão em tal situação estará com o seu direito de dirigir suspenso.

O Código de Trânsito, em vários momentos estabeleceu a suspensão do direito de dirigir, mas como penalidade por infração de trânsito.

Então, antes de tudo, para ter tornado legal o ato mister que a conduta descrita na Resolução que o fundamentou,*não recadastramento no prazo em que fixou*, estivesse tipificada no Código de Trânsito como uma infração. Não há esta infração no CTB.

Não há pena sem prévia cominação legal!

E mais,*in casu*, aplicação de pena sem o devido processo legal, sem ampla defesa, sem contraditório, etc.

O Código de Trânsito Brasileiro é claro:

'Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.
[...]
Art. 263. A cassação do documento de habilitação dar-se-á:
I - quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator conduzir qualquer veículo;
II - no caso de reincidência, no prazo de doze meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175;
III - quando condenado judicialmente por delito de trânsito, observado o disposto no art. 160.
§ 1º Constatada, em processo administrativo, a irregularidade na expedição do documento de habilitação, a autoridade expedidora promoverá o seu cancelamento.
§ 2º Decorridos dois anos da cassação da Carteira Nacional de Habilitação, o infrator poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa'. (grifo nosso).

Percebe-se a desproporcionalidade do ato impugnado quando se verifica que uma infração grave ou gravíssima somente poderá constituir obstáculo à concessão da CNH definitiva ao detentor de Permissão para Dirigir após o trânsito em julgado administrativo da decisão que confirme a validade do ato infracional a ele imputado. E pela simples perda do prazo, em dois dias, para renovação da CNH antiga, que visa informatizar o sistema, o cidadão é punido com a pena mais grave que há – suspensão do direito de dirigir, cancelamento da CNH, sem direito a defesa!

Neste sentido, somente para ilustrar o disparate:

'ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. ACÚMULO DE PONTOS NA CNH. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. NECESSIDADE DE ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DO CTB E DA RESOLUÇÃO Nº 182/05 DO CONTRAN.
1. Enquanto pendente de julgamento recurso em processo administrativo para suspensão do direito de dirigir, não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de renovação da CNH.

Interpretação conjugada do art. 290, parágrafo único, do CTB e do art. 24 da Resolução nº 182/05 do Contran.
2. Recurso especial improvido. (Recurso Especial nº 852.374 - RS (0105509-3). Recorrente: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/RS. Recorrido: Rosana Pereira Sant'anna. Procurador: Cristian Ricardo Prado Moisés e outros. Advogado: José Antônio Ribeiro e outro. Rel. Min. Castro Meira. 2006)'.

'ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PERMISSÃO PARA DIRIGIR. CONCESSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA. CONDUTOR AUTUADO POR INFRAÇÃO GRAVÍSSIMA DURANTE O PERÍODO DE PROVA DE UM ANO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
1. Trata-se de recurso especial interposto nos autos de mandado de segurança impetrado por motorista portador de Permissão para Dirigir contra o Diretor do DETRAN/RS, buscando o direito de obter a CNH definitiva após o período de prova de 1 (um) ano, apesar da ocorrência de autuações por infrações de trânsito de natureza gravíssima, que ainda estão pendentes de julgamento na esfera administrativa. A sentença concedeu a segurança sob o entendimento de que não podem ser considerados os efeitos do ato infracional antes de julgados os recursos administrativos.
Interposta apelação pelo DETRAN/RS, o acórdão do TJRS deu provimento ao apelo sob o fundamento da falta de interesse do impetrante, visto que as multas já haviam sido pagas, e o pagamento convalida o vício. O impetrante opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos, mas mantiveram a conclusão do acórdão embargado quanto ao provimento da apelação. No recurso especial o recorrente alega violação do art. 290 do CTB, sustentando que as penalidades de trânsito somente podem ser cadastradas no RENACH (Registro Nacional de Carteiras de Habilitação) após o esgotamento dos recursos administrativos.
2. Os §§ 3º e 4º do art. 148 do CTB impõem a penalidade de suspensão do direito de dirigir, obrigando o condutor detentor de Permissão para Dirigir a reiniciar o processo de habilitação caso, no período de prova de 1 (um) ano, tenha cometido infração grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média.
3. Entretanto, urge salientar que a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, bem como todas as demais previstas no Código de Trânsito, reclama prévio processo administrativo, com observação das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, estes consectários do primeiro (CF, art. 5º, LIV e LV).
4. O CTB expressamente dispõe no art. 265 que "As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.
5. A ocorrência de infração grave ou gravíssima somente poderá constituir obstáculo à concessão da CNH definitiva ao detentor de Permissão para Dirigir após o trânsito em julgado administrativo da decisão que confirme a validade do ato infracional a ele imputado.
6. Recurso especial provido. (Grifo nosso.) (Recurso Especial nº 800.963 - RS (2005/0198105-9)'.

Conclui-se, portanto, que a Resolução 276/2008 do CONTRAN é legítima ao estabelecer o dever de recadastramento, mas extrapola o previsto no art. 261 do CTB ao estabelecer que o não cumprimento será penalizado, criando uma infração e uma penalidade administrativa, deixando o papel de regulamentar, criar os critérios, as formas, etc.

A impetrante não se recusou a realizar os exames exigidos e a renovar a CNH, somente não entende justo ter que realizar novamente todos os exames, como se fosse a primeira habilitação, sendo que já os prestou na forma juridicamente exigida.

Entender de forma diversa é permitir que um ato administrativo torne sem efeito um ato jurídico perfeito e viole direitos constitucionais como ampla defesa e contraditório, e não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei.

O objetivo de informatizar não pode atropelar os direitos e garantias individuais, salvo melhor juízo.

Ex positis, opina o Ministério Público pela CONCESSÃO DA SEGURANÇA, já que restou ferido direito líquido e certo da impetrante de renovar sua CNH, mesmo que fora do prazo estabelecido na Resolução.

> É o parecer, salvo melhor juízo.
>
> Belo Horizonte, 21 de junho de 2010.
>
> Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
> Promotora de Justiça”

Mandado de segurança – Prorrogação licença-maternidade – Direito à prorrogação automática – Inexistência – autonomia dos entes da federação

> “6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
> PROCESSO nº 024.09.695.367-4
> IMPETRANTE: A.L.A.R.
> IMPETRADO: CHEFE DE DEPARTAMENTO DE SERVIÇO DE GESTÃO DE PESSOAS DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FHEMIG
>
> PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
>
> MM. Juiz:
>
> Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por A. L. A. R., já qualificada, em face do CHEFE DE DEPARTAMENTO DE SERVIÇO DE GESTÃO DE PESSOAS DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS – FHEMIG, que recusou a prorrogar a sua licença-maternidade para seis (06) meses, invocando por analogia a Lei Federal n.º11.770/2008 e o Decreto n.º 6.690/2008, apesar de que seu filho, nascido no dia 26 de setembro de 2009.
>
> Concluiu requerendo a concessão de liminar e segurança definitiva para determinar a prorrogação da sua licença-maternidade nos termos da lei federal retro citada.
>
> Instruíram a inicial os documentos de fls. 17/54.
>
> A liminar requerida foi indeferida às fls. 55/57. Aviado agravo de instrumento – fls. 61/80.
>
> Às fls. 117/136 a impetrada apresentou suas informações alegando, em síntese, em preliminar inadequação do mandado de segurança e no mérito seja a segurança negada ante a ausência de direito líquido e certo, visto que não possui regramento próprio que autorize a prorrogação da licença-maternidade a seus servidores, lembrando que a Lei Federal nº 11.7770/08 não se aplica aos servidores estatutários.
>
> Chegam os autos ao Ministério Público.
>
> É o breve relatório.
>
> Em sede de Mandado de Segurança, ação civil de rito sumário especial que tem por escopo repelir ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, via comando judicial corretivo, cumpre ao autor demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito a ser protegido.
>
> Na clássica lição do mestre Hely Lopes Meirelles, *direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.*
>
> A impetrante pretende a prorrogação da licença-maternidade de quatro para seis meses, com fundamento na Lei Federal nº 11.770/06.

Sobredito diploma legal instituiu o *Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do artigo 7º da Constituição Federal*, criando mecanismos de compensação para a pessoa jurídica que aderir à prorrogação. ('Art. 5o A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.')

Conforme previsto no artigo 2º da citada legislação, foi *a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1o desta Lei.* (grifo nosso).

Por sua vez, o Decreto n.º 6.690/2008, valendo-se da autorização legislativa, instituiu no âmbito federal o Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, possibilitando ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a expedição de normas para a sua execução.

Não resta dúvida de que a prorrogação da licença-maternidade propicia o fortalecimento dos laços afetivos entre filhos e mães, estimulando o desenvolvimento intelectual da criança e prevenção de doenças.
Todavia, embora se reconheça a importância e a necessidade do Programa de Prorrogação de Licença à Gestante e à Adotante, não há possibilidade de se aplicar por analogia o Decreto Federal n.º 6.690/2008, concedendo-se o beneplácito para a servidora estadual ou mesmo municipal.

É que a Lei Federal 11.770/08 não concedeu de maneira automática a prorrogação da licença-gestante para as trabalhadoras regidas pela CLT, uma vez que o benefício depende da adesão das empresas envolvidas; tampouco para as servidoras públicas, porquanto foi a Administração Pública federal autorizada a instituir o programa.

Não por acaso, foi editado ato normativo pela Chefia do Executivo federal objetivando assegurar a prorrogação da licença gestante às servidoras públicas federais.

No âmbito do estado de Minas Gerais e da municipalidade, entretanto, a situação carece de regramento próprio, sendo impertinente falar-se em analogia, o que estaria a ferir a autonomia política do ente federativo.

É cediço que o Judiciário não pode substituir-se ao legislador, sob pena de indevida interferência na função legislativa, não se podendo olvidar que, após a Carta de 1988, o ente da Federação assumiu contornos de detentor de autonomia, inclusive e, principalmente, no aspecto normativo.

Portanto, a legislação federal invocada pela impetrante não tem o condão de permitir a automática prorrogação da licença-maternidade, tampouco o ato normativo editado pelo Presidente da República, este de aplicação exclusiva às servidoras públicas federais.

Sobre o assunto, *mutatis mutandis:*

'TJRS-146827) SERVIDOR MUNICIPAL. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR. HORAS EXTRAS. HORA-MÁQUINA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE. HONORÁRIOS.
Ao Município compete organizar seu funcionalismo, conseqüência da autonomia administrativa que lhe assegura o art. 30, I, da Constituição Federal. Por isso não se estendem aos servidores municipais disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se assim determinar expressamente a lei local.
[...]
Apelo não-provido.
(Apelação Cível nº 599047982, 1ª Câmara Especial Cível do TJRS, São Leopoldo, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges. j. 17.08.2000).g/n'.

Ainda:

'TJSP-051520) SERVIDOR MUNICIPAL - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - GRATIFICAÇÃO INEXISTENTE NO MUNICÍPIO - BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE LEI ESPECIAL PARA SUA REGULAMENTAÇÃO - NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA.
Inaplicabilidade de outra legislação, em face da autonomia dos entes federativos previstos na Constituição Federal. Ação procedente. Decisão reformada. »Recursos providos, para o fim de julgar improcedente a ação.
(Apelação Cível nº 082.944-5, 4ª Câmara de Direito Público do TJSP, Indaiatuba, Rel. Des. Aldemar Silva. j. 09.11.2000, un.)'. (grifo nosso).

Ex positis, opina o Ministério Público seja denegada a segurança.

Belo Horizonte, 12 de Fevereiro de 2010.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça"

Mandado de segurança – Técnico farmacêutico – Responsável técnico por drogarias e farmácias – Impossibilidade

"PROCESSO Nº. 09.473.347-4
5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
IMPETRANTE: DROGARIA SANTA MÔNICA LTDA.
IMPETRADO: PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

DROGARIA SANTA MÔNICA LTDA., já qualificada, impetrou mandado de segurança contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, pelo fato de negar a emissão de ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO SANITÁRIO sob a alegação de que o Técnico Farmacêutico não pode ser responsável técnico por drogarias na capital, somente o Farmacêutico pode sê-lo, citando o art. 15, §3º da Lei nº 5.991/73, o que fere direito líquido e certo da impetrante, cujo representante é proprietário e Técnico em Farmácia, registrado no Conselho Regional de Farmácia, conforme Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça, o que considera ilegal e abusivo, já que afronta os princípios constitucionais da legalidade e da ordem econômica.

Requer a concessão de liminar e, em definitivo, da segurança, a fim de que o impetrado emita o alvará sanitário para funcionamento regular da impetrante, tendo como responsável técnico seu proprietário.

Instruíram a inicial os documentos de fls.08/66.

Às fls. 67/68 o MM. Juiz deferiu o pedido liminar.

A autoridade impetrada, devidamente notificada, prestou informações às fls. 71/77, alegando ausência de ato ilegal, pois em se tratando de farmácia ou drogaria, nos termos da Lei nº 5.991/73, somente pode ser responsável técnico o Farmacêutico (curso superior em Farmácia), sendo permitido ao Técnico em Farmácia ser responsável técnico em situações excepcionais descritas no art. 15, § 3º da lei retro citada, o que não é o caso de Belo Horizonte, onde existem farmacêuticos registrados no Conselho Regional de Farmácia (CRF). Concluiu pela denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

PRELIMINARMENTE:

Não apresentou a impetrante qualquer ato concreto de violação ao direito de ter o alvará de funcionamento sanitário e que este tenha como fundamento a inexistência de Farmacêutico.

O que há nos autos são cópias de outras ações promovidas com o mesmo pedido e causa de pedir, com algumas circulares internas do Órgão Sanitário Municipal.

O mandado de segurança não é substituto da ação declaratória, como há muito têm decidido os Tribunais Superiores.

Logo, o pedido passível de análise *in casu* é o ato da autoridade apontado como ilegal – ou seja, indeferimento do alvará de funcionamento sanitário por ausência de Farmacêutico como responsável técnico e/ou recusa em aceitar o Técnico de Farmácia, proprietário da impetrante, como responsável técnico.

Assim, adotando o princípio da fungibilidade e, em respeito ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário, opina o Ministério Público, preliminarmente, seja o remédio constitucional aviado recebido como PREVENTIVO, onde há uma ameaça de ofensa ao direito que entende possuir de ser considerado o Técnico em Farmácia como responsável técnico a autorizar a emissão do Alvará de Funcionamento Sanitário.

Apesar de a autoridade ter alegado incorreção na indicação da autoridade coatora pela impetrante, prestou as informações defendendo os atos praticados nos quais se baseia o pedido do impetrante.

Nesse sentido, presentes as condições da ação e pressupostos processuais.

NO MÉRITO:

Sem razão a impetrante, senão vejamos.

A Lei Federal nº 5.991/73 que regula o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, estabelece de forma clara os requisitos para obtenção de alvará de funcionamento sanitário em seus arts. 15, 22, 23 e 24. Estatuiu o § 3º do art. 15 que:

'[...]
A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da Lei (art. 15, *caput*) e que o órgão sanitário somente licenciará os estabelecimentos sob responsabilidade técnica de prático de farmárcia, oficial de farmácia ou “outro”, igualmente inscritos no CRF, em razão do interesse público'.

O legislador não deixou sequer margem para interpretação. Foi claro ao estabelecer a situação:*interesse público*. Ainda, declarou o que é considerado interesse público: *caracterizada a necessidade da existência de farmácia ou drogaria e na falta de Farmacêutico.*

Assim, não cabe ao intérprete acrescentar outras circunstâncias que são de interesse público. Trata-se de ato vinculado. Nele, o administrador não tem liberdade de ação, porque, para determinada situação, já existe o ato legalmente tipificado a ser realizado e o administrador não tem qualquer liberdade para adotar outra solução. No ato discricionário, depara-se o administrador com certa margem de liberdade para se decidir, usando de critérios próprios, porém sempre tendo por norte o interesse público da administração. A liberdade do administrador não é ilimitada; relativiza-se pelo interesse público.

Ainda, a Lei nº 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, inclui as atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária, em todos os níveis, inclusive nos municípios, autorizando-os a adotar medidas para cumprimento das normas de dispensação e manipulação de medicamentos.

A impetrante argumenta que o ato é ilegal, escorado na Súmula 120 do STJ. É verdade que este foi o pensamento do egrégio Tribunal em 29/11/1994.

No entanto, em 19/03/2003 foi publicado no DJ, p. 141, a Súmula 275 do STJ com o seguinte enunciado: 'O auxiliar de **farmácia** não pode ser **responsável técnico** por **farmácia** ou drogaria.'

E, neste sentido sempre decidiu o nosso Tribunal de Justiça:

'Número do processo: 1.0024.06.990217-9/001(1).**Precisão**: 27. Relator: CLÁUDIO COSTA. Data do Julgamento: 01/03/2007. Data da Publicação: 23/03/2007. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO. A autorização para funcionamento de drogaria, por parte da autoridade sanitária, depende de estar ela assistida por farmacêutico registrado no CRF. Em hipóteses excepcionais, poderá ser autorizada com a assistência de técnico, sendo imperioso demonstrar a caracterização dos requisitos, a saber, interesse público na instalação do estabelecimento e inexistência de profissional, na localidade, habilitado a prestar o serviço. Não é o mandado de segurança o meio apropriado para se discutir matéria que demanda dilação probatória, por se tratar de ação de rito sumariíssimo, a exigir prova pré-constituída. Apelação improvida. Sentença confirmada.

Número do processo: 1.0114.02.001374-3/001(1).**Precisão**: 51. Relator: Manuel Saramago. Data do Julgamento: 03/05/2005. Data da Publicação: 20/05/2005. Ementa: DROGARIA. ALVARÁ SANITÁRIO. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE TÉCNICO RESPONSÁVEL. OFICIAL DE FARMÁCIA. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO. Não sendo farmacêutico, não se comprovando circunstâncias legais que o alçariam à condição de responsável técnico, nem tampouco tendo-se submetido a provisionamento previsto por lei, não se há deferir a pretensão a alvará formulado por oficial de Farmácia para assumir a responsabilidade técnica de drogaria. Precedentes'.

O representante tem inscrição no CRF desde 08/07/05. Logo, não se enquadra na situação dos *provisionados*, os quais têm a situação definida na Lei nº 3.820/60, em seu art. 14, parágrafo único, que previu a possibilidade de inscrição nos quadros dos Conselhos Regionais de Farmácia de profissionais de Farmácia que não farmacêuticos (práticos, oficiais, etc.), permitindo aos declarados que já atuavam no ramo prosseguir em suas atividades, desde que preenchessem os requisitos declarados no art. 16 do referido diploma legal. Situação esta ratificada pela lei vigente – Lei nº 5.991/73, no art. 15, § 3º, e no art. 57, quando foi estatuído que, em razão do interesse público e sob outras condições impostas no mesmo dispositivo, tais profissionais poderiam assumir a responsabilidade da permissão.

Logo, não restou comprovado ato ilegal lesivo ou ameaça de lesão a direito da impetrante.

Ao contrário, trata-se de exercício do dever legal a exigência de ser o Farmacêutico o único passível de ser responsável técnico por farmácia ou drogaria na capital mineira e de somente ser emitido o alvará de funcionamento sanitário mediante comprovação desse tal requisito legal.

Ante o exposto, opina o Ministério Público pela denegação da segurança, perante a ausência de ato lesivo a direito líquido e certo da impetrante, nos termos que exigem a Lei nº 1.533/51 e o art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal.
É o parecer, *sub censura*.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2009.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller
Promotora de Justiça”

Mandado de segurança - Taxa de fiscalização ambiental de Minas Gerais –Enquadramento quanto ao porte da empresa – Exigência legal

"PROCESSO Nº 09.664.829-0
4ª VARA DE FEITOS TRIBUTÁRIOS
IMPETRANTE: POSTO AUTOMAN LTDA. (MATRIZ E FILIAIS)
IMPETRADO: SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DE MINAS GERAIS

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz:

POSTO AUTOMAN LTDA. (MATRIZ E FILIAIS) ajuizou o presente MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, com pedido de liminar contra ato ilegal e iminente do SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL DE MINAS GERAIS de exigibilidade do impetrante que é empresa que desenvolve atividades potencialmente poluidoras e utilizadora de recursos ambientais sob a fiscalização da FEAM – anexo I da Lei nº 14.940/03 – na categoria de revenda no varejo de combustíveis e demais produtos derivados de petróleo, a pagar a Taxa de Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais – TFAMG, instituída pela Lei Estadual nº 14.940/03, e alterada pelas Leis nº 15.972/06 e nº 17.608/08, pela soma das receitas brutas de todos os seus estabelecimentos, o que considera inconstitucional e ilegal por afrontar o disposto nos arts. 145 e 150, II, da Constituição Federal e arts. 77 e 78 do Código Tributário Nacional.

Requer a concessão de liminar e da segurança 'para declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 17.608/08, reconhecer o seu direito líquido e certo de recolher a Taxa de Fiscalização e Controle Ambiental do Estado de Minas Gerais – TFAMG com base no faturamento individualizado de cada estabelecimento contribuinte (sem somar, portanto, os faturamentos das filiais e matriz), ordenando-se ao impetrado que se abstenha de praticar qualquer ato tendente à cobrança daquela exação com base nos preceitos da predita Lei nº 17.608/08 em face de sua manifesta inconstitucionalidade'.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/45.

Liminar concedida às fls. 46/52.

Notificada a parte impetrada (fls. 54), foram prestadas as informações de fls. 56/75, subscritas também por Procurador do Estado, alegando, em preliminar: 1) ausência de prova da liquidez e certeza do direito pleiteado. No mérito, a legalidade do ato impugnado foi defendida, ao argumento de que o fato gerador da taxa impugnada é a atividade de poder de polícia desempenhada pelo órgão competente, nos termos da legislação que rege a matéria, tratando-se de competência concorrente entre os entes federados; que a Lei nº 17.608/08 baseia-se no fato de a empresa ser considerada como um todo, e não como matriz e filiais; que o STF já se pronunciou pela constitucionalidade da Taxa de Controle de Fiscalização Ambiental (TCFA), que possui a mesma natureza da taxa questionada pelas impetrantes. Concluiu pugnando pela extinção sem resolução do mérito ou denegação da segurança.

Chegam os autos ao Ministério Público.

É o relatório.

Preliminarmente, a ausência de prova da liquidez e certeza do direito pleiteado, bem como a ausência de ilegalidade e abuso de poder, alegados pelo impetrante, ao argumento de que o ato impugnado foi praticado com fundamento na Lei nº 17.608/08, que alterou a Lei nº 14.940/03,*data venia*, tais matérias pertinem ao próprio mérito da ação.

Quanto ao mérito, insurge-se o impetrante contra ato do impetrado, consistente na exigência da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais (TFAMG), instituída pela Lei Estadual nº 14.940/2003, alterada pelas Leis nº 15.972/06 e nº 17.608/08, respectiva à soma das receitas brutas de todos os seus estabelecimentos.

Salvo melhor juízo, improcedente o argumento do impetrante de que é ilegal e inconstitucional a

cobrança da TFAMG 'considerando o somatório das receitas brutas de todos os estabelecimentos do contribuinte', nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei Estadual nº 17.608/08, tendo em conta que o § 1º do art. 8º da Lei Estadual nº 14.940/03 dispõe que a TFAMG será devida por estabelecimento.

Da análise da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei nº 17.608/08, constata-se que a cobrança da TFAMG continua sendo cobrada por estabelecimento.

O que determina o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei Estadual nº 17.608/08, é que

'[...] para efeito de enquadramento nos incisos do *caput* e na tabela constante do Anexo III desta Lei, será considerado o somatório das receitas brutas de todos os estabelecimentos do contribuinte'.

Com efeito, a base de cálculo da TFAMG, nos termos da Lei nº 14.940/03, é obtida a partir dos valores expressos em UFEMG constantes no Anexo III, e da correlação do Potencial de Poluição e Grau de Utilização (previstos nos Anexos I e II) como também do porte da empresa, definido no art. 2º (da Lei).

Ora, ao que se constata, a Lei nº 14.940/03 determina que se deve considerar o porte da empresa, e não do estabelecimento, sendo certo que se trata de conceitos distintos, podendo a empresa possuir diversos estabelecimentos.

Nos termos do art. 966 do Código Civil, empresário é 'quem exerce profissionalmente atividade econômica e organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços'.

Já o art. 982 do mesmo codex dispõe que:

'Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeita ao registro (art. 967); e simples as demais'. (grifo nosso).

Por fim, o art. 1.142 do Código Civil estabelece que 'Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária'.

Desta forma entendemos,*data venia*, que o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.940/03, com a redação dada pela Lei nº 17.608/08, não afronta direito líquido e certo do impetrante, uma vez que o enquadramento dos contribuintes, para efeito de cobrança da TFAMG, ocorre em relação ao porte da empresa, e não do estabelecimento, tanto pela Lei nº 14.940/03 como pela Lei Federal nº 6.938/81 (art. 17-D).

Diante de todo o exposto opina o Ministério Público pela DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA ante a ausência de lesão a direito líquido e certo do impetrante.

É o parecer, sub censura.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2010.

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller

Promotora de Justiça”

Petição inicial de ação civil pública

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA E

AUTARQUIAS DE BELO HORIZONTE

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelos Promotores abaixo assinados, com atribuições perante a 1a Promotoria de Justiça/Juízo da Fazenda Pública e Execuções Fiscais da Comarca de Belo Horizonte, vem à presença de V.Exa., com fundamento no art. 1º, inc. IV c/c arts. 5º e 12 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 81, parágrafo único, inc. III e art. 82, inc. I, da Lei nº 8.078/90; e nos arts. 127 e 129, incs. II e III, ambos da Constituição Federal, maneja a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA em desfavor do ESTADO DE MINAS GERAIS, com pedido de liminar, em vista das seguintes razões e fundamentos adiante deduzidos:

I – INTRODUÇÃO - OS FATOS E AS AÇÕES INDIVIDUAIS

Diuturnamente o Judiciário vem recebendo centenas de demandas mandamentais objetivando a correção de ato do Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN/MG), órgão da administração indireta do réu, que, com fundamento na Resolução nº 168/04, alterada pela Resolução nº 169/05, do CONTRAN, na Portaria nº 15 do DENATRAN, e na Instrução nº 001/2006 do DETRAN, passou a proceder ao cancelamento dos processos para habilitação de candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação após doze meses contados da data do requerimento do candidato.

Não se justifica que semelhante ato seja combatido, de forma individual, abarrotando o Judiciário com demandas absolutamente idênticas, ensejando decisões similares, que poderiam (e podem) ser proferidas através de um instrumento processual exclusivo, trazendo celeridade à prestação jurisdicional.

II – DA NATUREZA DA PRETENSÃO MINISTERIAL

Objetiva o Ministério Público seja determinado ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar o processo de habilitação dos candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação após decorrido o prazo de doze meses, contado da data do requerimento do candidato, em todo o Estado de Minas Gerais, sob pena de malferimento ao Código de Trânsito Brasileiro que, em seu art. 147, § 2º, disciplina o prazo do exame preliminar de aptidão física e mental do candidato à habilitação, fixando-o em cinco anos, e, excepcionalmente em três, para condutores com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Tem-se, outrossim, clara violação ao princípio da legalidade, postulado fundamental do *Estado de Direito*, com ofensa direta ao art. 37, *caput*, da Carta Máxima, porquanto deve a Administração completa submissão às leis, sendo a atividade administrativa infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.

Levando-se em consideração a origem comum dos interesses cuja defesa se busca através da presente ação, conclui-se inequivocamente que estamos diante de direitos individuais homogêneos, previstos expressamente no inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos quais tem o Ministério Público o dever de agir. Sobre eles, escreveu com propriedade o mestre Rodolfo de Camargo Mancuso:

'[...] Por fim, no que concerne à titularidade dos interesses ou direitos individuais homogêneos (inc. III do art. 81), já se anotou a singeleza do texto legal. Tudo indica que esses interesses não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apenas apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. [s.d.]. p. 278-279)'.

Na definição do jurista Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes:

'[...] os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois, divisíveis), decorrentes de fato comum, mas que por motivos de interesse social podem ser

tutelados coletivamente'. (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Revista de Processo** n.71. p. 139.).

Ada Pelegrini Grinover também empresta o seu valioso escólio, fornecendo argumentos jurídicos que concedem ao *parquet* a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos de relevante repercussão social:

'[...] As disposições processuais do Código – e, entre elas, as atinentes à defesa coletiva dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos – aplicam-se integralmente à LACP, ampliada pela CDC.
[...]
Em virtude disso, surge uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.
[...]
Todo o Título II do CDC, portanto, pode ser utilizado nas ações de que trata a LACP, disciplinando o processo civil dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.
Esses direitos individuais, desde que homogêneos, podem ser tutelados pela ação civil pública [...]'. (GRINOVER, Ada Pelegrini. **O Processo em evolução**. 1. ed. Forense. Universitária, 1996. p. 427.)

Comentando o dispositivo, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso:

'Aplicando-se essa fórmula à ação referida no art.92 do CDC, teremos o Ministério Público como autor (isoladamente ou em concorrência com algum outro co-legitimado do art.81) de uma *ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos*, ou seja, uma ação que é coletiva na sua forma de ajuizamento e no seu procedimento peculiar (arts.94 e s.), mas cujo objeto são *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*'. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo.*Op. cit.* p. 317.)

A tutela jurisdicional coletiva, embora ainda incipiente em nosso País, deixou de ser apenas aquela idealizada pelo legislador pátrio a partir das *class actions* norte-americanas e das *relator actions* inglesas, traduzindo em sincero e eficaz meio de reduzir o malefício maior que hoje aflige o Judiciário e constitui fonte de todas as críticas que a sociedade impõe àquele Poder: a demora na prestação jurisdicional.

Evidente que com o advento desse novel mecanismo processual, até então inédito nos países de tradição romano-germânica, esse modelo de composição coletiva sofreu severa resistência, inclusive no seio do Ministério Público. Mas até os críticos concordavam com um fato: as soluções individuais secularmente compostas não mais se prestavam a dar uma resposta eficaz aos conflitos de natureza tipicamente metaindividuais.

III – O DIREITO E A CONTROVÉRSIA CRIADA PELO RÉU

Com efeito, o art. 147, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro disciplina o prazo de validade para o exame preliminar de aptidão física e mental, para o candidato à habilitação, fixando-o em cinco anos, e excepcionalmente em três, para maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Vejamos:

'Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte forma:
[...]
§ 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado'. (grifo nosso).

Não obstante dispositivo estatuído no artigo 147, § 2º, do CTB supramencionado, as Resoluções nº 168 e nº 169 do CONTRAN, a Portaria nº 15 do DENATRAN, e a Instrução nº 001/2006 do DETRAN, a pretexto de regulamentarem o processo de habilitação do condutor, extrapolaram o previsto no CTB, criando prazos inferiores ao previsto no aludido Código para a validade do exame médico e psicotécnico.

É certo que, nos termos previstos no CTB, é competência do CONTRAN regulamentar o processo de habilitação.

Ocorre que ditos atos normativos extrapolaram a correta aplicação da Lei, uma vez que não se limitaram a explicitá-la.

Oportunamente, ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles que os atos administrativos normativos possuem caráter geral e abstrato, mas quando surgem sob a aparência de norma, com efeitos concretos, podem ser atacados e invalidados pelo Judiciário, e que, nem o Decreto regulamentar nem a Resolução podem extrapolar o previsto na Lei. Vejamos:

'Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

Tais atos conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos), ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos, e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los'. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros. p. 158-159.)

Conclui-se que as Resoluções nº 168/04 e nº 169/05 do CONTRAN, a Portaria nº 15 do DENATRAN e a Instrução nº 001/06 do DETRAN/MG, extrapolaram o previsto no art. 147, § 2º, do CTB, ao fixarem prazo inferior ao enunciado em dito artigo legal para a validade do exame preliminar médico e psicotécnico para o candidato à obtenção da CNH.

Outrossim, a conduta administrativa, nessa via guerreada, encontra embaraço nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente em atenção ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Carta Máxima. ('Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].')

Trata-se de postulado fundamental do *Estado de Direito*, devendo a Administração completa submissão às leis, uma vez que a atividade administrativa é infralegal e não substitutiva do Poder Legislativo.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello,

'[...] é a consagração da idéia de que a Administração Pública só deve ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente da expedição de comandos complementares à lei'. (*In:* **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.)

Dentro desse caráter subalterno da atividade administrativa, o ato administrativo, em qualquer de suas modalidades, somente poderá agregar à lei nível de concreção, sendo-lhe vedado inovar, mormente no cerceio a direitos dos administrados.

Em síntese: no Direito brasileiro, a Administração não pode fazer nada senão o que a lei determina.

Nesse norte, constando do art. 147, § 2º, do CTB, que o exame de aptidão física e mental tem validade por cinco anos, não se permite à Administração adentrar no terreno legislativo, ao arrepio do princípio da legalidade, inovando por meio de ato normativo inferior à lei, com a redução, ainda que indireta, de prazo legalmente fixado. Sobre o assunto:

'*TRF4-072271)ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE CONTABILIDADE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE PROFISSIONAL. RESOLUÇÃO Nº 899/2001 - INSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO SEM AMPARO LEGAL*.
1. A Resolução é ato administrativo inferior a lei, não podendo contrariá-la, restringi-la ou ampliá-la, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não permite que atos normativos infralegais inovem originariamente o sistema jurídico.

2. É defeso ao Conselho Federal de Contabilidade impor restrição ao livre exercício da profissão a que está legalmente habilitado o impetrante, criando impedimento não previsto em lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do relator.
(Apelação em Mandado de Segurança nº 79694/PR (200170000277818), 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Amaury Chaves de Athayde. j. 05.09.2002, DJU 20.11.2002, p. 449)'. (grifo nosso)

Mais:

'TRF1-083593) CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTRIÇÕES AO INGRESSO NA CARREIRA DE MAGISTÉRIO IMPOSTAS POR RESOLUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E À ORDEM HIERÁRQUICA DAS NORMAS JURÍDICAS.

1. Conforme entendimento jurisprudencial e com base no art. 37, I, da CF/88, somente lei, ato normativo primário, pode estabelecer requisitos para o ingresso no serviço público.

2. Ilegítima a criação de restrições para o acesso ao cargo público de Professor Auxiliar da Universidade Federal do Maranhão, por meio de norma terciária (Resolução nº 05/93 do CONSUN), em afronta ao Decreto nº 94.664/87, o qual regulamentou a Lei nº 7.596/87 que, no artigo 5º, determinou que os requisitos para o ingresso no cargo fossem fixados pelo regulamento.

3. Remessa Oficial a que se nega provimento.

Decisão:

Por unanimidade, negar provimento à Remessa Oficial.

Remessa *Ex Officio* nº 1997.010.00.41646-9/MA), 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves (Conv.), j. 27.06.2001, Publ. **DJ** 09.07.2001, p. 58)'. (grifo nosso).

Destarte, não podem prevalecer os atos normativos esposados pelo DETRAN/MG, sob pena de se negar vigência ao art. 147, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, além de vilipêndio ao art. 37 *caput* da Carta Máxima.

IV – DO PEDIDO LIMINAR

A Lei nº 7.347/85, embasadora da ação civil pública, garante em seu art. 12 a concessão de mandado

liminar. Por seu turno, a Lei nº 8.078/90, disciplinadora da ação civil coletiva, prevê em seu art. 84, § 3º, idêntico provimento, quando presentes a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio da ineficácia, do provimento final.

A quantidade excessiva de ações individuais tendo como objeto o narrado na presente ação civil pública, aliada ao termo final de validade dos processos de habilitação, conforme Portaria nº 001/2006 do DETRAN/MG, demonstra que estão sendo atingidos diretamente os interesses de todos os indivíduos candidatos à obtenção da CNH no Estado de Minas Gerais, que vêm tendo seus processos de habilitação cancelados, com a determinação de nova submissão a todos os exames, inclusive o de aptidão física e mental.

Esta situação exige pronta e preventiva intervenção de órgão estatal: o Poder Judiciário, equilibrador e garantidor dos interesses individuais homogêneos constitucionalmente protegidos.

Tal abusividade vem sendo constatada pelo elevado número de ações individuais distribuídas contra o ato administrativo descrito, tratando-se de fato público e notório, noticiado amplamente pela imprensa mineira.

A demora na concessão da tutela jurisdicional tem reflexo imediato, qual seja, cancelamento dos processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH, em ofensa ao CTB e ao princípio constitucional da legalidade, obrigando os candidatos à obtenção da CNH que ainda tenham seus exames de sanidade física e mental válidos se submeterem a novo exame.

Nos fundamentos de fato e de direito, o Ministério Público deixou clara a posição de refém em que foram colocados os candidatos à obtenção da CNH no Estado de Minas Gerais, fruto do exercício abusivo do poder pelos agentes públicos do réu.

V - DOS PEDIDOS

Assim, na forma do CPC, art. 282, IV, requer o Ministério Público que V. Exa. se digne:

LIMINARMENTE, *inaudita altera pars*, seja determinado ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar os processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH no prazo de validade do exame preliminar de sanidade física e mental, estatuído no CTB, em todo o Estado de Minas Gerais, consignando-se multa cominatória no valor diário de R$ 5.000 (cinco mil reais), caso o réu deixe de cumprir a decisão liminar determinada, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei nº 7.347/85.

EM PROVIMENTO DEFINITIVO

A confirmação da liminar, com a determinação ao réu, através do Departamento Estadual de Trânsito, órgão que integra a Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, que doravante se abstenha de cancelar os processos de habilitação dos candidatos à obtenção da CNH no prazo de validade do exame preliminar de sanidade física e mental – cinco anos – previsto no CTB, em todo o Estado de Minas Gerais, consignando-se multa cominatória no valor diário de R$ 5.000 (cinco mil reais), caso o réu deixe de cumprir a decisão definitiva, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei 7.347/85.

Requer ainda:

- seja oficiado aos demais juízos da Fazenda Pública Estadual informando-os do ajuizamento da presente ação para, se for o caso, adoção do disposto no art. 104 da Lei nº 8.078/90 c/c art. 21 da Lei nº 7.347/85;

- a publicação de edital, no órgão oficial do Estado, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes (art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 94 da Lei nº 8.078/90);

- a CITAÇÃO do réu, na pessoa do Senhor Advogado-Geral do Estado, na forma do art. 12, inc. I do Código

de Processo Civil, para que responda, querendo, o pedido, sob pena de revelia, seguindo-se o rito ordinário;

- na forma do art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, as intimações dos atos e termos processuais deverão ser dirigidas ao autor, na sede da 1ª Promotoria de Justiça/Juízo da Fazenda Pública e Execuções Fiscais da comarca de Belo Horizonte, situada na Rua Timbiras, 2.928, 8º andar, Bairro Barro Preto, nesta Capital, CEP. 30140-062, tel. (31) 3250-5000;

- a condenação dos réus nas custas processuais.

Atribuindo à causa o valor de R$ 1.000,00, (mil de reais), comprovará o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, sem exceção.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2006.

Elvézio Antunes Carvalho Júnior

Promotor de Justiça

Franklin Higino Caldeira Filho

Promotor de Justiça

Nadja Kelly Pereira de Souza Miller

Promotora de Justiça

Iraídes Oliveira Marques

Promotora de Justiça”

Ofício – Pedido de emenda a edital de concurso público

“**Ofício n. 035/2003 – 1a Promotoria de Justiça de Belo Horizonte**

Sugestão (Apresenta)

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2003.

Prezado Senhor,

Ratificando integralmente os termos da reunião verificada nesta Promotoria de Justiça na data de ontem, sugerimos a V. Sa., objetivando emprestar verossimilhança legal aos Editais de Concurso Público para matrícula no Curso Técnico em Segurança Pública (CTSP) e Curso de Formação de Oficiais (CFO) da Polícia Militar (PM) para o ano de 2004, publicado no órgão oficial de 24.07.2003, a adoção das seguintes emendas aos textos:

1. Suprimir a condição exclusiva de ser o candidato solteiro, como requisito para admissão de sua inscrição, porquanto fustiga os princípios da isonomia e da razoabilidade, preceitos que devem imperar em toda e qualquer conduta desenvolvida pelo administrador público;
2. Instalar a observância, no que se refere aos testes psicológicos, das disposições insertas na Resolução

n. 002, de 24.03.2003, do Conselho Federal de Psicologia, cujos devem obediência aos parâmetros previamente delimitados pelo referido órgão;
3. Inserir prazo razoável para a interposição do recurso contra o resultado de indeferimento dos exames psicológicos, de molde a admitir a formulação de irresignação escrita, uma vez que os editais não contemplam qualquer prazo ou condição para a apresentação das razões, quando interposto o recurso pelo próprio candidato, o que torna inexeqüível a própria hostilização.

Solicitamos que semelhantes alterações sejam editadas no órgão oficial do Estado de Minas Gerais, de forma ágil, possibilitando aos candidatos que se julgaram preteridos uma tempestiva inscrição.

Certos do atendimento das observações alhures formuladas, as quais atendem ao interesse público e colocam essa prestigiosa Instituição na vanguarda entre as corporações policiais militares de todo o País, reiteramos a V. Sa. os nossos protestos de elevada estima e distinta consideração.

Promotores de Justiça da 1a Promotoria de Justiça de Belo Horizonte

Ao Senhor

Antônio Expedido Ribeiro

Tenente-Coronel da Polícia Militar

Chefe do Centro de Recrutamento e Seleção da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais

BELO HORIZONTE - MG”

5.5. Sugestões de Leitura para Aprofundamento no Assunto

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CASSONE, Vittorio *et al*. **Processo Tributário**: Teoria e Prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Licitação e contratos do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DECKER; Muller, C. F. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Heidelberg, 1985. v.I, 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética. 2003.

GASPARINI, Diógenes. **O Município e o Parcelamento do Solo Urbano**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

JHERING, Rudoff von. **L'espirit du Droit Romain:** dans les diverses phases de son développmet. Librairie Marescq Ainé, 1936. v. 2.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo *apud* ALVIM *et. al.* **Comentários ao Código de proteção do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data***. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUKAI, Toshio. **Licitação e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.4.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. 180 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RAMOS, Saulo. Previdência, imprevidência do constituinte. **O Globo**, Rio de Janeiro, 24 jan. 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RICOUER, Paul. **O único e o singular**. São Paulo: Universidade Estadual de São Paulo, 2002.

SANTOS, Cláudio.*Leasing* – questões controvertidas. Porto Alegre:**Revista Juridica**, n. 223, p. 5, mai. 1996.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira. **Lei de Improbidade Administrativa**. 1. ed. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2002. 381 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SALIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIPELLIUS, Reihol. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland. **A Contituição Federal de 1988**. Teoria de Friedrich Müller. 1978.

6. Atuação residual no Cível

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Élida de Freitas Resende*[1)]

A reorientação imprimida nesta área é de racionalização da atuação ministerial. Com isso, deixa o Ministério Público de intervir em determinadas ações, sem grande expressão social, para se dedicar a questões de interesse difuso, que demandam sua atuação como órgão agente.

Nesse novo enfoque, o Ministério Público não mais intervém nos seguintes feitos: separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes; ação ordinária de partilha de bens entre partes capazes; ação executiva de alimentos entre partes capazes, excetuada a hipótese do art. 733 do CPC; ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada aquela que imponha encargos ou cláusulas restritivas, bem como a aprovação, o cumprimento e o registro de testamento, e aquela que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; requerimento de falência, na fase pré-falimentar; ação em que for parte a massa falida - por exemplo, nas execuções fiscais, nas ações de cobrança etc. - fora do Juízo Universal; ação acidentária ou ação revisional do valor do benefício (e respectivas execuções), propostas por advogado regularmente constituído ou nomeado, salvo nos casos em que o beneficiário seja incapaz ou idoso em condições de risco; usucapião não coletiva de imóvel registrado, exceto na hipótese em que haja interesse de incapazes (art. 82, I, do CPC) ou em que se vislumbre risco, ainda que potencial, de lesão a interesses sociais e individuais indisponíveis; processo de avaliação da renda e dos prejuízos decorrentes da pesquisa mineral (art. 27, VIII, do Decreto-Lei n.º 227/67), conforme incisos I a X da Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 12/11/2007.

Por disposição legal, somente é necessária a intervenção ministerial nas ações consumeristas individuais, se a parte autora for incapaz.

Seguindo orientação do CAO Idoso, endossada pela CGMP/MG (art. 99 da Consolidação dos Atos Normativos – Ato CGMP nº 1, de 12/02/08), o idoso como parte somente irá determinar a intervenção se estiver em situação de risco:

> Art. 99. Recomenda-se aos Promotores de Justiça, como forma de legitimar a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos dos idosos, a interpretação conjunta dos arts. 75 e 43 da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), atentando-se para a obrigatoriedade da atuação ministerial somente nas hipóteses em que o idoso encontrar-se em situação de risco.

A providência primeira ao se analisar um processo cível é verificar se existe, naquele momento, a causa da intervenção. Cessada a incapacidade da parte, cessa a intervenção ministerial.

Se um espólio estiver presente na relação processual, impõe-se investigar se há herdeiros incapazes, sendo que nessa hipótese, a intervenção será necessária.

O conceito de que não há nulidade se não houve prejuízo deve inspirar a atuação ministerial. O pleito de nulidade do feito pela falta de intimação do Ministério Público só deve ser feito se verificado que houve efetivo prejuízo à parte a quem cumpria o MP tutela. Caso contrário, cumpre ratificar os atos realizados até então, contribuindo para a celeridade processual.

Se a incapacidade da parte é alegada nos autos sem que haja a interdição, requerer a comprovação médica do status e, sendo o caso, requerer a nomeação de curador ad hoc e insistir na promoção da ação de interdição no juízo próprio, sem que haja suspensão do processo.

Para não onerar o jurisdicionado, não exigir procuração por instrumento público e documentos autenticados, desde que não haja impugnação séria.

Os relatórios dos pareceres deverão ser concisos, consignando os atos processuais importantes. O parecer de mérito, sempre em favor do melhor direito e não da parte que determina a atuação ministerial. Ao contrário, na dilação probatória, permitir atuação mais voltada para o incapaz, requerendo a baixa dos autos em diligência

quando necessário, solicitando provas, etc.

A seguir, abordaremos aspectos práticos das ações mais recorrentes nesta área de atuação.

- 6.1. Ação de usucapião
- 6.2. Jurisdição voluntária
- 6.3. Pedidos de sub-rogação de vínculos
- 6.4. Ações de indenização por morte
- 6.5. Homologação de acordo
- 6.6. Ações anulatórias ou de nulidade de ato jurídico
- 6.7. Posicionamentos advindos de discussões dos membros da Promotoria Cível da capital
- 6.8. Ementário de legislação permanente
- 6.9. Jurisprudência
- 6.10. Sugestões de Leitura para Aprofundamento no Assunto

[1)] Na primeira edição desta obra, esta área foi redigida pela Procuradora de Justiça Valéria Dupin Lustosa.

6.1. Ação de usucapião

A princípio, a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião visa à preservação da segurança dos registros públicos. Se o imóvel usucapiendo está devidamente registrado, remanesce exclusivamente o interesse patrimonial das partes, o que justifica a racionalização da intervenção do Ministério Público nessas ações.

Adotando-se as Cartas de Ipojuca e Araxá, a intervenção ministerial será devida somente nas ações em que o imóvel usucapiendo não seja registrado, nas hipóteses de usucapião especial coletivo (Lei nº 10.257/2001) e quando houver interesse público ou de incapazes. Apesar da pouca complexidade da ação, não rara são às vezes em que se inviabiliza o registro da sentença declaratória, por irregularidades na formação da relação processual. Assim, cumpre ao Promotor de Justiça velar para que todos os réus e interessados sejam citados.

Aspectos a serem observados na ação de usucapião

- **Polo ativo**

Sendo ação de natureza real imobiliária, necessário o consentimento do cônjuge/convivente do(a) autor(a) (art. 10 do CPP), se o litisconsórcio ativo não é formado entre ambos.

Deve se atentar para o estado de viuvez da parte autora e requerer a juntada da certidão de óbito do cônjuge, para cotejar com a data de início da posse, visto que se a posse foi exercida também pelo falecido, a rigor, seus herdeiros deverão integrar o pólo ativo. Havendo co-legitimidade dos herdeiros, eles também podem renunciar seus direitos em favor do cônjuge supérstite, lembrando que renúncia é ato formal e requer, quando menos, declaração com firma reconhecida. O condômino pode usucapir a integralidade da propriedade em condomínio se estiverem presentes todos os requisitos legais. Também o herdeiro pode usucapir contra co-herdeiro, nas mesmas circunstâncias.

- **Polo passivo**

Na ação de usucapião há um chamamento geral das pessoas ligadas ao imóvel usucapiendo. Todos são réus – proprietários, confinantes, interessados certos (aquele que consta como contribuinte do IPTU, o promissário-comprador, etc) e interessados incertos, entes fazendários. Com isso, qualquer resposta ao pedido deve ser feita via contestação nos próprios autos, sendo impróprias as *intervenções de terceiros.*

Em observância ao art. 10 do CPP, também se faz necessária a citação dos cônjuges dos réus. Se a posse é transmitida à parte autora por herança, deve se atentar para a necessidade de se incluir todos os co-herdeiros no pólo passivo, como interessados certos, e promover a citação deles. Não há necessidade de nomeação de Curador Especial aos réus incertos e eventuais interessados citados por edital, mas apenas quando o citado pela forma fictícia for pessoa certa.

- **Indicação, na inicial, do fundamento jurídico (espécie de usucapião pretendido) e fático (data e forma de ingresso na posse, qualidade da posse)**

Nos casos de soma de posses, os requisitos da posse *ad usucapionem* também devem estar bastante esclarecidos e comprovados com relação à posse anterior.

- **A identificação do imóvel usucapiendo deve ser indene de dúvidas.**

O imóvel urbano deve ser descrito num contexto de lote, quadra e bairro. A certidão de registro imobiliário atualizada deverá ser apresentada com base no indicador real do imóvel (sua descrição) e não extraída em nome do seu proprietário. Não raro, certidões desses cartórios consignam somente o nome do promitente-comprador do imóvel, devendo, nesse caso, ser requisitada nova certidão, para identificação do proprietário.

A Lei de Registros Públicos instituiu a matrícula, condensando os registros, mas antes dela fato comum era encontrar mais de um registro para um mesmo imóvel, lavrados em cartórios diferentes. Assim, havendo mais de um Cartório de Registro Imobiliário na cidade de situação do imóvel usucapiendo, mister a apresentação das respectivas certidões, expedidas com base no indicador real, se o imóvel não for matriculado. Por vezes o imóvel não tem registro e, nessas circunstâncias, o feito deve ser instruído com *certidão de origem* expedida pela prefeitura local, que pode, quando menos, identificar um *interessado certo* na relação processual.

- **A planta é documento indispensável e deve apresentar o imóvel usucapiendo num contexto de quadra, onde se visualize, pelo menos, todos os lotes confinantes e as vias públicas próximas.**

Deve ser elaborada por profissional habilitado, porém hábil à instrução do feito também é a planta oficial do bairro, que a parte pode obter junto à Prefeitura Municipal.

O memorial descritivo é essencial quando o imóvel usucapiendo se tratar de área não registrada ou de área que contiver descrição diferente do registro imobiliário, a menor ou a maior (exemplo, parte da Fazenda X, lote Y mais parte do lote Z).

- **Zelar pela obtenção da prova documental, além da testemunhal.**

Informações da companhia fornecedora de luz ou de água, sobre a data da prestação dos serviços no endereço e o nome da pessoa que fez a solicitação são de grande utilidade. Dificilmente se faz possível o julgamento antecipado da lide nas ações de usucapião, visto que determinados requisitos da posse, tais como atualidade e continuidade demandam prova testemunhal.

- **Velar para que o valor da causa seja compatível com o valor do imóvel usucapiendo.**

- **No usucapião constitucional, zelar para que o feito seja instruído com certidões negativas de propriedade, extraídas com base no indicador pessoal.**

- **O usucapião arguido em sede de defesa não enseja a intervenção ministerial.**

- **Nas ações conexas ao usucapião (possessórias ou reivindicatórias), a atuação do Ministério Público somente é exigida se ocorrerem as hipóteses do art. 82 do CPC.**

- **O Ministério Público não intervém em usucapião de coisa móvel, salvo se presentes outras hipóteses do art. 82 do CPC.**

6.2. Jurisdição voluntária

Assentado está, pelas Cartas de Ipojuca e Araxá, que nos procedimentos de jurisdição voluntária, devem coexistir pelo menos uma das hipóteses do art. 82 do CPC, para ensejar a intervenção do Ministério Público. Mas em qualquer procedimento de jurisdição voluntária deve ser feita uma prévia análise da legitimidade ativa, verificar se efetivamente inexiste interesse de incapazes, antes de se declinar pela não-intervenção. Comumente vêem-se pedidos encabeçados por parte capaz, que não tem legitimidade exclusiva ou legitimidade alguma para o pleito.

Levantamento de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares

Nos casos de alvarás contendo pedido de levantamento de valores não recebidos em vida pelos seus respectivos titulares (PIS, FGTS, etc), regidos pela Lei nº 6858/80, solicitar *certidão de dependentes habilitados* expedida pelo INSS e certidão de óbito do titular, para verificar se ele deixou filhos menores ou designou dependentes incapazes. Havendo interessados incapazes, exigir sua participação na relação processual.

Deve-se velar para que os alvarás de pequena monta sejam expedidos em favor dos representantes legais dos incapazes e não de seus patronos. Para os de grande monta, evitando-se dispersão do numerário, solicitar seja feita sua transferência para depósito em conta judicial.

Alvarás para permuta e alienação de imóveis de incapazes

- Conferir se ambos os genitores do menor estão anuindo ao pleito (art. 1.690, parágrafo único, CC). Havendo divergência, ela poderá ser dirimida nos próprios autos.
- Certidão atualizada do registro imobiliário é indispensável nesses casos.
- O foco é impedir a defasagem patrimonial do menor, por isso velar para que a alienação não se dê por valor inferior ao valor de mercado, o que será obtido mediante avaliação judicial. Solicitar guia de IPTU atualizada para se ter um parâmetro mínimo desse valor. Excepcionalmente, avaliações realizadas por imobiliárias (mínimo de três) poderão substituir a avaliação oficial.
- Evitando-se fraude à execução e contra credores, em detrimento do incapaz, nos casos de permuta e de sub-rogação do preço, exigir, além da certidão de registro imobiliário atualizada do imóvel a ser adquirido, certidões relativas aos alienantes desse imóvel (dos distribuidores cíveis da Justiça Comum e Federal – inclusive do Trabalho, últimos vinte anos e dos cartórios de protestos, últimos cinco anos).
- Nos pedidos de alienação de imóvel de incapaz para aquisição de outro, pugnar para que a escritura pública seja feita de forma casada, num único instrumento, de forma a garantir que o negócio realmente efetive.
- Pugnar por prestação de contas em prazo a ser estabelecido pelo Juiz, com a consignação da pena de desobediência, em desfavor do representante legal do requerente incapaz, para o caso de descumprimento.
- Exigir escritura pública de compra e venda do imóvel cuja alienação foi autorizada e a certidão de registro imobiliário do imóvel adquirido, se for o caso.
- Velar pelo depósito judicial em caso de venda de imóvel, sem sub-rogação do preço.
- O numerário poderá ser levantado a posteriori nos próprios autos se forem comprovadas a oportunidade e a conveniência, preferencialmente com a aquisição de um outro bem de raiz. Um estudo social, com a visita do profissional na residência do incapaz, pode ser solicitado para aferir-se a necessidade desse levantamento.

- Manter certa flexibilidade nos casos em que o imóvel tenha advindo ao patrimônio do incapaz por doação dos pais. Muitas vezes, na intenção de garantir o futuro dos filhos, os doadores acabam por privar-lhes de vivenciar um presente digno. Dívidas sobre esse imóvel, desemprego dos pais e outras situações podem ensejar a alienação do imóvel com sub-rogação do preço em outro imóvel de menor valor, de forma que parte do dinheiro seja utilizada para quitar débitos ou suprir outras necessidades (sempre em benefício do incapaz).

6.3. Pedidos de sub-rogação de vínculos

Racionalizando a atividade, a intervenção ministerial só deverá ocorrer havendo interessado incapaz ou se os vínculos decorrerem de disposição testamentária. Nesses casos, velar para que os autos sejam instruídos com:

- a) título de origem do vínculo registrado e averbado;
- b) certidão de registro imobiliário atualizada do imóvel sub-rogando;
- c) certidões dos distribuidores da Justiça Comum e Federal (inclusive do Trabalho), dos últimos vinte anos, relativamente aos proprietários do imóvel sub-rogando;
- d) certidões dos cartórios de protestos, últimos cinco anos, idem;
- e) avaliação judicial de ambos os imóveis (se realizada por precatória, requerer seja ouvido o MP do juízo deprecado sobre o laudo);
- f) guias de IPTU de ambos os imóveis, de forma a servir de cotejo à avaliação.

6.4. Ações de indenização por morte

- Verificar o pólo ativo e a eventual necessidade de sua integração. Para tanto, exigir certidão de óbito da vítima e, se necessário, certidão de dependentes habilitados emitida pelo INSS.
- Solicitar sejam requisitadas peças do eventual processo criminal, se as partes não o fizerem.
- Se a parte a quem cumpre a tutela do MP não requerer prova testemunhal, arrolar as testemunhas do boletim de ocorrência ou outras do inquérito policial.
- Se a renda mensal da vítima não for comprovada, pugnar para que seja calculada no equivalente a 2/3 do salário-mínimo.
- Pugnar para que seja a indenização paga “pro rata”, partes iguais para todos, assegurado o direito de reversão.
- Havendo denunciação à lide, o MP não se manifesta acerca da lide secundária, salvo nas hipóteses do art. 82 do CPC.

6.5. Homologação de acordo

Nos pedidos de homologação de acordo, seja no curso do processo, seja nos pedidos autônomos de homologação de acordo extrajudicial, velar para que o incapaz tenha seus direitos resguardados. Para tanto, pode o Promotor de Justiça impugnar cláusulas e exigir nova redação, requerer perícias se houver necessidade de aferição da extensão do dano para cotejar com o valor acordado a título de indenização, etc.

6.6. Ações anulatórias ou de nulidade de ato jurídico

A intervenção do Ministério Público dar-se-á apenas nas hipóteses do art. 82 do CPC. Nas ações anulatórias ou de nulidade de doação, compra e venda, etc, a repercussão registral não enseja a intervenção do Ministério Público. Ela deve ocorrer quando o ato registral propriamente dito é atacado, ou seja, quando não traduz a realidade jurídica do ato jurídico subjacente.

6.7. Posicionamentos advindos de discussões dos membros da Promotoria Cível da capital

- **1 - Compete à Justiça Federal o julgamento de Mandado de Segurança impetrado contra ato de dirigente de instituição pública federal ou particular de ensino superior, enquanto a Justiça Estadual tem competência quando o impetrado for dirigente de universidade pública estadual ou municipal, integrantes do sistema estadual de ensino.**

Eventual dúvida sobre a essência do ato e, por consequência, sobre o cabimento do mandado de segurança é de ser dirimida no Juízo Federal.

Correrão na Justiça Estadual as ações ordinárias relativas à gestão interna de estabelecimentos particulares de ensino.

O ensino é livre à iniciativa privada, mas depende, nesse caso, de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, CF).

Equipara-se a autoridade, para fins de mandado de segurança, o dirigente da instituição de ensino no exercício de atribuição do Poder Público, excluídas dessas atribuições, expressamente, os atos de mera gestão comercial.

As instituições públicas ou privadas de educação superior integram o sistema federal de ensino. Já as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal estão na esfera do sistema estadual de ensino (cf. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, artigos 16 e 17).

Registre-se que por força da ADIN 2501-5 foi declarada a inconstitucionalidade do inciso II, do § 1º do art. 82 dos ADCT da Constituição Mineira, que previa hipótese de sujeição de instituição sem vínculo com o Poder Público Estadual a supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação.

Assim, a fixação da competência, no mandado de segurança, está diretamente ligada ao poder mantenedor da instituição pública ou àquele a quem compete autorizar e fiscalizar o funcionamento do estabelecimento privado.

- **2- Tratando-se de modo originário de aquisição da propriedade, a não aprovação do loteamento e a falta de averbação da edificação não impedem a declaração de domínio, na ação de usucapião.**

- **3- É possível usucapir área inferior ao módulo mínimo para parcelamento do solo.**

Embora encontradas decisões em sentido contrário, inclusive do STJ, as decisões no sentido da possibilidade do pedido ressaltam que a metragem mínima não é requisito para a declaração de domínio.

- **4- Devem ser citados para a ação de usucapião o confinante proprietário e também eventual confinante possuidor.**

- **5- A citação editalícia de eventuais interessados não supre a necessidade de chamamento de interessados certos (promitente comprador, antecessor na posse etc) nas ações de usucapião.**

- **6- O promitente comprador, enquanto detém o imóvel com amparo na relação contratual, exerce**

apenas posse direta, despida de animus domini, e que, por isso, não conduz à prescrição aquisitiva. Poderá usucapir, todavia, por período posterior ao cumprimento do contrato ou à modificação, por qualquer outra circunstância, do caráter da posse.

- **7- O pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório DPVAT deve ser proporcional ao grau de incapacidade, no caso de invalidez permanente parcial, inclusive nas situações anteriores à Media Provisória 451/08, convertida na Lei 11.945/09.**

Nesse sentido vem se manifestando o STJ, ao fundamento de que só o pagamento proporcional justificaria a imposição legal de quantificação das lesões.

No Tribunal Mineiro são encontradas decisões nesse e no sentido contrário, estas com o argumento de que apenas com a Medida Provisória 451/08, convertida na Lei 11.945/09, foi estabelecida a diferenciação entre invalidez permanente parcial e total.

Todavia, o art. 3º da Lei 6.194/74 já previa, em redações anteriores, pagamento de até quarenta salários mínimos e até R$13.500,00 (com a redação dada pela Lei 11.482/07), o que descarta o pagamento integral independentemente da extensão das perdas anatômicas ou funcionais.

Além disso, o art. 5º daquela Lei, com a redação que lhe deu a Lei 8.441/92, estabelecia a necessidade de quantificação das lesões, "de acordo com a tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, nas restrições e omissões desta, pela tabela de acidentes de trabalho e da classificação internacional das doenças".

- **8- O valor do seguro obrigatório, efetivamente recebido ou não, deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.**

Neste sentido a Súmula 246 do STJ.

Justifica-se esse entendimento quando se atenta para o fato de que o dono de veículo é, por lei, obrigado a constituir seguro tendente ao ressarcimento de danos físicos causados a terceiro, no caso de acidente de trânsito.

O recebimento, pela vítima, duas vezes, de verba destinada à mesma reparação, ambas a cargo do causador do dano, constituiria enriquecimento ilícito.

Deve-se lembrar, ainda, que a indenização do seguro obrigatório é disponibilizada à vítima, cabendo-lhe diligenciar para o efetivo recebimento.

Todavia, há decisões, inclusive do Tribunal Mineiro, repelindo a possibilidade de desconto desses valores, considerando que distinta a natureza das duas verbas – uma decorrente de seguro, a outra advinda do ato ilícito.

- **9- Devem ser remetidos ao juízo da curatela os valores recebidos pelo interdito em feitos que corram noutros juízos e que não tenham destinação preestabelecida na sentença.**

Recebidas quantias para determinado fim, a eventual liberação e respectiva prestação de contas devem dar-se no juízo de onde emanou a determinação.

Não sendo o caso de remessa dos valores, deve ser dado conhecimento ao juízo da curatela sobre o desfecho

de ações envolvendo bens e direitos do interdito.

- **10- As Fazendas Públicas devem ser pessoalmente intimadas para manifestar eventual interesse nos processos de insolvência.**

- **11- Há interesse processual para o cancelamento de cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, ainda quando não imposta, também, a inalienabilidade.**

Embora as cláusulas apenas de incomunicabilidade e impenhorabilidade não sejam empecilho para a alienação, há várias decisões, inclusive do TJMG, no sentido de que há interesse, seja em razão da exigência do Oficial do Registro Público, seja para dar continuidade ao registro, já que, havendo a alienação, o novo registro conteria ainda as cláusulas, se não canceladas.

- **12- A parte beneficiária de assistência judiciária gratuita pode contratar honorários de proveito. Todavia, nos pedidos de levantamento de valores atribuídos a incapazes para o pagamento desses honorários deve ser aferida a razoabilidade da estipulação.**

Vale acentuar que os honorários contratuais não se regem pelo art. 20 do CPC, mas pelas normas da Lei 8.906/94. Contudo, há decisões adotando aquele patamar – 10 a 20% - como parâmetro de razoabilidade.

E, em qualquer hipótese, deve ser observado o que prescreve o 38 do Código de Ética do Advogado:

> Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescido dos honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte do cliente.

- **13- Não é necessária a intervenção do Ministério Público nos pedidos de nomeação de administrador provisório a que se refere o art. 49 do CC.**

6.8. Ementário de legislação pertinente

- Constituição Federal.
- Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 - Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança.
- Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964 - Estabelece normas processuais relativas a Mandado de Segurança.
- Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 - Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.
- Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 - Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares.
- Decreto nº 85.845, de 26 de março de 1981 – Regulamenta a Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980.
- Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974 - Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não.
- Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 - Dispõe sobre o FGTS e dá outras providências.
- Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 - Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.
- Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 – Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.
- Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (trata do usucapião especial coletivo).
- Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 – Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.
- Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.
- Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos.
- Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974 – Artigos 3º e 5º - Redação atual e anteriores.
- Constituição Federal – Art. 209.
- Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Arts. 16 e 17.
- Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 – Arts. 1º e 2º.
- Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 – Arts. 1º e 2º.
- Súmulas nº 15 e nº 60 - Tribunal Federal de Recursos (Extinto).
- Súmula nº 34 – Superior Tribunal de Justiça.
- Súmula nº 246 - Superior Tribunal de Justiça.

6.9. Jurisprudência

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. INTERESSE DE MENORES SURGIDO NO CURSO DA LIDE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. CPC, ART. 82, I, E 246.

I.Surgindo no curso da ação reivindicatória o superveniente interesse de incapazes em face do óbito de seu pai, herdando-lhe os direitos sucessórios provenientes de imóvel deixado por seu extinto avô, objeto da disputa judicial, torna-se necessária a intervenção do Ministério Público, ao teor do art. 82, I, da lei adjetiva civil.

II.Recurso especial conhecido e provido, para declarar a nulidade parcial do processo.

(STJ, Recurso Especial nº 35.083-PR (1993/001. 3380-2), Rel. Ministro Aldir Passarinho Jr, j. 28/06/01, publ. DJ de 5/11/01).

DIREITO PROCESSUL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – NULIDADE. De acordo com o disposto no art. 246, e seu parágrafo, do Código de Processo Civil, o processo que tiver tramitado sem a intimação do Ministério Público deve ser anulado a partir do momento em que esta deveria ter ocorrido.

(TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.05.252380-1/002(1), Comarca de Uberlândia, Relator Des. Moreira Diniz, julgado em 29/03/07, publicado em 12/04/07).

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONEXA À OPOSIÇÃO E IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – INTERESSE DE INCAPAZ – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PREJUÍZO VERIFICADO – NULIDADE.

Verificada a ausência de intimação do Ministério Público para intervir em feitos conexos na instância a quo, em que há interesse de incapaz, anulam-se parcialmente os processos como medida que se impõe para regularidade de todos os procedimentos, propiciando ao *Parquet* a sua obrigatória intervenção nos processos.

(TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.689564-2/001(1), Comarca de Belo Horizonte, Relator Desemb. Duarte de Paula, julg. 19/09/07, publicado 29/09/07).

AÇÃO ORDINÁRIA – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – INTERESSE DE MENOR – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – OBRIGATÓRIA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA AOS INTERESSES DO MENOR – PREJUÍZO – NULIDADE INSANÁVEL.

Transcorrendo o processo sem a intervenção do Ministério Público, por ausência de sua intimação, não decorre diretamente a nulidade do processo, não obstante os ternos do art. 246 da lei processual, se o interesse tutelado se acha preservado no decisório, ante a procedência dos pedidos. Da mesma forma, a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pode suprir a falta de intervenção do Ministério Público na instância inferior, através de parecer que, ao invés de se limitar a alegar a nulidade, cuide do mérito da causa e afaste eventuais prejuízos. Verificada a ausência de intimação do *Parquet* para intervir no feito na instância *a quo* e julgada improcedente a lide, em prejuízo dos interesses do incapaz, argüida a nulidade do feito pela douta Procuradoria de Justiça, a anulação é medida que se impõe.
(TJMG, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.517390-0/000(1), Comarca de Belo Horizonte, Relator Des. Dárcio Leopardi Mendes, JULG. EM 9/03/06, PUBLICADO EM 28/04/06)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I – Nas causas relativas a interesses de incapazes, não se declara a nulidade do feito em razão da ausência de intervenção do Ministério Público, se o interesse do menor foi preservado, sem demonstração objetiva de qualquer prejuízo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº

> 1.0056.05.101584-2/001, Comarca de Barbacena, Relator Des. Bitencourt Marcondes, julgado em 6/03/08, publicado em 28/03/08).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INTERESSE DE MENOR – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VÍCIO SANÁVEL – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DE NATUREZA SUBJETIVA – NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DO MÉDICO E DEMAIS FUNCIONÁRIOS DO HOSPITAL – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVAS – INEXISTÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA.
>
> Considera-se suprida a ausência de manifestação do Ministério Público em primeira instância, se na instância recursal foi emitido parecer pelo suprimento do vício e não se alegou qualquer nulidade ou prejuízo. […]. V.v.: A intervenção do Ministério Público é obrigatória nas ações que versem sobre interesses de menores (CPC, art. 82,I). Impõe-se a anulação do processo a partir do momento em que o Órgão Ministerial devia ter sido intimado para acompanhar o feito na instância de origem, *ex vi* dos art.s 83 e 84, ambos c.c. art. 246, todos do CPC.
> (TJMG, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0625.02.022785-0/001(1), Relator Des. Elias Camilo, julgada em 14/06/07, publicada em 2/07/07).

6.10. Sugestões de Leitura para Aprofundamento no Assunto

- ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. 1344 p.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.1148 p.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: com comentários ao Código Civil de 2002. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.1952 p.
- RIBEIRO, Benedito S. **Tratado de Usucapião**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (2 vol.)
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Insolvência Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 477 p.
- PEREIRA, Caio M. S. **Instituições de Direito Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 6.

7. Apêndice

- 7.1. Carta das famílias
- 7.2. Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010

7.1. Carta das famílias

I Simpósio Estadual de Direito de Família: Novos Desafios do Ministério Público na área de Família - por uma Atuação mais Resolutiva

Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e dos seus órgãos de execução com atribuição na área do Direito das Famílias, torna pública a presente carta “para um Ministério Público mais resolutivo na defesa dos direitos das famílias”, resultado do I Simpósio Estadual dos Direito de Família, realizado em Belo Horizonte (MG), na Procuradoria-Geral de Justiça, no dia 6 de outubro de 2010.

Durante a realização do Simpósio, foi assinado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Alceu José Torres Marques, o ato de criação da Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias (Resolução PGJ n° 67, de 6 de outubro de 2010).

Em seguida, após votação e aprovação em suas 5 (cinco) oficinas, aprovou-se perante o órgão Plenário do Simpósio a presente **Carta das Famílias** com o seguinte texto:

CONSIDERANDO que as famílias são células fundamentais da Sociedade e a tutela dos seus direitos, individuais e coletivos, está inserida na teoria dos direitos fundamentais;

CONSIDERANDO que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO o dever constitucional do Ministério Público de defesa dos direitos fundamentais, individuais indisponíveis e coletivos e a multifuncionalidade dessa imposição constitucional em todas as áreas de atuação da Instituição (arts. 5º, 127 e 129, todos da CF/1988);

CONSIDERANDO o compromisso constitucional do Ministério Público com a promoção da transformação da realidade social (arts. 3º, 127, *caput*, e 129 da CF/1988);

CONSIDERANDO que as questões de família se revestem de relevância social, sendo a própria família reconhecida na Constituição Federal como base da sociedade, destinatária de especial proteção do Estado, especialmente no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, por sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento;

CONSIDERANDO que o princípio da tutela especial à família exige do Ministério Público uma atuação proativa nos âmbitos judicial e extrajudicial;

CONSIDERANDO que compete ao Ministério Público a promoção dos objetivos fundamentais da República, especialmente o da construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária;

CONSIDERANDO que o novo perfil constitucional do Ministério Público exige que a instituição zele sempre pela utilidade, relevância social e pela efetividade de suas intervenções, em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO a necessidade de aproximar o Ministério Público da sociedade, ampliando suas atividades finalísticas no direito de família e assumindo seu papel de agente facilitador na composição dos conflitos surgidos nessa área;

CONSIDERANDO que as interfaces existentes entre o Direito das Famílias e outras áreas de atuação do Ministério Público tornam imprescindíveis a articulação, a integração e o intercâmbio entre os respectivos órgãos de execução;

CONSIDERANDO que a instauração e o acompanhamento de procedimentos administrativos e outras medidas extrajudiciais ou judiciais pelos órgãos de execução do Ministério Público, na área do Direito das Famílias, demandam sejam editados atos normativos, de caráter não vinculativo, bem como lhes seja prestado suporte operacional e fornecidas informações de ordem técnico-jurídica;

CONSIDERANDO que a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público devem ser subsidiadas, em caráter permanente, com sugestões para aperfeiçoamento da atuação dos órgãos de execução na área do Direito das Famílias;

CONSIDERANDO que, no interesse de efetivar os direitos fundamentais afetos às famílias, o Ministério Público deve abrir canais de interlocução com entidades públicas e privadas atuantes na área, firmando convênios, prestando orientação e estabelecendo intercâmbios de estudos;

CONSIDERANDO que se afigura essencial para a consecução dos objetivos institucionais do Ministério Público monitorar e intervir na formulação de políticas públicas relacionadas aos direitos das famílias, nas esferas estaduais e federal, inclusive para fins de acompanhamento das proposições legislativas pertinentes;

CONSIDERANDO que a evolução dos segmentos temáticos afins ao Direito das Famílias envolve, necessariamente, o fomento de cursos, palestras e outros eventos de cunho científico e cultural, assim como o desenvolvimento constante de estudos e pesquisas, por intermédio de grupos e comissões de trabalho;

CONSIDERANDO a inserção dos direitos ou interesses coletivos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988) e sua multifuncionalidade no sistema, torna-se necessária a implementação de medidas que garantam a tutela coletiva no âmbito da proteção das famílias e promovam a transformação social (arts. 3º, 127, *caput*, e 129, 203, todos da CF/1988);

CONSIDERANDO que a atuação do Ministério Público na Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes ocorre, entre outras, em três vertentes destacadas, Justiça da Infância e da Juventude, Justiça de Família e atuação extrajurisdicional nas referidas áreas, a zona de contato entre as duas áreas de atuação – Infância e Juventude e Família – é bastante significativa e recomenda estreita e permanente atuação conjunta;

CONSIDERANDO que o legislador, ao adotar a teoria da proteção integral, conferiu ao Ministério Público todos os instrumentos conhecidos para a efetivação dos direitos próprios das crianças e dos adolescentes, cabendo à Instituição ministerial atender a essa demanda em todas as frentes próprias de atuação, em especial quando vise à tutela das famílias;

CONSIDERANDO, por fim, os dois modelos constitucionais do Ministério Público, o demandista e o resolutivo;

CONCLUI-SE que o Ministério Público poderá e deverá tomar medidas de tutela jurídica, judiciais e extrajudiciais, na área do Direito das Famílias, com DESTAQUE para:

Tutela coletiva na área do Direito das Famílias – Enunciados **1 a 9**
Atuação do Ministério Público como órgão agente e interveniente no processo judicial de família – Enunciados **10 a 15**
Homologação de acordo extrajudicial na família – **Enunciados 16 a 19**
Alienação parental – Enunciados **20 a 24**
Mediação e conciliação da área de família – **Enunciados 25 a 26**

TUTELA COLETIVA NA ÁREA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Enunciado 1. O Ministério Público deve direcionar a sua atuação para a implementação e a garantia do programa oficial ou comunitário de proteção à família, encaminhamento dos pais a curso ou programas de orientação, inclusive o planejamento familiar e paternidade responsável (art. 203 da CF/1988 e art. 129, I, do ECA). (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 2. O Ministério Público deve atuar visando à implementação de programa de encaminhamento dos pais a cursos ou programas de orientação (art. 129, IV, ECA). (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 3. É imprescindível garantir o Visitário Público, assim entendido como um local adequado para as chamadas visitas em local terapêutico, quando haja determinação judicial para que as visitas sejam monitoradas. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 4. O órgão do Ministério Público com atribuição na área da tutela do Direito das Famílias poderá instaurar inquérito civil, expedir recomendações, tomar termo de ajustamento de conduta, coordenar projetos sociais e ajuizar ações coletivas, entre elas a ação civil pública (arts. 3º, 127, *caput*, 129, III, da CF/1988 e art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 5. Para a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público na área das Famílias na implementação da tutela coletiva, é importante a integração em rede, de forma sistêmica e continuada, entre todas as Promotorias de Justiça que atuam em áreas afins, tais como infância e juventude, saúde, idosos, direitos humanos, direitos dos deficientes, violência doméstica. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 6. É necessário que a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias faça um diagnóstico da situação do Estado e de seus municípios sobre as políticas públicas e programas sociais na área dos Direitos das Famílias, observadas as diretrizes da LOAS (Lei nº 8.742/93) e da Resolução CNAS nº 109/2009, contando com a colaboração de todos os colegas que atuem na área da defesa do Direito das Famílias no Estado e outras áreas afins. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 7. É necessário, ainda, que a Coordenadoria obtenha informações junto aos CAOs nas áreas da infância e juventude, saúde, idosos, direitos humanos, direitos dos deficientes e violência doméstica acerca das políticas públicas, programas e serviços sociais implementados nas respectivas áreas, assim como as providências tomadas para a garantia da execução de tais medidas, nos termos da LOAS (Lei nº 8.742/93), da Resolução CNAS nº 109/2009 e da CF/1988. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 8. É necessário que a Procuradoria-Geral de Justiça crie estrutura de apoio às Promotorias de Justiça das Famílias, formada por uma equipe multidisciplinar, composta de oficiais, analistas jurídicos, analistas contábeis, assistentes sociais, psicólogos, médicos, entre outros. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 9. É imprescindível a realização de cursos de capacitação dos Promotores de Justiça que atuem na defesa do Direito das Famílias, incluindo técnicas de negociação com o Poder Público, de mediação, assim como cursos sobre a elaboração e a coordenação de projetos sociais. (*aprovado por unanimidade*).

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO AGENTE E INTERVENIENTE NO PROCESSO JUDICIAL DE FAMÍLIA

Enunciado 10. Sendo indisponível o direito à filiação, o Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento da ação com pedido declaratório de paternidade, ainda que de pessoa capaz, sendo, neste caso, indispensável o consentimento do interessado. (*aprovado por maioria*) .

Enunciado 11. O Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento de ação com pedido de interdição, podendo atuar por seus órgãos com atribuições na área de família ou nas promotorias especializadas. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 12. Ante a precariedade financeira do incapaz e a existência de rendimentos suficientes apenas para sua manutenção, faz-se possível a dispensa da prestação de contas, a ser analisada em cada caso concreto. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 13. É premente a formação, no âmbito do Ministério Público, de comissão destinada ao estudo do Projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias) e à formulação de propostas de alteração de dispositivos que restringem a atuação ministerial, notadamente o art. 130. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 14. As regras do cumprimento de sentença são aplicáveis à execução do crédito alimentar, estando tacitamente revogado o art. 732 do CPC. (*aprovado por maioria*).

Enunciado 15. Não há impedimento legal à inscrição, por ordem judicial, de ofício ou a pedido do exequente ou do Ministério Público, do nome do devedor nos cadastros do SPC/Serasa, sendo obrigatória a imediata

comunicação judicial do pagamento para cancelamento dos registros. (*aprovado por maioria*).

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA FAMÍLIA

Enunciado 16. O Ministério Público é agente indutor de acordos extrajudiciais no âmbito das relações familiares, devendo ser aprimorada a legislação e os regulamentos existentes de forma a vencer eventuais obstáculos com relação a essa função. (*aprovado por maioria*).

Enunciado 17. A atuação do Ministério Público como agente propulsor das prioridades sociais se perfaz mediante a defesa dos direitos das famílias e a sua preservação, em seus amplos aspectos, sem quaisquer restrições. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 18. A atuação do Ministério Público no Direito das Famílias, inclusive por meio da atividade conciliatória, se legitima porque trata de um interesse de relevante valor social a ser tutelado nos termos da Constituição Federal de 1988. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 19. É reconhecida a necessidade de institucionalizar, no âmbito do Ministério Público, as Centrais de Atendimento e Conciliação, dotando-as de estrutura necessária para atendimento de suas finalidades. (*aprovado por maioria*).

ALIENAÇÃO PARENTAL

Enunciado 20. O CPC se aplica subsidiariamente à Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), no que couber. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 21. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ações de alienação parental, autônomas ou incidentais, nos termos art. 4° da Lei nº 12.318/2010. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 22. O Ministério Público, atuando como custos legis, deverá intervir em todas as fases do processo de alienação parental, sob pena de nulidade. (*aprovado por unanimidade*).

Enunciado 23. A guarda compartilhada deve ser incentivada pelo Ministério Público, como instrumento de prevenção da alienação parental. (*aprovado por maioria*).

Enunciado 24. O Ministério Público em sua atuação na área das Famílias tem atribuição para instaurar procedimento administrativo visando à apuração da existência situação caracterizadora de alienação parental. (*aprovado por unanimidade*).

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA ÁREA DE FAMÍLIA

Enunciado 25. É premente a adoção de providências pelo Ministério Público mineiro para se fazer representar nas audiências realizadas na Central de Conciliação, nas hipóteses em que a lei exige a intervenção ministerial. (*aprovada com alteração, por unanimidade*).

Enunciado 26. O substitutivo do Senado ao Projeto de Lei nº 94/2002 deverá assegurar a efetiva intervenção do Ministério Público na mediação, prévia ou incidental, nas demandas relativas aos direitos das Famílias. Nesse sentido, necessário se faz o expresso posicionamento institucional acerca da questão, manifestado especialmente por intermédio do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG) e da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), bem como o acompanhamento da tramitação do projeto para eventual proposta de alteração legislativa.(*aprovado por unanimidade*).

7.2. Resolução PGJ nº 67, de 6 de outubro de 2010

Cria a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, no exercício de suas atribuições e com fundamento nos artigos 33 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e 75 da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, e;
Considerando que as famílias são células fundamentais da Sociedade e que a tutela dos seus direitos, individuais e coletivos, está inserida na teoria dos direitos fundamentais;
Considerando que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;
Considerando que as questões das famílias se revestem de relevância social, sendo as próprias famílias reconhecidas na Constituição Federal como base da sociedade, destinatária de especial proteção do Estado, principalmente no que diz respeito às crianças e adolescentes, por sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento;
Considerando que o princípio da tutela especial sobre as famílias exige do Ministério Público uma atuação proativa nos âmbitos judicial e extrajudicial;
Considerando que compete ao Ministério Público a promoção dos objetivos fundamentais da República, especialmente o da construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária;
Considerando que o novo perfil constitucional do Ministério Público exige que a instituição zele sempre pela utilidade e pela efetividade de suas intervenções, em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;
Considerando a necessidade de aproximar o Ministério Público da sociedade, ampliando suas atividades finalísticas relacionadas aos direitos das famílias e assumindo seu papel de agente facilitador na composição dos conflitos surgidos nessa área;
Considerando que as interfaces existentes entre os direitos das famílias e outras áreas de atuação do Ministério Público tornam imprescindíveis a articulação, a integração e o intercâmbio entre os respectivos órgãos de execução;
Considerando que a instauração e o acompanhamento de procedimentos administrativos e outras medidas extrajudiciais ou judiciais pelos órgãos de execução do Ministério Público, na área do direito de família, demandam sejam editados atos normativos, de caráter não vinculativo, bem como lhes seja prestado suporte operacional e fornecidas informações de ordem técnico-jurídica;
Considerando que a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público devem ser subsidiadas, em caráter permanente, com sugestões para aperfeiçoamento da atuação dos órgãos de execução na área do direito de família;
Considerando que, no interesse de efetivar os direitos fundamentais afetos às famílias, o Ministério Público deve abrir canais de interlocução com entidades públicas e privadas atuantes na área, firmando convênios, prestando orientação e estabelecendo intercâmbios de estudos;
Considerando a inserção dos direitos ou interesses coletivos, ao lado dos direitos ou interesses individuais, nos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988) e sua multifuncionalidade no sistema, torna-se necessária a implementação de medidas que garantam a tutela coletiva no âmbito da proteção das famílias e promovam a transformação social (arts. 3º, 127, caput, e 129, 203, todos da CF/1988);
Considerando que se afigura essencial para a consecução dos objetivos institucionais do Ministério Público monitorar e intervir na formulação de políticas públicas relacionadas aos direitos das famílias, na esfera estadual e federal, inclusive para fins de acompanhamento das proposições legislativas pertinentes;
Considerando, enfim, que a evolução dos segmentos temáticos afins aos direitos das famílias envolve, necessariamente, o fomento de cursos, palestras e outros eventos de cunho científico e cultural, assim como o desenvolvimento constante de estudos e pesquisas, por meio de grupos e comissões de trabalho;

RESOLVE:

Art. 1º Fica criada a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Art. 2º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias é órgão auxiliar da atividade funcional dos órgãos de execução com atuação na área de família, tendo atribuição em todo o Estado de Minas Gerais.

Art. 3º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias tem por objetivo precípuo garantir aos cidadãos a observância dos princípios constitucionais relativos aos direitos das famílias.

Art. 4º Compete à Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias: I - prestar auxílio aos órgãos de execução na área de família, fornecendo-lhes informações e apoio técnico-jurídico;
II - fomentar a integração entre órgãos de execução para atuação conjunta ou simultânea na área de família;
III - articular, propor e executar políticas institucionais relacionadas às questões dos direitos das famílias;
IV - prestar orientação às entidades de atendimento às famílias;
V - realizar convênios e parcerias para efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos direitos das famílias;
VI - estabelecer intercâmbio com entidades públicas e privadas que se dediquem ao estudo ou à proteção de interesses relacionados com as famílias;
VII - acompanhar a política nacional e estadual quanto aos assuntos relativos aos direitos das famílias, realizando estudos e oferecendo sugestões;
VIII - manter contato permanente com o Poder Legislativo, a fim de acompanhar os projetos de lei que tratem sobre os direitos das famílias;
IX - expedir atos normativos, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução com atuação na área de família;
X - organizar eventos, cursos, grupos de estudos e de pesquisas, além de manter intercâmbio de caráter técnico, cultural e científico com outras instituições nacionais ou estrangeiras;
XI - sugerir ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral do Ministério Público a adoção de medidas referentes aos órgãos de execução na área de família;
XII - promover a integração entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os outros Ministérios Públicos estaduais, o Ministério Público Federal, instituições afins e a comunidade, no âmbito de sua atuação;
XIII - propor e desenvolver ações, programas e atividades, em parceria com organizações da sociedade civil e do Estado, cujo escopo seja o atendimento às famílias;
XIV - colaborar com órgãos e entidades públicas e privadas, especialmente na promoção de campanhas educativas e preventivas, bem como na implementação de programas e projetos que visem à efetivação dos direitos ligados à sua área de atuação;
XV - exercer outras funções compatíveis com sua finalidade;
XVI - prestar auxílio aos órgãos de execução na elaboração de termo de ajustamento de conduta, recomendações, projetos sociais e ações coletivas na defesa de direitos transindividuais de tutela das famílias.

Art. 5º A Procuradoria-Geral de Justiça dotará a Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias de toda a estrutura necessária ao cumprimento de seus objetivos, podendo, inclusive, firmar convênios com órgãos afins.

Art. 6º A Coordenadoria de que trata esta Resolução será instalada na Comarca de Belo Horizonte, na qualidade de projeto-piloto, onde assumirá o exercício de atividades judiciais e extrajudiciais relativas às questões dos direitos das famílias, objetivando, respectivamente, a propositura de ações em sua área de atuação e a resolução consensual dos conflitos.

Parágrafo Único. A atribuição a que alude o caput deste artigo não é exclusiva da Coordenadoria, podendo ser exercida pelos órgãos de execução da Promotoria de Justiça de Família que, nesse caso, devem fazer a devida comunicação ao coordenador, para fins de conhecimento.

Art. 7º A Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias será dirigida por membro do Ministério Público designado pelo Procurador-Geral de Justiça.

Art. 8º Poderão ser designados outros membros do Ministério Público para prestar serviços na Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias.

Art. 9º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 6 de outubro de 2010
Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça

Promotorias de Justiça: Atuação Especializada

- 1. Atuação especializada na defesa dos direitos humanos e no apoio comunitário
- 2. Atuação especializada nos conflitos agrários/fundiários
- 3. Atuação especializada nos direitos do consumidor
- 4. Atuação especializada nos direitos da criança e do adolescente
- 5. Atuação especializada nos direitos do idoso e das pessoas portadores de deficiência
- 6. Atuação especializada no direito ambiental - defesa do meio ambiente
- 7. Atuação especializada em fundações e entidades de interesse social
- 8. Atuação especializada na saúde pública
- 9. Atuação especializada na defesa do patrimônio público
- 10. Atuação especializada na defesa do patrimônio cultural e turístico
- 11. Atuação especializada na ordem econômica e tributária
- 12. Atuação especializada na recuperação de empresa e falência
- 13. Atuação especializada no combate ao crime organizado
- 14. Atuação especializada na área eleitoral
- 15. Atuação especializada na educação

1. Atuação especializada na defesa dos direitos humanos e no apoio comunitário

Autores/Organizadores:
Promotor de Justiça Rodrigo Filgueira de Oliveira
Fabiana Mattoso Lemos
Franciane Mary de Souza
Aline Maria dos Santos

- 1.1. Evolução dos direitos humanos nos cenários internacional e nacional
- 1.2. Discriminação racial
- 1.3. Diversidade sexual
- 1.4. Direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar
- 1.5. Programas de proteção, auxílio e assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas (Provita)
- 1.6. Tortura
- 1.7. A questão da violência arbitrária (art. 322 do Código Penal), do exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do Código Penal) e do abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65)
- 1.8. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público
- 1.9. Apoio comunitário
- 1.10. Combate à violência doméstica e familiar contra a mulher
- 1.11. Modelos de peças processuais
- 1.12. Ementário de legislação pertinente
- 1.13. Jurisprudência

1.1. Evolução dos direitos humanos nos cenários internacional e nacional

Breve histórico

Muitas controvérsias rondam a busca da origem dos direitos humanos. Entretanto, não há como se negar que o humanismo religioso, o estoicismo e os antigos teóricos dos direitos naturais influenciaram o entendimento moderno de tais direitos. Assim, podemos verificar que textos religiosos como o Alcorão, a Bíblia e textos budistas já incorporavam princípios humanísticos e morais. Segundo Micheline R. Ishay:

> "O conceito de direitos humanos não apenas tirou subsídios da descrição do amor fraterno universal, feita por Miquéias (Bíblia), São Paulo, Buda e outros, mas também, de maneira diferente, do amor universal desinteressado professado pelos estóicos, como Epicteto, e paladinos como Platão, Aristóteles e Cícero"[1)].

A Bíblia, por exemplo, possui diversas injunções que correspondem a conceitos de respeito e garantia dos direitos dos outros, como os comandos *não matarás e não roubarás*. Já Platão, em sua obra *A República (c. 400 a.C)*, preconizava as ideias de *verdade* ou de formas representativas do universal e do absoluto. No entender do filósofo, só é possível alcançar a Justiça Absoluta quando os indivíduos conseguem cumprir as tarefas para as quais são aptos, em harmonia com o bem comum. Nesse conceito de bem comum, já se encontrava incorporada, por exemplo, a defesa de direitos iguais para a mulher, em uma época em que eram totalmente marginalizadas da vida política.

Durante o Iluminismo, período no qual a figura do Estado-nação brotava como um ente assegurador dos direitos seculares contra a autoridade papal, diversos pensadores e documentos políticos refletiram essa preocupação em relação a um modelo de Estado protetor e garantidor.

Micheline R. Ishay menciona:

> "Thomas Hobbes definiu o Estado em termos seculares, como uma entidade destinada a proteger os direitos naturais do indivíduo à vida e segurança. Enquanto John Locke e Jean-Jacques Rousseau propugnavam um Estado concebido para garantir os direitos do indivíduo à propriedade, à representação política e à igualdade perante a lei, outros como Hugo Grotius, Abbé Charles de Saint-Pierre, Thomas Paine, Immanuel Kant e Maximilien Robespierre aprofundaram o debate propondo um alcance internacional para os direitos humanos"[2)].

É nesse período da história da humanidade que alguns textos, obras e leis elaborados influenciaram as discussões e a defesa dos direitos humanos. Para elucidar o exposto, podemos citar o livro de Hugo Grotius, *O Direito da Guerra e da Paz* (1625), no qual se desenvolvia o conceito de guerra justa, *Leviatã* (1652) de Thomas Hobbes, no qual se procurou estabelecer um sistema de paz mostrando que os indivíduos aglutinados em uma espécie de pacto social deveriam ter assegurado o direito à vida e a obra *Dos Delitos e das Penas*(1766), de César Beccaria. São também dessa época a Lei de *Habeas Corpus* (1679), documento liberal promulgado com o objetivo de corrigir as violações dos direitos e da liberdade pessoal pelo Estado, e a Declaração de Direitos (1689), através da qual se instituíram os direitos e liberdades dos súditos da Coroa, ambos de origem inglesa.

Posteriormente, na era industrial, com a consequente miséria urbana oriunda de um modelo econômico que priorizava a produção em detrimento do ser humano mão de obra, os socialistas desenvolveram uma concepção alternativa de direitos humanos, qual seja, a garantia de direitos que o capitalismo não proporcionava, tais como direitos à saúde, a condições adequadas de segurança no trabalho, à educação, à proibição do trabalho infantil e referentes à emancipação das mulheres, que, apesar de serem contingente considerável de mão de obra da indústria, ainda não gozavam da igualdade de direitos e liberdades em relação aos homens.

Durante esse período, a concentração das propriedades nas mãos dos ricos foi duramente atacada como meio de centralização da riqueza, em detrimento de uma demanda pelo mesmo direito de propriedade por parte dos pobres. A propriedade concentrada de terras e dos meios de produção era vista como forma de exclusão social,

além de configurar exploração da mão de obra. São dessa época obras como O que é a Propriedade (1840), de Pierre-Joseph Proudhon, *O Manifesto Comunista*(1848), de Karl Marx e *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*(1884), de Engels.

No século XX, com a Revolução Bolchevique, em 1917, no meio da primeira Guerra Mundial, a luta pelo socialismo galgou outro nível, sendo que, paralelamente, a criação da Sociedade das Nações em 1919 representou um marco na agenda dos direitos humanos.

Todavia, somente após a Segunda Grande Guerra, o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos ganha força maciça.
As atrocidades cometidas pelo Nazismo, culminando no período beligerante, que foi palco dos mais terríveis horrores, chocaram a consciência da humanidade, deflagrando a necessidade de promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em âmbito global.

Para elucidar o exposto, cita-se Comparato, que demonstra a crueldade dos campos de concentração do regime nazista, no trecho que se segue:

> "Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão"[3].

A humanidade compreendeu, com tal nefasto evento histórico, o valor supremo da dignidade humana. Segundo o mesmo autor, "o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens [...] veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos"[4].

Para selar essa nova perspectiva, a Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral, no ano de 1948, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que foi sucedido por uma gama de outros documentos internacionais versando sobre os direitos humanos, firmados pelos Estados.

Consoante Hersch Lauterpacht, citado por Flávia Piovesan, "os indivíduos passaram a adquirir um *status* e uma estrutura que os transformaram de objetos de compaixão internacional em sujeitos de direito internacional"[5]. Reconhece-se o ser humano como titular de direitos e liberdades fundamentais, a ele inerentes e inalienáveis, não passíveis de redução ou negação pelo Estado, qualquer que seja o motivo.

Tal momento de transição mundial também requeria a configuração do conceito de direitos humanos. Dessa forma, o que se poderia entender por tais direitos?

Na definição de Perez Luño, são

> "[...] um conjunto de faculdades e instituições que, a cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional"[6].

O respeito à dignidade constitui a base sobre a qual se fundam os direitos humanos, pois por meio deles é que se asseguram as múltiplas dimensões da vida humana, garantindo-se a realização plena e integral da pessoa.

Não obstante o reconhecimento cada vez mais acentuado dos direitos humanos no cenário internacional, apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil passou a comungar dessa nova perspectiva humanitária.

De fato, os regimes anteriores se pautaram pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos, tendo a escravidão como sustentáculo da economia nacional por quase três séculos e, posteriormente, a Ditadura Militar veio

cercear e violar ainda mais esses direitos, ainda incipientes nos textos nacionais legais, postergando em décadas a consagração e efetiva realização dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

A Atual Carta Constitucional, que reinstaura a ordem democrática no Brasil, introduz, de forma inédita, uma vasta consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais e a proteção de setores desfavorecidos e vulneráveis da sociedade brasileira.

Desde o preâmbulo, a Constituição de 1988 afirma a importância de salvaguardar os direitos fundamentais:

> "Instituindo um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]".

Ademais, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado, consoante art. 1º, na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Tomando como referência, neste trabalho, o princípio da dignidade humana, convém ressaltar que ele serve de critério interpretativo para todas as normas do nosso ordenamento jurídico, como parâmetro a ser seguido na realização dos direitos inerentes a cada ser humano, em respeito à sua integridade física, psíquica e moral, essencial à realização da sua felicidade plena. Como afirma Jorge Miranda:

> "A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado"[7].

O nosso País tem ainda como objetivos primordiais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, da CF/88). Como bem salienta Flávia Piovesan:

> "Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social"[8].

Pode-se acrescentar também que, em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelos princípios da independência nacional; *prevalência dos direitos humanos*; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político (art. 4° da CF/88).

Assim, o reconhecimento dos direitos humanos no texto constitucional reforçou a introdução do tema na agenda internacional do País, que ratificou os principais tratados acerca da matéria em pauta, buscando a consolidação efetiva de tais direitos, inclusive permitindo a intervenção externa na fiscalização dessa efetivação.

O Ministério Público brasileiro e a defesa dos direitos humanos

A Constituição de 1988 preceitua, em seu art. 127, *caput*, que o Ministério Público é

> "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

A mesma ordem constitucional que consagrou os direitos e garantias fundamentais consolidou o Ministério Público como uma instituição com autonomia, munida dos instrumentos necessários para a efetiva realização

de tais direitos.

Assim preceitua Marum:

> "Em primeiro lugar, o regime democrático, cuja defesa o Constituinte de 88 incumbiu ao Ministério Público, indiscutivelmente envolve a preservação dos direitos humanos, o que se infere já pelo art. 1° da Constituição, onde se lê que, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil, estão a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Assim, na sua função de defensor do regime democrático, cabe ao *Parquet* zelar pelo respeito a esses e outros princípios que caracterizam a democracia e envolvem a proteção e promoção dos direitos humanos"[9].

Ora, a efetivação e a garantia dos direitos fundamentais são alicerces para a realização de um estado democrático de direito, que deve ser resguardado, na prática, pelo Ministério Público.

O mesmo autor acrescenta:

> "[...] na verdade, não há direitos humanos sem democracia. Como foi visto, num Estado totalitário ou ditatorial, a dignidade da pessoa humana é simplesmente ignorada em benefício da consecução das finalidades do regime. Direitos fundamentais como a vida, a liberdade e a integridade física são maciça e impunemente desrespeitados pelos agentes do poder. O povo não é ouvido e o poder é exercido despoticamente segundo os caprichos do governante. Mas democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos (individuais), sociais, econômicos e culturais"[10].

Daí a profunda ligação entre o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos.

As atribuições do Ministério Público de Minas Gerais na atuação em defesa dos direitos humanos

Em se tratando de Ministérios Públicos estaduais, as atribuições na defesa de direitos humanos encontram-se diversamente distribuídas de acordo com cada instituição. O Ministério Público mineiro possui alto grau de especialização, o que acarreta uma pulverização da defesa de tais direitos em diversas promotorias especializadas. Em razão de tal fato, as atribuições da Promotoria Especializada na Defesa dos Direitos Humanos são subsidiárias às demais especializadas, não havendo resolução que defina especificamente tais atribuições.

A título de ilustração podemos mencionar a atuação nas questões de racismo, defesa da diversidade religiosa, homofobia, tratamentos desumanos e degradantes em quaisquer situações, direito a alimentação e a questão da segurança alimentar, direito a moradia, etc.

No tocante à questão do direito à moradia, recomenda-se a leitura da inovadora tese do colega Marcelo de Oliveira Milagres, apresentada no VII Congresso Estadual do Ministério Público de MG, disponibilizada na página do CAO-DH, no *site* institucional.

Considerando-se a transversalidade do tema direitos humanos, há sempre que se atentar para a eventual e aconselhável atuação conjunta com outras especializadas, inclusive à luz do que dispõe o art. 1º, § 5º, da Resolução nº 72, da PGJ de 2006.

A discussão sobre a conveniência e a necessidade de se fixarem ou não as atribuições da Promotoria Especializada na Defesa dos Direitos Humanos encontra-se por hora superada ante a prevalência do entendimento de que não se devem engessar as atribuições da especializada em face da pluralidade de frentes de defesa desses direitos, assim como a pluralidade de violações dessas garantias.

[1)] ISHAY, Micheline R.**Direitos Humanos**: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos desde a Bíblia até o Presente. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 17.
[2)] Ishay, 2006, p. 23.
[3)] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23.
[4)] Comparato, 2001, p. 54.
[5)] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07.
[6)] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3. ed. Madri: Teccnos, 1990. p. 48 (tradução livre).
[7)] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra. 1988. p. 166. (vol. 4.).
[8)] Piovesan, 2007, p. 27.
[9)] Marum, 2005.
[10)] Marum, 2005, p. 395.

1.2. Discriminação racial

[1)]

Na seara de valorização dos direitos humanos, no contexto internacional pós-II Guerra, vários documentos foram firmados visando à erradicação de toda forma de discriminação racial, entre eles, por sua especificidade, podemos citar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEFDR), adotada pelas Nações Unidas em 1965.

Essa convenção foi elaborada para conter as atrocidades cometidas pelo regime nazista em nome da *superioridade da raça ariana* e impulsionada pelo ingresso de países afro-asiáticos, recém-saídos do sistema colonial, como membros da Organização das Nações Unidas (ONU). De fato, o sentimento anticolonialista-escravagista associado às repugnantes práticas racistas do nazismo serviram de substrato à implementação de normas internacionais contrárias à discriminação racial com aplicabilidade em âmbito global.

Em seu preâmbulo, a CIEFDR afirma que:

> "Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum".

Ademais, traz a definição de discriminação racial em seu art. I, assim a considerando:

> "Art. I
> 1. Nesta Convenção, a expressão discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública".

Essa Convenção apresenta como metas básicas o combate a toda e qualquer forma de discriminação racial e a promoção da igualdade material.

A questão do negro afro-descendente

No cenário nacional, a questão da discriminação é um fenômeno histórico, que remonta ao Brasil Colônia. A adoção do sistema escravagista de trabalho acarretou a percepção do negro como inferior, como mercadoria, utilizado, como um animal, na atividade agrícola colonial.

Com a abolição da escravatura, o negro alcança a igualdade jurídica formal, permanecendo, porém, não só a desigualdade econômica e social entre os escravocratas e a classe dos negros, mas também a ideologia que definia bem a diferença entre os dois e reservava a esses indivíduos uma posição de submissão e inferioridade.

Dessa forma, o processo de mudança da condição do negro de escravo para cidadão foi feito sem a adoção de medidas de integração desse homem livre à sociedade, ao mercado de trabalho, sem proporcionar-lhe o acesso mínimo aos meios de subsistência, como a posse da terra para sua fixação. Sem que lhe fosse garantida nenhuma oportunidade, dava-se mais um passo para a marginalização e o desfavorecimento desse grupo social.

Por um longo período da nossa história pós-escravidão, a comunidade afro-brasileira deixou de ser contemplada com políticas públicas de caráter compensatório. A implementação de medidas reparatórias vem no resgate à dignidade de uma comunidade que, desde a diáspora africana, encontra-se afastada da denominada sociedade inclusiva.

Nesse contexto de inclusão, o maior marco jurídico nacional contra todo e qualquer tipo de discriminação é a Constituição da República de 1988.

Logo no preâmbulo, a nossa atual lei Suprema institui como função do Estado Democrático de Direito, que então se constitui, garantir, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar e a igualdade, como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Constitui como alguns dos objetivos fundamentais do Brasil reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e nenhuma outra forma de discriminação (art. 3º, III e IV). "O Estado reconheceu que não basta declarar que todos são iguais perante a lei; a República assume a responsabilidade de promover o bem de todos"[2].

Ademais, o País rege-se, nas suas relações internacionais, pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII). Daí ser signatário e ter ratificado os principais documentos internacionais gerais e especiais de proteção aos direitos humanos, entre eles a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A Constituição assegura, ainda, como garantia individual, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLI e XLII).

Ante tal quadro, é dever de todo cidadão e do Estado respeitar o outro, independentemente de suas características físicas e de sua ideologia, porque isso não enseja cogitação alguma de hierarquia entre seres humanos, que têm, em si, um valor a ser reverenciado.

Comunidades quilombolas

A Constituição Federal de 1988 introduziu a questão quilombola na agenda das políticas públicas brasileiras. O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), resultado da pressão do movimento negro, dispõe que: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida à propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos".

Todavia, a efetivação de tal direito suscitou, de imediato, uma acalorada discussão acerca da exegese do termo *quilombo e remanescente de quilombo*. Dessa forma, a definição adequada do conceito era fundamental para a implementação do direito à propriedade da terra ao determinado grupo.

O texto constitucional utiliza a expressão remanescentes das comunidades dos quilombos, o que sugere uma noção de resíduo, de algo que estava no passado e que hoje resta apenas na lembrança. Porém, esse termo não condiz com o modo de tal grupo se autodenominar, tampouco com o conceito empregado pela antropologia e pela História.

Assim, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do art. 68 do ADCT, divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo *remanescente de quilombo*:

> "Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar".

Desse modo, comunidades remanescentes de quilombo são grupos sociais cuja identidade étnica os distingue do restante da sociedade, considerando-se essa identidade como um processo de auto-identificação dinâmico, que transcende a elementos materiais ou traços biológicos distintivos.

A origem das comunidades quilombolas remonta a uma diversidade de processos, que incluem as fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também heranças, doações, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior de grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após sua abolição.

Atualmente, a própria legislação brasileira adota conceito de comunidade quilombola, reconhecendo que a determinação dessa condição advém da sua autoidentificação, consoante se verifica no art. 2º do Decreto nº 4.887/03:

> "Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.
> § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.
> § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.
> […]"

Convém ressaltar que as comunidades quilombolas constituem, portanto, um patrimônio cultural brasileiro imaterial, uma vez que são portadores de referência à identidade, à ação, à memória de um diferente grupo da sociedade brasileira, nos termos do art. 216 da Constituição da República de 1988. Ademais, compete ao poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio das mais diversas formas de acautelamento e preservação, o que inclui a defesa de tais comunidades (art. 126, § 1º, da CF/88).

Por conseguinte, não só as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas devem ser reconhecidas como de propriedade dessa comunidade, mas também se deve respeitar o seu modo de vida, o pleno exercício de sua cultura, de forma a resguardar a diversidade cultural do povo brasileiro, garantida constitucionalmente (art. 215 da CF/88).

O caso Ellwanger: antissemitismo como crime de racismo

Caso emblemático, no tocante à abrangência do crime de racismo, foi o que ensejou o Habeas Corpus nº 82.424-2, do Supremo Tribunal Federal. **DJ** 19/03/2004.

Em resumo, trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que os impetrantes sustentam que, embora condenado o ora paciente, Siegfried Ellwanger, pelo crime tipificado no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, o substrato da condenação foi a discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição, ficou restrito ao crime de racismo.

Assim, a fundamentação do habeas corpus se guiou no sentido de descaracterizar o povo judeu como raça, desaparecendo aí a figura do racismo e, consequentemente, a imprescritibilidade, alegando, ainda, que o paciente tem o direito constitucional sagrado de liberdade de pensamento e de opinião.

A questão central que se instaura gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Discorre-se, a seguir, sobre o tema, tendo como base o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Daí se considerar o preconceito racial, a aversão ao diferente, como fenômeno cultural. Isso porque a ciência mostrou que todo ser humano faz parte de uma única raça, que é a espécie ou raça humana, sejam os

indivíduos brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos.

Nesse contexto, como bem elucida o Eminente Ministro em seu voto, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a antirraça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Dessa forma, embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, nenhuma subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do art. 5º da Carta Política.

Ademais, nos tratados internacionais, o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo antissemita, assim como a escravidão e o apartheid sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei nº 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei nº 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender dar interpretação diversa e restritiva a este caso é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais. Em consequência, condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia.

Não há que se cogitar, no caso em apreço, nenhuma violação do princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, uma vez que tal garantia não é incondicional, devendo ser exercida de maneira harmônica com os demais preceitos da Constituição. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados por nossa Lei Suprema.

Os Promotores de Justiça devem ter sempre em vista a interpretação dada ao racismo a partir da decisão em pauta e atuar de forma a garantir a prevalência dos direitos humanos em todas as situações concretas que se lhe apresentarem. Recomendo a leitura da íntegra do parecer exarado pelo colega do Rio Grande do Sul, Carlos Otaviano Brenner de Moraes, acerca do caso acima mencionado, constante do item de modelo de peças deste capítulo.

Injúria qualificada e crime de racismo

O Código Penal trabalha, entre outras, com a injúria preconceituosa, introduzida pela Lei nº 9.459/97. A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei nº 7.716/89 (preconceito de raça ou de cor) geralmente alegavam ter praticado injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Diante disso, o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada contra a discriminação racial, majorando sua pena.

Para elucidar o exposto, transcrevem-se as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

> "Esta figura típica foi introduzida pela Lei nº 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei nº 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. [...]. Assim, aquele que, atualmente dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial [...]"[3)]

A injúria preconceituosa entre os crimes contra a honra da pessoa é, portanto, o mais grave. O mesmo autor

afirma que, comparando-se singelamente a pena fixada em abstrato para a injúria preconceituosa e a pena fixada em abstrato para os outros crimes, há uma certa desproporcionalidade, isso porque "há épocas em que o Estado vê-se levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade"[4].

No que tange à Lei nº 7.716/89 (Lei antirracismo), também alterada pela Lei nº 9.459/97, a modificação trazida por essa última alargou significativamente seu alcance ao incluir em seu bojo, além dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça ou de cor, também os delitos que atentem contra a etnia, a religião ou a procedência nacional. É de se notar que, ao abordar tais critérios, a legislação pátria não só se alinhou à definição de discriminação racial prevista internacionalmente pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, transcrita no início deste texto, mas foi além, ao englobar o critério religião, não abordado por essa Convenção.

Em relação à distinção entre o delito de injúria qualificada (art. 140, § 3º, do Código Penal) e os crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/89, convém dispor que a referida lei trata de condutas obstativas, enquanto que o Estatuto Penal tipifica condutas ofensivas.
Acerca do tipo penal da injúria racial, ensina, ainda, Nucci:

> "[...] Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo *judeu é corrupto* ou que *negros são desonestos*), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a *raça, cor, etnia, religião ou origem*, com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada"[5].

Por outro lado, os tipos penais descritos na Lei Antirracismo, com suas alterações, tratam de toda conduta que impeça o acesso da pessoa a cargo profissional, a estabelecimentos públicos, comerciais, de ensino e de lazer, ao convívio familiar e social, em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (arts. 3º ao 14, da Lei nº 7.716/89). Qualquer forma de prática, induzimento ou incitação de tais discriminações e preconceitos também é considerado crime de racismo, com pena majorada se tais condutas ocorrerem por intermédio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza ou se valendo de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada para divulgação do nazismo, conforme se verifica no art. 20, *caput* e § 1º e § 2º, da referida lei. Alguns juristas criticam o fato de a Lei nº 9459/97 ter minorado as penas de alguns delitos e de não agasalhar como conduta delitiva o uso de caracteres de outras seitas que apregoam a discriminação racial, além dos símbolos nazistas.

Assim, em síntese, para a configuração dos crimes de racismo, a hipótese deve envolver segregação racial, como proibir a entrada de negros em determinado estabelecimento de ensino, por exemplo.

E, ainda, relevante se faz conferir o entendimento jurisprudencial acerca da matéria:

> A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor (RT 752/594).

Em corroboração ao exposto, juntamos jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Ementa: CRIME DE PRECONCEITO DE RAÇA. RÉU QUE DIRIGE À VÍTIMA OFENSA LIGADA À COR DA PELE. REEXAME DE PROVAS. AUTORIA COMPROVADA. TIPICIDADE. *EMENDATIO LIBELLI*. CONDUTA TÍPICA QUE SE AMOLDA AO TIPO DO ART. 140, § 3º DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE AÇÃO PRIVADA. AUSÊNCIA DE QUEIXA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE OFERECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. - Tendo o réu proferido ofensas alusivas à cor da pele da vítima, dirigidas a ela própria e não a um grupo social, pratica injúria qualificada, e não atos de discriminação, impondo-se a

> desclassificação para o crime do art. 140, § 3º, do Código Penal. - Em se tratando o delito praticado de crime de ação penal privada, e ausente condição de procedibilidade, deve ser declarada a nulidade de todo o processado, com a conseqüente extinção da punibilidade do apelante pela decadência do direito de oferecimento da queixa. Súmula: DERAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DECRETARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE (Processo nº 1.0686.01.030756-5/001(1), Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Herculano Rodrigues, Julgado em 04/08/2005)".

A diferença é essencial, uma vez que, de acordo com o art. 145 do CP, a ação penal do delito de injúria preconceituosa é de iniciativa privada, enquanto no crime de racismo a ação penal é pública incondicionada.

História e cultura afro-brasileira como temas obrigatórios no currículo oficial da rede de ensino

A Lei n° 10.639/03, que altera a Lei n° 9.394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, inclui no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática *História e Cultura Afro-Brasileira*.

O Conselho Nacional de Educação elaborou o Parecer CNE/CP nº 3/04 e editou a Resolução nº 1, de 17 de junho de 2004, visando regulamentar essa alteração legal.

A Resolução mencionada, em seu art. 2º, dispõe sobre Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africanas, estabelecendo a finalidade das temáticas:

> "§ 1º A Educação das Relações Étnico-raciais tem por objetivo a divulgação e produção de conhecimentos, bem como de atitudes, posturas e valores que eduquem cidadãos quanto à pluralidade étnico-racial, tornando-os capazes de interagir e de negociar objetivos comuns que garantam, a todos, respeito aos direitos legais e valorização de identidade, na busca da consolidação da democracia brasileira.
> § 2º O Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana tem por objetivo o reconhecimento e valorização da identidade, história e cultura dos afro-brasileiros, bem como a garantia de reconhecimento e igualdade de valorização das raízes africanas da nação brasileira, ao lado das indígenas, européias, asiáticas".

Assim, os Promotores de Justiça devem verificar se há o devido cumprimento de tal norma na rede de ensino dos municípios e se a implementação do tema *História e Cultura Afro-Brasileira* está atingindo o fim proposto. Em caso de inobservância de tais pressupostos, é necessário tomar as medidas cabíveis, como um possível termo de ajustamento de conduta do município, ou, se necessário, o ajuizamento de ação civil pública para tutelar esse direito de cunho histórico-cultural.

---

[1] A Lei 11.345/08 tornou obrigatória a inclusão, no currículo oficial da rede de ensino, da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena".
[2] DA SILVA, Jorge. **Direitos civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Luam, 1994. p. 132.
[3] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p 567.
[4] Nucci, 2005, p. 571.
[5] Nucci, 2005, p. 471.

1.3. Diversidade sexual

Em um passado não tão remoto, a homossexualidade foi considerada, na visão da psiquiatria, um desvio sexual, uma inversão do masculino e do feminino. No século XIX, mais especificamente, disseminou-se a ideia da homossexualidade como uma das formas emblemáticas da degeneração, o que desencadeou a proibição legal das relações entre pessoas do mesmo sexo. Acrescente-se a essa conotação a forte influência negativa que a Igreja exerceu na formação do pensamento acerca da homossexualidade.

Essa tradição tinha como base à crença de uma natureza comum aos homens e aos animais, em que a conjugação de dois órgãos sexuais distintos acarretaria a perpetuação da espécie. Logo, a sexualidade que se desviava dessa finalidade seria uma prática sexual contrária à natureza.

Com a diminuição do poder da Igreja, a influência do capitalismo, que preza a satisfação individual, e a eclosão dos movimentos de liberação homossexual, essa visão pejorativa vem se alterando e a sociedade abrindo espaço para o respeito à orientação sexual diversa assumida pela pessoa. Isso ocorreu, sobretudo, após o incidente de *Stonewall* em Nova York, em junho de 1969, entre a polícia norte-americana, que costumava fiscalizar severamente estabelecimentos para público homossexual, proibidos na década de 1960, e os frequentadores do bar. O episódio ficou marcado porque, ao contrário do que ocorria normalmente, houve resistência à ação policial, sendo que o grupo que estava frequentando o local liderou uma série de manifestações, que se prolongaram pelos três dias seguintes e mobilizaram diversas pessoas.

Em consequência desses diversos fatores, a homossexualidade deixou de ser considerada doença pelas principais organizações de saúde. Desde 1973, a homossexualidade não é classificada como tal pela Associação Americana de Psiquiatria e, na mesma época, foi retirada do Código Internacional de Doenças (CID). A Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, na década de 90, declarando que a *homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão* e que os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade. Todavia, os transtornos de identidade de gênero que englobam travestis e transexuais permanecem classificados no CID-10, indicando-se, em alguns desses casos, terapias hormonais e possibilidade de cirurgia de redesignação de sexo.

Atualmente, a maioria dos países não mais criminaliza as relações entre pessoas do mesmo sexo, havendo alguns, inclusive, que as tratam em absoluta igualdade com as relações entre pessoas de sexo oposto.

No Brasil, contudo, há uma disposição no Código Penal Militar que define o crime de pederastia (art. 235); tal dispositivo vem sendo motivo de acirrado debate entre o Estado e os movimentos sociais de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (GLBT), que pleiteiam a sua supressão do ordenamento penal miliciano.

Depois de longo período de ostracismo, de encobrimentos, de traumas, a diversidade sexual reapresenta-se no cenário social buscando derrubar preconceitos e reivindicando o exercício da cidadania e os direitos dos *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais e transgêneros.

Conceitos

[1)]

• **Homossexual**: pessoa que tem desejos e práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com pessoas do mesmo gênero.
• ***Gay***: pessoa do gênero masculino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero masculino.
• **Lésbica**: pessoa do gênero feminino que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com outras pessoas do gênero feminino.
• **Gênero**: o conjunto de normas, valores, costumes e práticas através das quais a diferença entre homens e mulheres é culturalmente definida e hierarquizada. Envolve todas as formas de construção social das diferenças

entre masculinidade e feminilidade, conferindo sentido e inteligibilidade às diferenças anatômicas, comportamentais e estéticas.
• **Bissexual**: pessoa que tem desejos, práticas sexuais e relacionamento afetivo-sexual com homens e mulheres.
• **Transexual**[2]: pessoa com identidade de gênero que se caracteriza por uma afirmativa de identificação, solidariedade constituída e confortável nos parâmetros de gênero estabelecidos (masculino ou feminino), independente e soberano aos atributos biológicos sexualmente diferenciados. Esta afirmativa consolidada pode, eventualmente, transformar-se em desconforto ou estranheza diante desses atributos, a partir de condições socioculturais adversas ao pleno exercício da vivência dessa identidade de gênero constituída. Isso pode se refletir na experiência cotidiana de autoidentificação ao gênero feminino – no caso das mulheres que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão genitais masculinos no momento em que nascem – , e ao gênero masculino – no caso de homens transexuais, que possuem órgãos genitais femininos ao nascerem. A transexualidade também pode, eventualmente, contribuir para a alteração cirúrgica de atributos físicos da pessoa que a vivencia, inclusive de órgãos genitais, para que passem a corresponder estética e funcionalmente ao estado psicoemocional da identidade de gênero constituída.
• **Travesti**: pessoa que nasce do sexo feminino ou masculino, mas tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papel do gênero distinto daquele imposto pela sociedade.

União homoafetiva

A liberação sexual contribuiu sobremaneira para a formação de um novo perfil de família, não mais baseada no objetivo de procriação, mas atrelada à troca de afeto, de amor. Dessa forma, esse novo paradigma que se desenvolve numa sociedade complexa e múltipla pressupõe a aceitação da diversidade sexual.

Elucida Almeida Neto:

> "[…] o modelo de família constituído por um homem e uma mulher, casados civil e religiosamente, eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideário de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que se reproduzem biologicamente com vistas à perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da felicidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família. Da mesma forma, sociólogos, antropólogos, historiadores e cientistas políticos sistematicamente têm demonstrado que as noções de casamento e amor também vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e de institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais"[3].

A partir dos anos 90, considerando, em especial, a luta dos movimentos sociais, as entidades familiares passaram a apresentar as mais diversificadas formas. Comumente, encontram-se as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus filhos – biológicos ou adotivos, as unidades familiares formadas por homossexuais, homens ou mulheres, por irmãos, por avós e netos, tios e sobrinhos, primos, entre outras.

Todavia, a relação homossexual, marcada pela existência de um vínculo afetivo e amoroso e da qual decorre vida em comum e amparo recíproco, não é regulada pelo Direito no que diz respeito à união estável, partilha de bens, direitos sucessórios, entre outras questões. Os tribunais, entretanto, vêm reconhecendo os direitos das pessoas envolvidas nesse tipo de união.

De fato, o amor e a convivência homossexuais são uma realidade que não pode mais ficar à margem da devida tutela jurídica, a fim de alçar-se como entidade familiar reconhecida pelo Estado.

A própria Carta Constitucional consagra a igualdade de todos, vedando qualquer tipo de discriminação. Exemplificando o exposto, a nossa Lei Suprema ressalta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), exaltando, como direito fundamental, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de natureza alguma (art. 5º, *caput*).

Também o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e nenhuma outra forma de discriminação.

Ademais, a nossa Carta Magna já existe há praticamente duas décadas e naquela época a questão, embora existente, como em todos os períodos da história, não gerava grande polêmica. Conquanto isso, não houve vedação constitucional de relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. Nessa seara, não podemos esquecer a diferença que existe entre a *proibição* e a *não contemplação*.

Fato é que as pessoas que possuem orientação sexual diversa da estereotipada heterossexualidade são iguais na diferença e merecem ter seus direitos respeitados e reconhecidos juridicamente para que sejam judicialmente reivindicados e os conflitos pacificados.

Se o legislador não enfrentou tal desafio, como não o fez no Código Civil de 2002, que já nasceu ultrapassado no que tange à regulamentação do Direito de Família, deve o Judiciário promover a interpretação constitucional e a integração das leis para a melhor aplicação do direito.

Ante o quadro apresentado, os Tribunais vêm acolhendo as pretensões de reconhecimento de união homoafetiva e as consequências que dela decorrem.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou jurisprudência no seguinte sentido:

> "EMENTA: APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA. (Apelação Cível nº 70021085691. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Rui Portanova. Julgado em 04/10/2007)"

> "EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parelhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Tribunal de Justiça do RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 10/06/2005)"

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, embora com mais atraso, também tem decidido nesse sentido:

> "Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIO DA IGUALDADE (NÃO-DISCRIMINAÇÃO) E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO - REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. - À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a

> situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Processo nº 1.0024.06.930324-6/001(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Heloisa Combat. Data do Julgamento 22/05/2007)"

> "Ementa: UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO. SOBREVIVENTE. PROVA DA RELAÇÃO. POSSIBILIDADE - À união homo afetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Processo nº 1.0024.05.750258-5/002(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Belizário de Lacerda. Data do Julgamento 04/09/2007)"

Também o STJ reconhece a união homoafetiva e os direitos e obrigações que dela decorrem:

> "Ementa: PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.
> - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.
> - A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.
> - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.
> - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. »Simples transcrição de ementas não basta. (Resp. 2387/RS. STJ. Terceira Turma. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 07/03/2006)"

Não obstante, há projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados que visam à regulamentação legal da união homoafetiva, como o Projeto de Lei nº 2285/07 proposto pelo Sr. Sérgio Barradas Carneiro e o Projeto de Lei nº 580/07 do Sr. Clodovil Hernandes, que foi justificado no sentido de acompanhar a tendência mundial de tolerância em relação às diferenças, procurando-se atender a reivindicação dos grupos homossexuais com vistas a integrá-los no ordenamento jurídico e caminhar para a eliminação de preconceitos em razão da orientação sexual.

A questão da transexualidade

Segundo a Classificação Internacional das Doenças (CID-10), a transexualidade caracteriza-se por um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Portanto, há um descompasso entre o sexo anatômico e o psicológico, pois o transexual acredita ter nascido num corpo que não corresponde ao gênero por ele exteriorizado social, espiritual, emocional e sexualmente, devendo esse descompasso ser sanado por tratamentos de saúde, não podendo a pessoa continuar designada por um nome que não a identifique.

Assim, o pedido de retificação/alteração do nome e do sexo no registro civil de pessoa transexual tem encontrado amparo nos tribunais brasileiros que vêm se manifestando de modo favorável ao requerimento. Fundamentam que o nome da pessoa, direito personalíssimo, enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, assume fundamental importância individual e social, não podendo ser objeto de constrangimento pessoal.

Em conformidade com o exposto, colacionam-se julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Ementa: PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE NOME E SEXO NO ASSENTAMENTO CIVIL DO REQUERENTE - TERAPÊUTICA CIRÚRGICA DE COMPLEMENTAÇÃO GENITAL - PEDIDO ACOLHIDO - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA - ERRO DE FATO NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA - APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL. (Processo nº 1.0000.00.263118-2/000(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Francisco Lopes de Albuquerque. Data do Julgamento 11/02/2003)."

> "Ementa: Civil. Sexo. Estado individual. Imutabilidade. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes. V.V. EMBARGOS INFRINGENTES - TRANSEXUAL - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - NOME E SEXO - Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo assim a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante. Súmula: REJEITARAM OS EMBARGOS, VENCIDOS O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL (Processo nº 1.0000.00.296076-3/001(1). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Carreira Machado. Data do Julgamento 22/04/2004)".

Adoção por casal homoafetivo

Adoção é o ato pelo qual uma pessoa ou um casal acolhe criança ou adolescente como seu filho ou filha, proporcionando-lhe a convivência no seio de uma família e constituindo a relação de maternidade e/ou paternidade. No dizer de Padre Antônio Vieira: "O filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama".

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe como dever da família, da sociedade e do Estado salvaguardar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, incluindo-se, nessa proteção, o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da CF/88).

A Lei nº 8.069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe sobre a adoção.

No que tange aos requisitos legais a serem preenchidos pelo adotante, essa lei não traz nenhuma proibição à adoção por homossexual. Consoante o texto legal, pode adotar o maior de 21 anos, independentemente de estado civil, que guarde uma diferença etária mínima de 16 anos com o adotando, entre outros pressupostos (art. 42, *caput* e § 3º do ECA).

A polêmica se perfaz, então, sobre a possibilidade de adoção por casal homoafetivo.

Comenta Maria Berenice Dias:

> "O art. 28 do indigitado Estatuto permite a colocação no que chama de *família substituta*, não definindo qual a conformação dessa família. Limitou-se a lei, em seu art. 25, a conceituar o que seja família natural: *Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes*. Diante da especificidade dessa definição, não se pode ter por coextensivos esses conceitos: que a família substituta deva ter a mesma estrutura da família natural. Sob esse enfoque, não há vedação para um casal homossexual ser reconhecido como uma família substituta apta a abrigar uma criança. A única objeção que ainda poderia ser suscitada emerge da dicção do art. 29 do diploma menorista: *Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado*. Porém, a priori, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível. Dita postura revela-se nitidamente preconceituosa, e, conforme lembra

> Delma Ibias, as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores"[4].

Poder-se-ia, segundo a mesma autora, argumentar no sentido de que "a ausência de referência de ambos os gêneros poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual [...][5]", gerando-se o perigo da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por lealdade afetiva, a se tornarem também homossexuais.

Todavia, há entendimento no sentido de que, na formação da personalidade da criança, há realmente a identificação com os papéis que os pais representam, ou seja, a figura feminina e a masculina. Porém, a forma física, ou seja, a configuração biológica dos órgãos genitais, não importaria para tal identificação, desde que existisse o desempenho desses papéis diferenciados pelo casal homossexual, de modo que uma pessoa representaria o feminino e a outra, o masculino.

Para reforçar esse argumento, questiona-se, se a afirmação de que se os filhos, em tudo, imitam os pais, como se explicam crianças geradas, criadas e educadas no seio de uma família heterossexual com orientação homossexual?

Por outro lado, a grande questão apresentada pelas pessoas contrárias à adoção por casal homossexual seria a de que possivelmente as crianças seriam alvo de discriminação no meio que frequentam, sofrendo ataques vexatórios, de modo a dificultar seu convívio social.

Considerando que qualquer forma de discriminação é vedada constitucionalmente, teoricamente, criança ou adolescente adotados por casal homossexual teriam o direito de não sofrer tais atos atentatórios. Contudo, na prática, não é tão fácil inibir esse tipo de conduta preconceituosa.

Outro ponto invocado seria o que tange ao registro civil, que deveria consignar o nome dos adotantes como pais (art. 47, § 1º, do ECA), pressupondo, assim, a diversidade de sexo do casal. Dessa forma, na adoção, ocorrendo a substituição da filiação biológica, incoerente que os pais registrais sejam do mesmo sexo. Tal silogismo impossibilitaria a formalização da adoção por dois homens ou duas mulheres, porque não poderiam constar como pais no registro de nascimento.

De um enfoque diverso, a necessidade de haver a diversidade de sexos para o registro como mãe e como pai do adotado não deve prosperar, tendo-se em vista que a configuração registral, questão meramente formal, pode ser modificada, de modo a incorporar a possibilidade de inclusão de duas mães ou dois pais, em analogia à certidão em que só consta o nome da genitora.

Convém frisar que o objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é resguardar os direitos do adotando de forma a inseri-lo numa convivência familiar segura e equilibrada, proporcionando sua completa formação como pessoa. Para tanto, não se deferirá a sua colocação em família substituta se esta não se moldar à natureza da medida ou não oferecer ambiente adequado (art. 29 do ECA), uma vez que a adoção somente será efetuada quando apresentar reais vantagens para o adotando (art. 43 do ECA).

Dessa forma, independentemente da orientação sexual do casal adotante, esse deve proporcionar condições ao desenvolvimento integral da criança, sendo-lhe garantidos os direitos fundamentais e o atendimento às suas necessidades afetivas familiares.

Há julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendendo ser possível a adoção por casal homoafetivo:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que

> serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 5/04/2006)"

Por fim, o tema em pauta pode ser apresentado invocando-se argumentos em sentido favorável ou contrário. Cabe ao Promotor de Justiça, ao deparar com a questão, analisar, precipuamente, o bem-estar da criança ou do adolescente a serem adotados, baseando-se na perícia psicossocial juntada aos autos e despindo-se de quaisquer formas de preconceito, para, a partir do estudo do caso, firmar um posicionamento.

Sanções legais a práticas homofóbicas

Homofobia[6] é a consequência direta da hierarquização das sexualidades e do *status* superior conferido à heterossexualidade, considerada natural, em detrimento de outras manifestações e expressões das identidades e das práticas sexuais, tidas como inferiores e anormais. A homofobia é um fenômeno que costuma produzir ou se vincular a preconceitos e mecanismos de discriminação, de estigmatização e violência contra *gays*, lésbicas, bissexuais, transexuais e *travestis* e, mais genericamente, contra todas as pessoas (inclusive heterossexuais) cujas expressões de masculinidade e feminilidade não se enquadram nas normas de gênero, culturalmente estabelecidas. Dessa forma, desencadeia e realimenta processos discriminatórios, de exclusão, entre outros, voltados contra tudo aquilo que remeta, direta ou indiretamente, à orientação sexual discordante do padrão heterossexual e dos papéis estereotipados do gênero. A lesbofobia[7] é uma expressão específica da homofobia, voltada a preconceito, estigmatização e violação de direitos de mulheres homossexuais. O não reconhecimento da legitimidade social da vivência e da expressão pública da lesbianidade associa-se até mesmo à privação do direito de as lésbicas serem vistas ou entendidas como mulheres.

Na seara de proteção à diversidade sexual, o Estado de Minas Gerais editou a Lei nº 14.170/02, que determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual. Dessa forma, cabe ao Poder Executivo impor, no limite da sua competência, sanção à pessoa jurídica que, por ato de seu proprietário, dirigente, preposto ou empregado, no efetivo exercício da atividade profissional, discrimine ou coaja pessoa, ou atente contra os seus direitos, em razão de sua orientação sexual, conforme disposição do art. 1º da lei citada.

O Decreto nº 43.683/03, que regulamenta a Lei Estadual nº 14.170/02, atribui ao Conselho Estadual de Direitos Humanos, vinculado à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social de Minas Gerais, a competência para aplicar tais sanções legais. Dessa forma, o CONEDH estará implementando durante esse ano a câmara processante prevista no decreto referido.

Para coibir tais práticas preconceituosas, também foi apresentado o PL nº 5.003/01, no Congresso Nacional, que "determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas". Esse PL, oriundo da Câmara dos Deputados, passou a ser designado, no Senado, por PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 122/2006, onde atualmente tramita.

Benefícios previdenciários para companheiros homossexuais

Outra questão que se tem apresentado é a possibilidade de inscrição do companheiro homoafetivo como dependente para fins previdenciários.

A decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, proposta contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), pelo Ministério Público Federal, visando o reconhecimento dos direitos decorrentes da união entre homossexuais jungidos ao Regime Geral de Previdência, culminou na edição da Instrução

Normativa/INSS/DC nº 50, de 8 de maio de 2001, que regulamentou os benefícios previdenciários para companheiros homossexuais.

A Juíza Federal, que proferiu liminar de alcance nacional, na referida ação, assim motivou sua decisão:

> "Efetivamente, a negativa do Instituto Nacional do Seguro Social em reconhecer a companheiros homossexuais direitos previdenciários, sob o argumento de que não é devida a concessão destes benefícios nos casos de relação homossexual, face o contido no § 3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91 e no art. 226, § 3º da Constituição Federal [...], é violadora de diversos princípios e garantias constitucionais. (Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre/RS)"

Dessa forma, o próprio Estado, através de seu órgão de seguridade social, reconheceu a união homossexual como união estável, conferindo os direitos decorrentes do Regime Geral de Previdência Social a companheiro ou companheira homossexual, que poderá ser inscrito como dependente, concorrendo, preferencialmente, em caso de pensão por morte do segurado.
Para consulta à íntegra da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, acessar o link: http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br.

Alguns estados brasileiros, como o Rio de Janeiro e Pernambuco, além de alguns municípios, seguindo essa tendência, incluíram a possibilidade de inscrição de companheiro ou companheira homossexual como dependente para fins previdenciários.

O governo de Minas Gerais encaminhou o projeto de Lei Complementar Estadual nº 41/2008 para a Assembleia Legislativa, visando contemplar tal possibilidade no IPSEMG, havendo resistência em se estender o benefício para o Instituto de Previdência do Servidor Militar.

O CAO-DH instaurou procedimento administrativo para acompanhar a questão e propor, eventualmente, as medidas judiciais cabíveis.

Sugere-se que cada Promotor de Justiça, em sua Comarca de atuação, promova a discussão no âmbito municipal, visando a admissão da inscrição do companheiro homoafetivo para fins previdenciários nos institutos de previdência municipais.

---

[1] Conceitos baseados no Texto-base da Conferência Nacional de Gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.
[2] Abordaremos a transexualidade no item 4.3, inclusive a questão judicial de consequente alteração do registro civil, no que tange ao nome e sexo.
[3] ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. **Família no Brasil dos Anos 90**: Um Estudo sobre a Construção Social da Conjugalidade Homossexual. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 1999. In: http://www.asselegis.org.br.
[4] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[5] Dias, 2001.
[6] Definição de homofobia baseada no Texto-base da Conferência Nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.
[7] Definição de lesbofobia baseada no Texto-base da Conferência Nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais (2008), Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

1.4. Direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar

> "[...] o direito à alimentação adequada é indivisivelmente ligado à dignidade inerente à pessoa humana e é indispensável para a realização de outros direitos humanos consagrados na Carta de Direitos Humanos. Ele é também inseparável da justiça social, requerendo a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais, tanto no âmbito nacional como internacional, orientadas para a erradicação da pobreza e a realização de todos os direitos humanos para todos [...]" [1)].

O direito humano à alimentação adequada preceitua que todos os seres humanos nasceram com o direito a uma alimentação saudável, de fácil acesso, de qualidade, em quantidade suficiente e de modo permanente. Segundo os documentos oriundos da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2004), em observância às definições internacionais, tem-se:

> "*Segurança Alimentar e Nutricional* é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis.
>
> *O Direito Humano à alimentação adequada* é alcançado quando todos os homens, mulheres e crianças, sozinhos, ou em comunidades com outros, têm acesso físico e econômico, em todos os momentos, à alimentação adequada, ou meios para sua obtenção. É importante destacar que o conceito de *adequação* refere-se às calorias, proteínas e outros nutrientes, mas também às condições sociais, econômicas, culturais, climáticas e ecológicas dentre outras".

Esse direito possui duas dimensões complementares e indissociáveis: o direito de estar livre da fome e da má nutrição e o direito a uma alimentação adequada.

Dessa forma, não se limita a assegurar qualquer alimento para ingerir, é muito mais abrangente. Trata-se de garantia de uma alimentação diversificada, nutricionalmente adequada, isenta de contaminação, sem ser veiculada através de propagandas abusivas que imponham como necessidade de consumo alimentos pouco saudáveis, principalmente para crianças. O direito a alimentação adequada possui, ainda, um viés cultural, visto que os hábitos culturais das diferentes raças e etnias que vivem no território brasileiro devem ser observados na garantia desse direito.

Finalmente, engloba o direito de produzir o seu próprio alimento e de ter meios para alimentar-se satisfatoriamente. Assim, a promoção e a garantia do direito à alimentação adequada pressupõem a realização da reforma agrária, o apoio à agricultura familiar, a eficiência das políticas de abastecimento, a vigilância sanitária regular dos alimentos, a implementação da merenda escolar. Perpassa ainda pela garantia de um bom atendimento pré-natal, do aleitamento materno como alimento exclusivo da criança até seis meses de idade, de saneamento básico, de políticas de geração de empregos, entre outros aspectos.

No cenário internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) destaca a questão da alimentação:

> "Art. 11 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
> 2. Os estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:
> a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena

> utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.
> b) Assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios".

O direito à alimentação adequada terá de ser realizado de maneira progressiva, mas os Estados têm a obrigação de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome de forma imediata.

A realização progressiva do direito à alimentação adequada exige que os Estados estabeleçam planos e prazos para o cumprimento de suas obrigações, em virtude do direito internacional, relativas aos direitos humanos.

Segurança alimentar no Brasil e o Ministério Público

A Constituição de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos pilares no qual se constitui o Estado Democrático de Direito brasileiro, impõe como de observância obrigatória todos os direitos fundamentais necessários à realização plena do ser humano, entre eles a alimentação adequada e segura. Somem-se a esse preceito os objetivos precípuos da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º da CF/88, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito ou discriminação, e teremos as diretrizes constitucionais para a implementação desse direito humano.

O marco legal nacional é a Lei n° 11.346/06, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) visando a assegurar o direito humano à alimentação adequada. Pioneiramente na América Latina, o Estado de Minas Gerais editou a Lei n° 15.982/06 versando especificamente sobre a questão da segurança alimentar.

A Lei nº 15.982/06 estabelece 13 diretrizes, quais sejam:

- a promoção e a incorporação do direito à alimentação adequada nas políticas públicas;
- a promoção do acesso à alimentação de qualidade e de modos de vida saudável;
- a promoção da educação alimentar e nutricional;
- a promoção da alimentação e da nutrição materno-infanto-juvenil;
- o atendimento suplementar e emergencial a indivíduos ou grupos populacionais em situação de vulnerabilidade;
- o fortalecimento das ações de vigilância sanitária dos alimentos;
- o apoio à geração de emprego e renda;
- a preservação e a recuperação do meio ambiente e dos recursos hídricos;
- o respeito às comunidades tradicionais e aos hábitos alimentares locais;
- a promoção da participação permanente dos diversos segmentos da sociedade civil;
- a municipalização das ações;
- a promoção de políticas integradas para combate à concentração regional de renda e à consequente exclusão social; e

- o apoio à reforma agrária e ao fortalecimento da agricultura familiar ecológica.

Considerando a relevância da matéria e a crescente articulação da sociedade civil e Conselhos de Segurança Alimentar Nacional, Estaduais e Municipais, o Ministério Público vem participando das discussões que envolvem as políticas públicas de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável (SANS). Assim, o Ministério Público Estadual, através da ação integrada transversal das Promotorias de Direitos Humanos, Saúde, Conflitos Agrários, Infância e Juventude e Meio Ambiente, poderá atuar de forma a:

- garantir a participação do Ministério Público nas políticas de SANS;
- assegurar o acesso à alimentação como direito humano básico;
- cumprir o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange a SANS;
- garantir o cumprimento da Lei do SUS em SAN;
- promover a integração dos diversos conselhos em busca da criação e concretização das ações;
- promover o desenvolvimento de ações em rede;
- incluir a segurança alimentar e nutricional sustentável nas discussões do Conselho de Saúde;
- promover a articulação intersetorial, inclusive dos órgãos públicos, e monitoramento das ações nos âmbitos estadual e municipal, garantindo o funcionamento, participação e capacitação dos Conselhos Municipais de SANS;
- incluir a SANS como pauta permanente em todos os espaços de Políticas Públicas;
- mobilizar a sociedade para que os programas de segurança alimentar e nutricional sejam transformados em políticas de Estado;
- assegurar a implementação e efetivação da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional.

A legislação municipal como forma de limitação da monocultura bioenergética e garantia de segurança alimentar

Tema de especial relevância mundial no momento, a questão do biocombustível e seu impacto na questão alimentar tem reflexos diretos em nosso estado. Alguns municípios mineiros estão atentos à proliferação de monoculturas de matriz bioenergética (em especial a cana-de-açúcar), que pode desencadear nefastos efeitos ambientais e negativas conseqüências sociais. Outro efeito é a interferência na garantia da segurança alimentar.

De modo elucidativo, pode-se citar a atuação legislativa da Câmara Municipal de Sacramento com o fito de minimizar os efeitos danosos da expansão de tal cultura. O Município de Sacramento editou duas leis regulamentando o plantio da cana-de-açúcar, que se proliferou de forma acelerada na região. A Lei Municipal nº 1.008, de 2 de agosto de 2006, dispõe sobre a queima da palha da cana-de-açúcar, visando à eliminação gradual do emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte de tal cultura, em áreas passíveis de mecanização da colheita, e o regramento dessa prática. A Lei Municipal nº 1.009, de 8 de agosto de 2006, por sua vez, versa sobre o plantio de cana-de-açúcar, fixando o limite de 20% da extensão territorial total do Município para a monocultura bioenergética. Essa regulamentação legal se faz necessária porque em algumas regiões do Estado a monocultura da cana-de-açúcar aumentou demasiadamente, afetando diretamente a questão alimentar, social e ambiental.

Consequência de tal proliferação é a inevitável erradicação de culturas alimentares tradicionais da localidade, gerando o encarecimento e dificultando o acesso a gêneros alimentícios básicos, além de promover a migração de mão de obra em condições precárias de trabalho e subsistência, inclusive com a adoção de trabalho escravo, o que sobrecarrega a estrutura de assistência social e saúde dos municípios. Ademais, a queima da palha da

cana-de-açúcar causa degradação ambiental e impactos na questão da reforma agrária.

Dessa forma, deve o Promotor de Justiça, ante tal quadro, avaliar a viabilidade junto ao Poder Legislativo municipal da implementação de legislação específica que regulamente a matéria, como forma de minimizar os efeitos danosos que a expansão desenfreada da monocultura de matriz bioenergética possa acarretar, atentando-se também para o cumprimento da função social da propriedade aplicada à ordem econômica (art. 170, III, da CF/88), bem como das propriedades rurais (art. 186 da CF/88).

[1)] CDESC, 1999

1.5. Programas de proteção, auxílio e assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas (Provita)

O Programa de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Provita), pioneiro na América do Sul, pretende ser uma alternativa fornecida pelo próprio Estado para que possa exercer seu poder-dever de apurar e punir delitos sem o sacrifício de bens maiores, razão finalística da própria existência do direito penal.

O Programa Estadual de Proteção faz parte do Sistema Nacional de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, instituído pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que inovou ao estabelecer normas para organização de programas estaduais destinados a vítimas e a testemunhas de crimes “que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal”.

Há de se ressaltar que o Programa destina-se a proteção não somente do interessado vítima direta da ameaça, mas também para todo o seu núcleo familiar atingido por tal violação.

Hoje, dezessete estados integram o Sistema Nacional de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas: AC, AM, BA, CE, MA, ES, GO, MG, MS, PA, PE, PR, RJ, RS, SC, SP e DF.

No Estado de Minas Gerais, o Programa de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, PROVITA-MG, foi criado através da Lei Estadual nº 13.495/00, regulamentada pelos Decretos Estaduais nº 41.140/2000 e nº 43.273/2003, e está em atividade desde julho de 2000, através de convênios firmados, inicialmente, com o Ministério da Justiça, hoje, com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Esse modelo de proteção se iniciou no estado de Pernambuco através do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), com sede em Recife, verdadeiro embrião do Programa Brasileiro nos moldes atuais.

Considerando essa origem histórica através da qual o programa era gerenciado por uma entidade da sociedade civil, o modelo hoje predominante no Brasil (exceção Rio Grande do Sul) é de que as verbas para custeio do programa são estatais (estado e união), mas a gestão do programa é feita por uma entidade da sociedade civil. Em Minas Gerais, especificamente, a gestão se dá através de órgão ligado à igreja católica.

A Lei nº 9.807/99 pretendeu de forma ampla conceituar o modelo de proteção, traçar o perfil do destinatário deste e estabelecer a forma segura de encaminhamento do usuário para o Programa. Tal diploma legal delimitou a forma de execução do programa através de Equipes Técnicas multidisciplinares e do Conselho Deliberativo, que no âmbito federal tem seu espelho no Conselho Federal, bem como em órgãos executores da sociedade civil.

O Conselho Deliberativo é uma espécie de instância política e deliberativa que tem suas atribuições estabelecidas em lei, atuando em cooperação, mas de forma autônoma, com a equipe técnica. Os membros do conselho são oriundos das diversas instituições com representatividade política e institucional, tais como Magistratura, Ministério Público, Polícias Civil e Militar, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, representantes do governo estadual, Advocacia Geral do Estado (ou Federal, se for o caso), Conselho Estadual de Direitos Humanos e o próprio órgão de execução do Programa.

A equipe técnica é a parte da estrutura do Programa que trava contato direto com os usuários na rede de proteção e, devido à especificidade da ação, é composta por profissionais de especialidades diversas: assistentes sociais, psicólogos e advogados. São eles os responsáveis pela triagem dos pedidos, acompanhamento do usuário durante sua permanência no Programa e elaboração de relatórios conclusivos sobre os casos para apreciação do Conselho Deliberativo.

Requisitos para encaminhamento de um pedido de inclusão ao programa

- Tratar-se de pessoa que colabora com investigação ou processo criminal;
- Gravidade da coação ou ameaça à integridade física ou psicológica;

- Dificuldade de prevenção da coação/ameaça através de meios convencionais;
- Importância do testemunho/depoimento para produção da prova;
- Ausência de restrição legal à liberdade ambulatória do solicitante.

Quem pode encaminhar um pedido de inclusão

- O interessado;
- O Ministério público;
- A autoridade policial que preside a investigação;
- O juiz competente para a instrução processual;
- Órgãos públicos e entidades com atuação em direitos humanos;
- Ouvidoria de Polícia;
- Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos.

Documentos que devem instruir o pedido

- Documentos comprobatórios da identidade do interessado;
- Comprovantes da situação penal do interessado (folha de antecedentes criminais e certidão criminal do juízo da comarca);
- Cópia de portaria inaugural de inquérito policial, procedimento penal investigatório do Ministério Público e da denúncia, conforme o caso;
- Cópia dos depoimentos já prestados pelo interessado sobre os fatos.

Perfil legal do usuário do Programa de Proteção

- Ser pessoa capaz de exprimir de forma livre e autônoma sua vontade (pois o ingresso na proteção é voluntário);
- Gozar de plena liberdade ambulatória legal (o que exclui pessoas contra as quais pese quaisquer espécies de prisões processuais);
- Colaborar com a apuração de delitos em sede de inquérito ou processo judicial;
- Prestar depoimento de relevância para a apuração de delitos;
- Não contar com nenhuma alternativa de resguardar sua integridade física e psicológica, a não ser ingressar na rede solidária de proteção;

- Possuir capacidade de adequar-se às rígidas normas de conduta e segurança do programa.

Forma de atuação da equipe técnica

No Brasil, diferente do que acontece em alguns países, os técnicos multidisciplinares são os responsáveis por todas as etapas de atendimento aos usuários ou solicitantes de proteção.

A experiência nacional majoritária mostra que, sendo a equipe técnica a mesma que atua tanto no momento anterior ao ingresso, quanto no posterior, cuidados especiais com a segurança devem ser intransponivelmente adotados.

As triagens, como são chamados os atendimentos aos solicitantes de proteção, são realizadas em local seguro e neutro, de forma programada e coordenada.

A postura rígida com a segurança justifica-se sob o prisma da responsabilidade que o Programa detém em manter íntegra e sigilosa a rede de proteção. Parte dos casos encaminhados para triagem não ingressam na rede de proteção pelo fato de o interessado entender que a rigidez das regras mínimas de segurança não é compatível com o seu próprio estilo de vida, o que é respeitado.

O encaminhamento ao Programa para triagem pode ser diretamente para o órgão do Governo Estadual receptor das demandas. Em Minas, o órgão receptor das demandas de proteção é a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social (SEDESE), cujo secretário, por determinação legal, é o presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA. Considerando que em Minas Gerais a maioria dos pedidos de ingresso é formulado por membros do Ministério Público, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa dos Direitos Humanos também recebe os pedidos e procede ao seu encaminhamento.

Ao receber o pedido de inclusão, a equipe técnica se encarregará de travar contato sigiloso com o interessado, com a brevidade possível, agendando a realização do procedimento de triagem.

O encaminhamento simplificado permite a ação segura e eficaz da Equipe Técnica, lembrando que evitar a compartimentação de informações é uma das regras mínimas de segurança que mantêm íntegra a rede.

Obrigações contraídas pelo usuário

- Não realizar contatos telefônicos, radiofônicos, telemáticos, eletrônicos, escritos ou pessoais com familiares ou quaisquer pessoas de seu conhecimento de forma não intermediada pela Equipe Técnica.
- Deixar definitivamente o local do conflito.
- Não realizar transações econômico-financeiras, incluindo abertura de crediários, uso de cartões, cheques, etc, salvo se autorizado por deliberação do Conselho Deliberativo.
- Restringir comportamentos extravagantes e indiscretos que exponham de alguma forma o local em que se encontra protegido (incluindo restrição ao uso de bebida alcoólica).
- Manter sigilo com relação ao local de proteção.
- Seguir à risca as determinações da equipe técnica.
- Não ausentar-se do local de proteção.

Obrigações contraídas pelo programa

- Fornecimento de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- Ajuda financeira mensal atrelada ao teto fixado pelo Conselho Deliberativo, para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- Direito de fazer-se acompanhar de advogado quando da apresentação para qualquer depoimento ou perante órgão de segurança pública. Não é prestado serviço de advocacia ao usuário, sendo que suas pendências jurídicas são encaminhadas à Defensoria Pública;
- Assistência social, psicológica, de saúde em geral e educação na rede pública com intermediação da Equipe Técnica visando a segurança da proteção dada;
- Sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- Suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar.

O réu colaborador

A Lei nº 9.807/99 previu, em seu art. 13 e seguintes, a figura do réu colaborador. Embora existam questionamentos se os réus colaboradores agregam o perfil do usuário de Programas de Proteção, é fato que em vários casos estes estão inseridos na rede de proteção de todo o país. Porém somente é possível a inclusão do réu colaborador que responda a processo em liberdade.

O art. 15 da Lei nº 9.807/99 dispõe sobre outras medidas especiais para a proteção do condenado cumprindo pena em estabelecimento prisional, uma vez que está expressamente excluído do ingresso nos Programas de Proteção.

O depoente especial

A figura do depoente especial encontra-se prevista no art. 10 do Decreto Federal nº 3.518/00, tratando-se de perfil de interessado que não preencha todos os requisitos dos Programas de Proteção Estaduais ou que tenha sido excluído deles.

No caso da proteção do depoente especial, esta é de competência Federal, através da Polícia Federal com sede em Brasília.

1.6. Tortura

Histórico da tortura no Brasil

É impossível dissociar o processo de formação econômica e política do país da prática da tortura. No período colonial, a Coroa Portuguesa delegou a empreendedores privados a exploração das capitanias hereditárias, sendo que os donatários poderiam designar capitães e governadores para as capitanias. Tais homens eram munidos de extremo poder e comando, inclusive jurisdicional. Assim, a aplicação de penas, como a de morte e a de talhamento de escravos, índios e peões, era da competência deles.

A estrutura da economia colonial era baseada na exploração de mão de obra escrava, trazida de seu continente natal, a África, durante os séculos XVI e XIX. Os negros escravos foram vítimas de toda a forma de abusos e violências, sendo convertidos em verdadeiras *mercadorias*. Predominavam os interesses dos detentores do poder econômico e político sobre os mais frágeis, poder esse conduzido sob a égide do terror e da força. Nesse contexto, a tortura era comumente empregada como forma de dominação, punição e controle.

Posteriormente, já no século XX, mais especificamente entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil vivenciou o período de ditadura militar, em grande parte sob *estado de exceção*. Nessa época, a tortura disseminou-se como instrumento político para a obtenção de informações e confissões de estudantes, jornalistas, políticos, advogados e cidadãos em geral, ou seja, contra todos os que ousavam manifestar opinião contrária à imposta pelo governo militar. Na concepção dos ditadores da época e sob forte influência norte-americana, o inimigo a ser vencido era o comunismo.

No regime democrático atual, a tortura persiste, assumindo, todavia, nova motivação. A crueldade deixa de ocorrer em razão de delitos de opinião e passa a ser empregada cotidianamente, envolvendo pessoas simples, marginalizadas socioeconomicamente. Normalmente, as vítimas de tortura são autores de crimes comuns ou que já estejam cumprindo pena por algum delito, submetidas a sofrimentos físicos e psicológicos seja dentro ou fora de estabelecimentos prisionais.

Assim, a tortura é usada como forma de obtenção ilícita de provas e/ou para incutir castigo por algum fato delituoso.

A evolução do combate à tortura

Após as atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, a comunidade internacional despertou para a necessidade de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, especialmente, através do combate à tortura e a tratamentos desumanos e degradantes.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco no processo de reconstrução da proteção dos direitos humanos, conferindo-lhes conotação internacional, abordou o tema da tortura, em seu art. 5º, ao dispor que *ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Também diversos outros documentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, foram firmados pelos Estados com o fim específico de erradicar a tortura.

Para tanto, as autoridades públicas foram impedidas de impor, instigar ou tolerar a tortura ou os maus-tratos, sendo que ordens nesse sentido são manifestamente ilegais, não podendo ser invocadas como justificativa para a tortura. Ademais, os Estados devem promover a criminalização de todos os atos de tortura, por meio da tipificação da conduta pela lei nacional, ensejando a persecução penal estatal e a punição dos responsáveis.

O Brasil, embora com bastante atraso em relação à perspectiva internacional, devido aos regimes autoritários adotados, incorporou no texto constitucional de 1988, como direito e garantia fundamental, a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5°, III, da CF/88). Não poderia ser diferente para um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e é regido nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88). Também, com tardia, foi

promulgada a lei ordinária pátria que define os crimes de tortura, Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.

Conceito de tortura

O art. 1° da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) estabelece conceito internacionalmente aceito de atos que a constituem, qual seja:

> "[…] o termo *tortura* designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram".

A lei brasileira seguiu a mesma linha na conceituação da tortura, diferenciando-se no fato de não ter delimitado o tipo penal como *crime próprio*, apenas praticado por agentes públicos ou no exercício de funções públicas internas. Assim, ampliou a sua abrangência no que se refere à responsabilização penal. Há de se frisar, entretanto, que a Lei nº 9.455/97 se limitou a criminalizar a conduta, quando poderia ir mais além, estabelecendo expressamente a responsabilidade civil do Estado pelos atos delituosos de seus agentes.

Não obstante essa evolução do arcabouço jurídico, a mentalidade de muitos agentes públicos e da própria sociedade ficou estagnada. O próximo passo a ser dado é o da efetiva realização das normas no contexto fático, bem como da definitiva mudança da cultura histórica de tolerância e conivência com a prática da tortura.

A apuração da tortura - Questões probatórias

O crime de tortura, assim como o de abuso de autoridade, é, em regra, praticado por agente do Estado e sem a presença de testemunhas. Ante tal fato, o depoimento da vítima é de suma importância para a apuração do crime, porque esse será, em muitos casos, a prova principal, juntamente com a perícia médica e/ou psicológica.

Os depoimentos devem ser conduzidos de maneira sensível, atentando-se para o estado emocional e físico do depoente, a fim de se evitar qualquer tipo de nova traumatização. É necessário que o interrogador transmita confiança ao interrogado, o que pode ser alcançado iniciando-se a oitiva falando sobre outros assuntos que não a violência sofrida pela vítima e entrando gradualmente na discussão de tais assuntos específicos e relevantes.

Conforme ensina Conor Foley, em *Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público*, no que tange, em especial, à tortura praticada dentro de algum estabelecimento, as seguintes informações devem ser registradas:

- localização da sala na instituição: O depoente teve que subir ou descer escadas? Em caso afirmativo, aproximadamente quantos degraus ou lances de escada; o que pode ouvir ou cheirar; havia algum marco no caminho; a sala possuía janela, podia-se ver algo do lado de fora?
- a sala em si: Qual era o tamanho; havia paredes, assoalho, teto, porta feita de; qual era o formato da sala; havia alguma característica incomum ou inconfundível nela?
- outras pessoas mantidas na sala: Havia outras pessoas sendo mantidas lá? Se sim, quantas; algumas delas são possíveis testemunhas; teriam notado algo sobre o estado de saúde da suposta vítima; qual era o estado de saúde das outras pessoas mantidas na sala?

- isolamento: Se o depoente foi mantido em isolamento, por quanto tempo e de que maneira?
- conteúdo da sala: O que havia na sala – cama, móveis, sanitário, pia?
- clima da sala: Como era a temperatura: havia ventilação; umidade?
- iluminação: Havia alguma iluminação? Era luz natural de uma janela ou luz elétrica; se era luz elétrica, por quanto tempo ficava acesa; cor, intensidade da luz.
- higiene: Havia instalações para higiene pessoal; onde e como o depoente ia ao sanitário ou tomava banho; como era a higiene do local em geral; havia algum tipo de infestação?
- comida e água potável: Com que frequência e qual a quantidade de comida e água ele recebia; como era a qualidade; quem trazia; era fornecida gratuitamente?
- serviços médicos: Havia um médico ou outro profissional de saúde presente ou disponível; o depoente foi examinado ou tratado em um consultório médico separado, por exemplo, por um médico de família ou hospital; havia remédios disponíveis; em caso afirmativo, quem os fornecia?
- visitas familiares: O depoente teve oportunidade de receber visitas de familiares; em caso afirmativo, onde ocorreram; as conversas podiam ser ouvidas por terceiros; a família sabia onde o depoente estava?
- representação legal: O depoente teve acesso a representante legal? Quando teve esse acesso pela primeira vez, isto é, quanto tempo depois de o depoente ter sido preso pela primeira vez? Com que frequência essa assistência era prestada? Quando ocorriam essas visitas, as conversas podiam ser ouvidas por terceiros?
- comparecimento perante membro do Judiciário: O depoente foi apresentado a um magistrado ou tribunal? Quando? Isto é, quanto tempo depois de ter sido preso?
- suborno: o depoente teve de pagar suborno por alguma coisa e alguém pediu suborno em algum momento?

Deve-se ter presente que tortura e maus-tratos também podem ocorrer fora da instituição e o profissional que toma o depoimento deve assegurar que se incluam todas as supostas violências que a vítima alega ter sofrido, tanto físicas quanto psicológicas, independentemente de onde aconteceram.

A perícia médico-legal

O Protocolo de Istambul, denominado *Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e de outras formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Castigo ou Punição*, de 9 de agosto de 1999, consiste no documento mais completo que subsidia os examinadores forenses sobre como devem proceder para identificação, caracterização e elucidação do crime de tortura. Dessa forma, pautados nesse documento, discorreremos acerca da perícia nesse delito.

Competência, imparcialidade, independência, prontidão e rigor são os princípios fundamentais de qualquer inquérito eficaz na apuração de tortura. Estes elementos podem adaptar-se a qualquer sistema jurídico e deverão orientar todas as investigações relativas a alegados casos de tortura.

O objetivo geral de um inquérito consiste em apurar os fatos relativos a alegados casos de tortura, a fim de identificar os responsáveis pelos ocorridos e facilitar a sua acusação no âmbito de um processo penal.

Os peritos médicos envolvidos na investigação de tortura ou maus-tratos deverão pautar a sua conduta, em todos os momentos, de acordo com os princípios éticos mais rigorosos, devendo, em particular, obter o consentimento esclarecido da pessoa em causa antes da realização de qualquer exame. Os exames devem ser efetuados em conformidade com as regras estabelecidas de prática médica e num clima de confiança, com paciência e cortesia, compreendendo-se que as vítimas de tortura, na maioria das vezes, mostram-se arredias,

desconfiadas e abaladas, em face das situações vergonhosas e humilhantes por que passaram.

Ademais, os exames deverão ser efetuados preferencialmente em local privado, sob o controle do perito médico e nunca na presença de agentes de segurança ou outros funcionários governamentais. De fato, a presença de tais pessoas intimidaria a vítima, inviabilizando a idoneidade do laudo.

O perito médico-legista deve observar as recomendações específicas do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura; para a realização de exames de lesões corporais nos casos de tortura, são elas:

- Valorizar, de maneira incisiva e técnico-científica, o exame esquelético-tegumentar da vítima.
- Descrever, detalhadamente, as localizações e as características de cada lesão (qualquer que seja o seu tipo e extensão), localizando-a, precisamente, na sua respectiva região anatômica.
- Registrar em esquemas corporais todas as lesões eventualmente encontradas.
- Detalhar, em todas as lesões, independentemente de seu vulto, a forma, idade, dimensões, localização e outras particularidades (como, por exemplo, o sentido de produção da lesão).
- Fotografar todas as lesões e alterações encontradas no exame externo ou interno, dando ênfase àquelas que se mostram de origem violenta.
- Radiografar, quando possível, todas as regiões e segmentos anatômicos agredidos ou suspeitos de ter sofrido violência.
- Conferir permanente atenção e cuidados para o exame das vestes e outras peças acessórias do vestuário da vítima, com ênfase para identificação, colheita, acondicionamento e preservação de evidências (manchas, marcas, pelos, fibras têxteis etc.) encontradas junto à estrutura dos tecidos componentes dessas vestes e peças. Deve haver rotina prevista para o encaminhamento dessas amostras para os exames periciais complementares, que se constituirão parte importante do laudo de lesões corporais.
- Examinar a vítima de tortura sem a presença dos agentes de custódia.
- Trabalhar, quando possível e necessário, sempre em equipe multidisciplinar.
- Usar os meios subsidiários de diagnósticos disponíveis e indispensáveis, com destaque para os exames psiquiátricos e psicológicos, odontológicos, histopatológicos e toxicológicos.

Concluída a perícia, o técnico deverá elaborar imediatamente um relatório escrito rigoroso, que deverá incluir, no mínimo, os seguintes elementos:

- As circunstâncias em que decorre o exame – nome da pessoa examinada e nome e função de todos quantos estejam presentes no exame; hora e data exatas do exame; localização, natureza e morada (incluindo, se necessário, a sala) da instituição onde se realiza o exame (por exemplo, estabelecimento prisional, clínica, casa particular); condições em que se encontra a pessoa no momento do exame (por exemplo, natureza de quaisquer restrições que lhe tenham sido impostas quando da chegada ao local do exame ou no decurso deste, presença de forcas de segurança durante o exame, comportamento das pessoas que acompanham o detido, ameaças proferidas contra a pessoa que efetua o exame) e quaisquer outros fatores relevantes;
- Histórico – registro detalhado dos fatos relatados pela pessoa em causa no decurso do exame, incluindo os alegados métodos de tortura ou maus-tratos, momento em que alega ter ocorrido a tortura ou os maus-tratos e todos os sintomas físicos ou psicológicos que a pessoa afirme sofrer;
- Observações físicas e psicológicas – registro de todos os resultados obtidos na sequência do exame, físico e psicológico, incluindo os testes de diagnóstico apropriados, e, sempre que possíveis, fotografias a cores de

todas as lesões;

- Parecer – interpretação quanto à relação provável entre os resultados do exame físico e psicológico e a eventual ocorrência de tortura ou maus-tratos. Deverá ser formulada uma recomendação quanto à necessidade de qualquer tratamento médico ou psicológico ou exame ulterior;
- Autoria – O relatório deverá identificar claramente as pessoas que procederam ao exame e deverá ser assinado.

O Ministério Público ante a perícia

O Promotor de Justiça deve estar atento para a completude da perícia e do laudo técnico e do respeito dos peritos aos princípios que norteiam seu trabalho.

Se for necessária a apresentação de quesitos ou de pedido de esclarecimentos do relatório, as perguntas podem ser estruturadas da seguinte forma:

- há achados médico-legais que caracterizem a prática de tortura física?
- há indícios clínicos que caracterizem a prática de tortura psíquica?
- há achados médico-legais que caracterizem execução sumária?
- há evidências médico-legais que sejam características, indicadoras ou sugestivas de ocorrência de tortura contra o(a) examinado(a), que, no entanto, poderiam excepcionalmente ser produzida por outras causas?

Na prática, a perícia em casos de tortura, sevícia ou maus-tratos, principalmente quando as vítimas estão sob tutela judicial, muitas vezes, não elucida a ocorrência desse crime de evidências difíceis pela sofisticação dos meios utilizados e pela conivência dos agentes do poder em omitir tais ocorrências, não enviando as vítimas aos órgãos especializados da perícia oficial. Acrescente-se a isso o temor e a dificuldade que as vítimas têm de denunciar seus agressores e a escassez de recursos materiais e humanos, principalmente no que tange à devida especialização dos peritos, imprescindíveis à demonstração da conduta delitiva.

O monitoramento de locais de detenção – O Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura da ONU

O Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura da ONU, do qual o Brasil também é signatário, estabelece a finalidade de sua criação:

> "Art. 1º - O objetivo do presente protocolo é estabelecer sistemas de visitas periódicas a cargo de órgãos internacionais e nacionais independentes aos lugares em que se encontrem pessoas privadas de liberdade, com o fim de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes".

Para tanto, prevê a criação, em âmbito internacional, de um Sub-comitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Tal Sub-comitê é composto por dez membros independentes indicados e eleitos pelos Estados-Partes, com poderes para ter acesso não somente aos estabelecimentos prisionais, que incluem as Delegacias de Polícia com carceragem, mas também a qualquer centro para solicitantes de asilo, campos militares, centros de internação de adolescentes infratores, hospitais psiquiátricos e zonas de trânsito em aeroportos internacionais.

O Protocolo prevê a criação de mecanismos nacionais independentes, cabendo a cada Estado a obrigação de criação, manutenção e designação de tais mecanismos (art. 17). No Brasil, em âmbito interno, um Comitê foi

instituído e está fomentando a criação de mecanismos similares nos estados federados através de iniciativa da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), não tendo o Estado de Minas Gerais concretizado, até o presente momento, tal mecanismo.

O CAO-DH tem participado da discussão sobre a implementação de tais mecanismos preventivos junto a SEDH e ao Comitê Nacional, assessorando o Procurador-Geral de Justiça, que representa o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais naquele comitê.

Ademais, em contato com a ONG *Associação para a Prevenção da Tortura (APT)*, sediada em Genebra, órgão com *status* consultivo da ONU, OEA, Comissão Africana, Conselho da Europa e da SEDH, o CAO-DH conseguiu autorização para disponibilizar, em sua página no *site* institucional, a publicação do *Monitoramento de Locais de Detenção: um guia prático*, editado pela gráfica Abrax, França, tratando-se de tradução da obra original publicada em inglês pela APT no ano de 2004, sob o título *Monitoring places of detention: a practical guide*.

Esse guia contém dicas e roteiros práticos para a melhoria de fiscalização e monitoramento dos locais em que pessoas se encontrem privadas de liberdade, sendo um material valioso para a atuação do Ministério Público e de outros órgãos e instituições na erradicação da tortura e dos tratamentos desumanos.

Considerando a possibilidade de consulta na íntegra de tal publicação no site institucional, na página do CAO-DH, apresentarei alguns aspectos e orientações relevantes desse material, com as adaptações necessárias à nossa realidade estadual.

Conceitos

Para a adequada compreensão dos objetivos do monitoramento propostos pelo Protocolo Facultativo e pelo guia prático da APT, impõe-se a definição de alguns conceitos básicos. Para tanto, apontaremos os de maior relevância para a atuação funcional do membro do Ministério Público.

Monitoramento de locais de detenção

Processo temporal de investigação e fiscalização regular, através de visitas ao local e entrevistas com as pessoas privadas de liberdade, de todos os aspectos da detenção. Tal atividade, investigativa e fiscalizatória, poderá abranger, ou não, a totalidade das categorias de detentos que se encontrem em um ou mais lugares de detenção.

O monitoramento implica necessariamente encaminhamento, divulgação e transmissão dos resultados aferidos pelo sistema de visitas às autoridades, órgãos e atores envolvidos na proteção das pessoas privadas de liberdade, nacionais e internacionais. O monitoramento visa também à expedição de orientações e recomendações às autoridades competentes pela custódia das pessoas privadas de sua liberdade.

Detento

Tal expressão possui uma pluralidade de conceitos de acordo com o país em que é empregada, bem como em documentos internacionais. Muitas vezes, é utilizada de forma a identificar aquele que se encontra com a sua liberdade de ir e vir privada, previamente a seu julgamento, ou em razão de prisão administrativa, onde houver. Para fins do Protocolo e do guia prático, tal expressão é utilizada no sentido mais amplo possível, contemplando quaisquer pessoas privadas de liberdade como resultado de prisão administrativa, prisão cautelar, temporária ou em razão de condenação transitada em julgado e sua reclusão em algum lugar de detenção.

Lugar de detenção

Da mesma forma que a expressão *detento*, aqui se busca o conceito amplo desse termo, referindo-se a qualquer lugar em que uma pessoa encontra-se privada de sua liberdade de ir e vir, tais como delegacias,

cadeias públicas, presídios, penitenciárias, centros de internação de adolescentes, instituições psiquiátricas, cárceres ou celas de uso militar, entre outros lugares.

Visita

O termo *visita* deve ser entendido não somente como o deslocamento para o local a ser monitorado, o ingresso e a circulação por seu interior, mas também a sua preparação e acompanhamento.

O monitoramento

A privação da liberdade é medida extrema e atinge diretamente direito fundamental do indivíduo, que tem sua liberdade de ir e vir cerceada, em razão de previsão legal e do respeito ao *due process of law* (devido processo legal). Entretanto, a dignidade da pessoa humana deve sempre ser resguardada, principalmente em relação às pessoas que se encontrem em tal situação excepcional.

A privação da liberdade pode se dar em local público ou privado, devidamente respaldada por autorização judicial, independe da vontade da pessoa submetida a tal medida.
Na página 21 do guia prático referido anteriormente, encontramos alguns exemplos de situações de privação de liberdade, as quais serão apresentadas com adaptações à nossa especificidade legislativa e com acréscimo de outras:

- detenção provisória (prisão temporária);
- prisão em flagrante antes da comunicação ao juízo;
- prisão preventiva (custódia cautelar);
- condenados definitivos;
- internação provisória ou definitiva de adolescentes infratores;
- internação involuntária psiquiátrica (que deve ser comunicada ao MP);
- medidas de segurança;
- detenção como sanção disciplinar na esfera militar.

Há de se ressaltar que, consoante dispõe o art. 6° das Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução nº 45/110 de 1990, a detenção preventiva não deve ser utilizada de forma sistemática, mas sim como "[...] último recurso, tendo-se em conta a investigação do suposto delito e a proteção da sociedade e da vítima".

Para que se otimize o monitoramento de locais de detenção como forma de erradicação da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes, impõe-se a adoção de algumas medidas, como a existência de um marco legal (no Brasil, a Lei de Tortura), a capacitação de recursos humanos e a disponibilidade de recursos financeiros e materiais.

Ademais, é de suma importância o engajamento de diversos atores e a implementação de mecanismos que reforcem tal fiscalização, tais como serviços de inspeção interna, ONGs, mecanismos internacionais, advogados e a própria OAB, controle judicial, fiscalização rigorosa do Ministério Público, ouvidorias, organizações de direitos humanos, etc.

Frisa-se que o monitoramento abrange todos os aspectos da detenção, ou seja, medidas jurídicas e administrativas aplicadas internamente aos locais de detenção, às condições de vida durante a detenção, à

assistência prevista na Lei de Execução Penal e normas internacionais e à relação entre detentos e a direção e funcionários do estabelecimento.

A importância de tal rotina se deve às frequentes violações dos direitos humanos das pessoas sujeitas à privação de sua liberdade, que, além de se encontrarem em situação vulnerável, estão isoladas da visão da sociedade e dependentes quase exclusivamente das pessoas responsáveis por sua custódia.

Trata-se de uma ação complexa e sensível, visto que envolve pessoas em situações muitas vezes de tensão. Para tanto se impõe a necessária observância de princípios básicos adaptados pela APT do *Professional Trainning Series nº 7, Training Manual on Human Rights Monitoring*, New York, Geneva, 2001 (Manual de Capacitação para a Fiscalização dos Direitos Humanos das Nações Unidas), do Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU. São eles:

- não causar danos;
- ter prudência e sensatez;
- ter respeito pelas autoridades e pelo corpo técnico das prisões;
- ter respeito às pessoas privadas de liberdade;
- ter credibilidade;
- respeitar o sigilo de informações;
- respeitar a segurança;
- ser consistente, persistente e paciente;
- ser exato e preciso;
- ser sensível;
- ser objetivo;
- comportar-se com integridade;
- ser visível.

Como monitorar?

A maneira indicada para a realização desse monitoramento é a *visita*, impondo-se a necessidade de criação de um programa de visitas, que ocorreriam rotineiramente, sendo que cada uma deverá respeitar os seguintes estágios: preparação, visita e monitoramento.

Para a elaboração do programa proposto, são necessários, primeiramente, a formação de uma equipe multidisciplinar (formada na Comarca ou do CEAT) e o levantamento dos lugares onde se encontram as pessoas privadas de liberdade que se insiram na definição de detentos. Posteriormente, deve-se avaliar a conveniência, oportunidade e possibilidade de visitas anunciadas ou não. Havendo pluralidade de lugares, convém estabelecer uma ordem de visitação e, para que os trabalhos sejam producentes e otimizados, de acordo com o objetivo a que se propõem, devem ser estabelecidas a duração máxima e a frequência das visitas.

A escolha dos lugares a serem monitorados e o estabelecimento de prioridades dependerá de alguns fatores, tais como o grande número de queixas que cheguem ao conhecimento do Promotor, provenientes do mesmo estabelecimento, o perfil das pessoas recolhidas (adolescentes, mulheres, idosos, etc), lotação, entre outros.

A duração das visitas deverá ser suficiente para que se realize um trabalho com o grau de profissionalismo que

a situação exige. Assim, o tempo gasto com a visita deve permitir que a equipe possa estabelecer contatos com a direção do estabelecimento, com os funcionários e com uma amostra representativa das pessoas detidas, bem como examinar as condições de vida e das instalações.

A frequência com que tais visitas se realizarão deverá atentar ao tipo e às peculiaridades do lugar de detenção. Fatores como superlotação, reiteradas reclamações de abuso de autoridade, tortura, maus-tratos e deficiência assistencial devem ser levados em consideração. É importante também avaliar a produtividade de visitas reiteradas, pois elas quebram a rotina interna do estabelecimento, atrapalhando o trabalho da direção e dos funcionários, nem sempre trazendo resultados satisfatórios.

A escolha de uma equipe para realizar tais visitas é de suma importância. A necessidade de uma equipe multidisciplinar se deve ao fato de o monitoramento, proposto através do estabelecimento de uma rotina de visitas, visar à avaliação da detenção como um todo, ou seja, as questões jurídicas afetas à execução da medida privativa de liberdade e às condições de vida e instalações do estabelecimento. A composição ideal, além do Promotor e eventual equipe de apoio de que disponha a Promotoria, deve agregar um médico (nas Comarcas do interior, sugere-se a obtenção de tal profissional junto à Secretaria Municipal de Saúde), especialmente em locais em que tenham sido noticiados abusos e torturas. Outros profissionais, como engenheiros, psicólogos e assistentes sociais também possuem qualificação compatível com o perfil proposto.

O tamanho da equipe responsável pela visita deverá ser balizado de acordo com o seu objetivo, com o conhecimento sobre o estabelecimento e seus problemas, com o tamanho físico e o número de pessoas privadas de liberdade no local e, por fim, conforme quaisquer entraves que sejam colocados pelas autoridades por ele responsáveis.

Há de se frisar que o CEAT dispõe de equipe capacitada para a realização de vistorias nos estabelecimentos em que pessoas estejam privadas de liberdade. Ocorre que não se pode contar apenas com essa equipe, seja pela limitação pessoal, seja pelo expressivo número de pedidos solicitados àquele centro. Assim, sugere-se que a formação de tal equipe seja feita junto às prefeituras locais.

Após a realização da visitas e a elaboração de relatórios das visitas, devem ser noticiadas as conclusões da inspeção à direção do estabelecimento, bem como aos órgãos afetos a administração e fiscalização deste. Após, devem ser expedidas recomendações para a adequação das irregularidades apontadas, com prazo razoável para o cumprimento. Poderá ainda ser avaliada, caso a caso, a possibilidade de celebração de TAC. Como última medida, deve ser ajuizada a Ação Civil Pública para sanar as irregularidades constatadas e não sanadas. No item de *peças* deste capítulo, encontra-se modelo de recomendação e ação cautelar inominada que pode ser utilizado como modelo de atuação.

1.7. A questão da violência arbitrária (art. 322 do Código Penal), do exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do Código Penal) e do abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65)

Com o advento da Lei nº 4.898/65, em plena ditadura militar, que dispõe sobre o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal em relação à prática do delito de abuso de autoridade, surgiu a discussão acerca da possível revogação dos arts. 322 e 350 do Código Penal, uma vez que esta lei, em seu art. 3º, "i", e art. 4º, "a", "b", "i", teria englobado as condutas anteriormente disciplinadas.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o crime de violência arbitrária, tipificado em seu art. 322, consiste no uso indevido do *status* conferido a cargo ou função pública desempenhada para justificar atitude violenta. Já os atos de poder que resultem em restrição à liberdade individual sem amparo legal, ou sem obedecer às formalidades exigidas por lei, caracterizariam a figura do abuso de poder (art. 350 do CP).

A Lei nº 4.898/65, por sua vez, no art. 3º, dispõe que constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/1979).

Em seu art. 4º, preceitua que constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

No que tange à matéria, portanto, há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos sobre o tema.

De um lado, alguns defendem a revogação dos dispositivos do Código Penal pela Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que esta traz disposições específicas sobre a matéria tratada, enquanto outros doutrinadores, embora admitam que em partes a matéria foi absorvida pela lei nova, sustentam que não há dispositivos que disponham sobre os incisos I, II e IV do parágrafo único do art. 350 do Código Penal. Já quanto ao art. 322, os doutrinadores que defendem a sua permanência entendem que a violência arbitrária consistiria num ato realizado sem nenhum respaldo legal, acobertada sob o pretexto da função que o agente desenvolve, enquanto o abuso de autoridade se caracterizaria pelo excesso durante o cumprimento de uma determinação legal, ou seja, uma ação que ultrapassa os limites do ato autorizado.

Nesse sentido, o Juiz Lauro Malheiros discorre que "o art. 322 do Código Penal não mais pode servir de suporte condenatório porque se acha revogado pela Lei nº 4.898/65. Trata-se de lei que regulou inteiramente a punição dos crimes de abuso de poder, classe a que pertence o denominado delito de violência arbitrária[1)]".

Adota o mesmo posicionamento o penalista Damásio de Jesus:

> "O art. 350 do CP, que define o crime de *exercício arbitrário ou abuso de poder*", foi parcialmente revogado pelo art. 4º, da Lei nº 4.898/65. Trata-se de revogação tácita. O art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, diz que *a lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*. Assim, o *caput* e o n. III do art. 350 foram revogados pelas normas das alíneas 'a' e 'b' do art. 4º, permanecendo em vigor os demais incisos"[2)].

O STF se manifestou a favor da vigência do art. 322 do Código Penal, ao decidir que "o crime de violência arbitrário, previsto no art. 322 do Código Penal, não foi revogado pela Lei nº 4.898/65" (Supremo Tribunal Federal. RE. Relator Oswaldo Trigueiro. Rev. dos Tribunais. 449/504).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem julgado conforme essa linha doutrinária:

> "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PREVARICAÇÃO - PUNIBILIDADE EXTINTA - PECULATO - AUSÊNCIA DE PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO - VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA - DELITO DEVIDAMENTE ATESTADO - CONDENAÇÃO LANÇADA - RECOMENDAÇÃO FEITA. Constatando-se que a prescrição incide sobre um dos delitos imputados a um dos réus, tendo em conta a pena privativa máxima prevista na norma incriminadora, cumpre, desde logo, declarar a extinção da punibilidade de referida infração. Se a acusação pelo peculato é embasada somente em elementos do inquérito, havendo provas judiciais que os mitigam, impende solucionar a dúvida em favor dos indigitados. Devidamente atestada a VIOLÊNCIA empregada pelos Policiais Civis em ato de prisão ARBITRÁRIA, buscando os agentes obter a qualquer custo a confissão desejada, possível a condenação de todos eles nas iras do delito do art. 322 do CP, ainda vigente. Constatando-se que a condenação operada em segunda instância está fulminada pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, com fulcro na pena aplicada, recomenda-se ao julgador primevo analisar a questão. Preliminar suscitada apelo parcialmente acolhido e recomendação feita. (Número do processo: 1.0027.96.003522-1/001(1). Relator: EDIWAL JOSÉ DE MORAIS. Data do Julgamento: 31/10/2007. Data da Publicação: 21/11/2007)"

»"EMENTA: A **violência arbitrária**, tipo do art. 322 do CP, é entendida como aquela ilegalidade do funcionário público que, violando o Direito da Administração Pública, age arbitrariamente, isto é, sem autorização de qualquer norma legal que lhe justifique a conduta, contra o cidadão, não está compreendida no 'atentado à incolumidade física do indivíduo', tipo inscrito no art. 3º, 'i', da Lei nº 4.898/65, norma referente ao abuso de autoridade ou exercício arbitrário de poder, pela qual o funcionário, ao executar sua atividade, excede-se no Poder Discricionário, que facultaria a escolha livre do método de execução, ou desvia, ou foge da sua finalidade, descrita na norma legal que autorizava o Ato Administrativo, ocorrendo aí uma lesão de direito que no campo penal toma forma de abuso de poder ou exercício arbitrário de poder. Precedentes do STF e TJMG. (TJMG.1ª C.

Ap. 1.0024.98.085532-4/001. Rel. Sérgio Braga. pub. 23/11/2004)"

> "EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA - Delito que não se enquadra no rol das infrações de menor potencial ofensivo, previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01 - *Emendatio libelli* - Momento processual - Sentença - art. 322 do CP - Revogação pela Lei nº 4.898/65 - Inocorrência - Precedentes do STF - *O crime de VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA previsto no art. 322 do CP não foi revogado pela Lei nº 4.898/65* - Conflito conhecido, dando-se pela competência do juízo suscitado (9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Número do processo: 1.0000.04.415093-6/000(1). Relator: GUDESTEU BIBER. Data do Julgamento: 07/06/2005. Data da Publicação: 14/06/2005)"

Desse modo, nota-se que a jurisprudência utilizou a distinção entre as condutas tipificadas para delimitar a aplicação destas, incidindo, ainda, na discussão relativa à diferença da pena prevista em abstrato no art. 322 do Código Penal, que é maior do que a prevista na Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 4.898/65.

O crime do art. 209 do Código Penal Militar e a Lei de Abuso de Autoridade

É importante ressaltar que, por não estar tipificado no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade é da competência da Justiça Comum. Contudo, o delito de lesão corporal dolosa praticada por militar é da competência da Justiça Especializada. Existindo a conexão entre ambos, aplica-se o preceito do art. 79, I, do CPP, que autoriza a separação e o desmembramento do processo. Portanto, não há que se falar em afronta ao princípio do *ne bis in idem*, já que se trata de infrações de natureza distinta com legislação específica e juízos distintos. Tal entendimento está sedimentado nas decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ALEGAÇÃO DE DUPLICIDADE DE PROCESSOS SOBRE OS MESMOS FATOS. CRIMES DE NATUREZA COMUM E CASTRENSE. CUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA JUSTIÇA ESTADUAL. COISA JULGADA MATERIAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. Eventual reconhecimento da coisa julgada ou da extinção da punibilidade do crime de abuso de autoridade na Justiça comum não teria o condão de impedir o processamento do Paciente na Justiça Castrense pelos crimes de lesão corporal leve e violação de domicílio. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, por não estar inserido no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade seria da competência da Justiça comum, e os crimes de lesão corporal e de violação de domicílio, por estarem estabelecidos nos arts. 209 e 226 do Código Penal Militar seriam da competência da Justiça Castrense. Precedentes. 3. Ausência da plausibilidade jurídica dos fundamentos apresentados na inicial. 4. *Habeas corpus* indeferido. (HC 92912/RS. RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 20/11/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma)"

Portanto, por serem as condutas disciplinadas por diplomas diferentes, cada qual designando competência e procedimento específico, não se pode considerar sensato que sejam avaliadas pelo mesmo juízo, ainda que derivadas de um mesmo ato, podendo ser consideradas em separado.

[1)] MALHEIROS, Lauro. Tacrim-SP-Rec. **Revista Tribunais**, nº 436/410.

[2)] JESUS, Damásio de. Do abuso de Autoridade. **Revista Justitia**. p. 59-48.

1.8. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

O constituinte de 1988, ao atribuir no art. 129, VII, da CF/88, o exercício do Controle Externo da Atividade Policial ao Ministério Público, pretendeu que o órgão ministerial atuasse, de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa, sempre que os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis do cidadão e da sociedade fossem objeto de violação, supressão ou ameaça plausível, por parte das forças policiais.

Dessa forma, o controle externo deve ser entendido como instrumento de realização do poder punitivo do Estado. Seu objetivo é dar ao Ministério Público um comprometimento maior com a investigação criminal e, consequentemente, um amplo domínio e lisura na produção da prova, a qual lhe servirá de respaldo na eventual propositura da ação penal pública, bem como na propositura pelo ofendido da ação penal privada.

Ademais, não só a proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como preconizado e tutelado pela Constituição da República, deve ser objeto da atenção e do labor do Ministério Público. Na atividade de controle externo das atividades policiais, deve-se zelar também pelo respeito à legalidade, legitimidade, licitude e efetividade dos trabalhos investigativos desenvolvidos pela polícia judiciária, bem como pelo policiamento ostensivo exercido pelas polícias militares. Há de se registrar que a Promotoria de Defesa de Direitos Humanos da Capital, ao exercer também a fiscalização da atividade policial, não tem se cingido ao conceito restrito de tal papel, exercendo a fiscalização da atividade de bombeiros militares, policiais civis em funções junto ao DETRAN e agentes penitenciários.

A ONU, por sua Assembleia Geral, editou, em 17 de dezembro de 1979, o *Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Aplicação da Lei (CCEAL)*, através da Resolução nº 34/169, refletindo a preocupação mundial com as violações de direitos, regularmente praticadas por funcionários encarregados da aplicação da lei. Tal código preceitua:

> "Art. 1º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem sempre cumprir o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que sua profissão requer.
> Art. 2º: No cumprimento do dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos humanos de todas essas pessoas.
> Art. 3º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando estritamente necessária e na medida exigida para o cumprimento de seu dever.
> Art. 4º: Os assuntos de natureza confidencial em poder dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem ser mantidos confidenciais.
> Art. 5º: Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, nenhum destes funcionários pode invocar ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como o estado de guerra ou uma ameaça de guerra, ameaça à segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradante.
> Art. 6º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem garantir a proteção à saúde de todas as pessoas sob sua guarda e, em especial, devem adotar medidas imediatas para assegurar-lhes cuidados médicos, sempre que necessário.
> Art. 7º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer quaisquer atos de corrupção. Também devem opor-se vigorosamente e combater todos estes atos.
> Art. 8º: Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar a lei e este código. Devem, também, na medida das suas possibilidades, evitar e opor-se com rigor a qualquer violação da lei e deste código.
> Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei que tiverem motivos para acreditar que houve, ou que está para haver, uma violação deste Código devem comunicar o fato a seus superiores e, se necessário, a outras autoridades competentes ou órgãos com poderes de revisão e reparação".

No Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou recentemente, por meio da Resolução nº 20/07, o exercício do controle da atividade policial pelos seus membros. De acordo com a resolução, o controle deve ser exercido de duas formas: na forma difusa, pelos promotores com atribuição criminal, e na concentrada,

através dos membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público. Antes de editada esta resolução, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, LC nº 45/1993, trazia contornos do modo como se deveria efetivar o controle da atividade policial pelos membros do órgão ministerial. Apesar de existirem leis que disciplinavam a matéria no âmbito dos estados, estas não esgotavam as formas sobre as quais deveria ser exercida essa função, sendo necessária a aplicação subsidiária da lei complementar referida.

Assim, deve o controle externo ser exercido sobre a instauração, o desenvolvimento e o resultado dos trabalhos persecutórios da polícia judiciária bem como sobre as atividades repressivo-preventivas exercidas pela polícia ostensiva e toda função atinente ao trato com o cidadão e a população em geral, mas nunca sobre a estrutura hierárquica ou os assuntos referentes ao âmbito administrativo interno da polícia.

Mesmo em situações excepcionais, como a decretação do estado de defesa, ou de sítio, cabe a responsabilização civil, criminal e administrativa do agente político (membro do poder público), dos agentes públicos e serventuários civis ou militares, que venham a cometer abusos, desvios ou praticar excessos.

No que tange às atividades praticadas pelas Polícias Civil e Militar, suas *atividades-meio* devem estar excluídas desse controle para que não se interfira no chamado controle interno.

Em tais casos, a própria administração pública detém o poder de controlar os seus próprios atos, através da chamada autotutela administrativa, de acordo com entendimento da Súmula nº 473, editada pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, por que deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Conclui-se que o controle da atividade policial atua buscando promover maior transparência, eficácia e celeridade da atividade policial, não adentrando na organização interna dos órgãos relacionados às atividades investigativas desenvolvidas. Tal instrumento é indispensável na construção de um Estado Democrático de Direito que pretende a realização plena dos direitos e garantias fundamentais.

O poder investigatório do Ministério Público

Atualmente, setores ligados às forças policiais, em especial à polícia civil, questionam a legitimidade da investigação feita pelo Ministério Público. Há os que entendem que a função investigativa constitui atribuição exclusiva da polícia judiciária, de acordo com o art. 144 da CF/88, e, portanto, a investigação pelo órgão ministerial estaria invadindo o âmbito de atuação da instituição policial, de modo a interferir negativamente no desempenho da atividade dessa. O STF já se pronunciou nesse sentido, em acórdão relatado pelo ex-ministro Nelson Jobim (RHC nº 81.326, j. em 05/02/2003). Entretanto, a decisão da Corte superior foi restrita ao caso, não servindo para embasar nenhuma posição definitiva acerca da questão.

A maioria da doutrina, entretanto, entende que a Constituição teve como finalidade apenas delimitar as atribuições investigatórias da polícia em tal dispositivo, não pretendendo afastar a possibilidade de que outros órgãos pudessem investigar infrações penais. Defendem que a parcela dessa atividade investigativa assumida pelo Ministério Público é decorrente do art. 129, VIII, da Constituição Federal e esconde o interesse da sociedade na busca pela verdade real. Não se trata de invasão de competência, mas sim de complementação. Desta forma, a investigação a ser realizada pelo Ministério Público não tem a pretensão de substituir o papel da polícia judiciária, tampouco de comprometer a função a ser assumida pelo órgão no desenvolvimento da ação penal. Assim, não se pode falar que tal atividade irá comprometer a imparcialidade característica da atuação do membro do MP, uma vez que objetiva tão-somente esclarecer os contornos do fato a ser analisado e discutido em fase judicial.

Clémerson Merlin Cléve ainda acrescenta:

> "É preciso afastar argumentos apaixonados que insistem numa equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é disto que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados, em princípio, da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial".[1)]

O debate sobre o tema ressurgiu com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84548 no Superior Tribunal Federal. O paciente fora denunciado pelo homicídio do então Prefeito de Santo André, com base em investigações realizadas pelo Ministério Público. Tal fato ensejou a proposição da ADin nº 3.309-3, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia, pleiteando a declaração pelo STF da inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Ministério Público, que confere a este poder investigatório. A ADin recebeu parecer contrário da Advocacia-Geral da União. O julgamento do Habeas Corpus está suspenso, com votação parcial de 3×2, sendo que a maioria dos ministros que já votaram entenderam que a Constituição não impede a realização de investigação pelo Ministério Público.

Diante da controvérsia, merece destaque a carta recebida pelo então presidente da Suprema Corte, ministro Nelson Jobim, no dia 1º de setembro de 2004, enviada pela Secretária-Geral da Anistia Internacional, Irene Khan:

> "Atualmente, no Brasil, a grande maioria dos crimes de direitos humanos é investigada por policiais, muitas vezes lotados no mesmo batalhão ou delegacia de polícia que o perpetrador. Isso tem contribuído, na melhor das hipóteses, para uma imagem de corporativismo na impossibilidade de construir casos para julgamento. Na condição de órgão independente do Executivo, o Ministério Público é um dos únicos, senão o único, organismo independente capaz de, atualmente, realizar tais investigações no Brasil".

A efetivação possível da fiscalização da atividade policial

Há de se ressaltar que as infrações cometidas por policiais no exercício da função pública ou em razão dela devem, dependendo de sua gravidade e repercussão, ser investigadas *preferencialmente* pelo próprio membro do Ministério Público, por meio de Procedimento Penal Investigatório (Resolução Conjunta PGJ/CMP nº 2/04) ou Inquérito Civil Público. Obviamente, tal instauração só será possível caso seja viável ante a estrutura pessoal e material de que o promotor disponha. *Nos casos de crimes militares próprios, a investigação e a eventual propositura da ação penal são de atribuição da promotoria da auditoria militar*. Em todos os casos, orienta-se que seja acionada a corregedoria específica do órgão a que pertence o funcionário público infrator para que se proceda à investigação criminal e/ou para fins de punições administrativas. Além da responsabilização penal do agente, cabe também a civil, se caracterizado ato de improbidade administrativa.

O controle deve atuar no conhecimento da *notitia criminis*, nas apurações policiais e durante o inquérito policial. O promotor deve prezar pela legalidade, celeridade e otimização de tais procedimentos, de modo que a ele é, portanto, atribuída a função de tomar as providências legais cabíveis quando verificadas suspeitas de prevaricação, abuso de autoridade, improbidade administrativa e demais infrações penais que obstaculizem o trâmite do inquérito policial.

Diante de comunicação escrita ou verbal acerca da prática de uma infração penal atribuída a policial, deve o promotor, em princípio, verificar a existência de inquérito ou sindicância administrativa junto à Corregedoria à qual o agente estiver vinculado. Caso o procedimento investigatório já tenha sido instaurado, deve-se verificar a possibilidade da propositura da denúncia, embasada nos elementos constantes da informação (demonstração do fato, autoria, materialidade e qualificação do acusado). Do contrário, as declarações dadas pela vítima ou seu representante legal devem ser lavradas a termo e encaminhadas à autoridade policial corregedora, devidamente acompanhada de ofício requisitório de instauração de inquérito policial. Nos casos de comunicação anônima ou através da leitura de publicação periódica, convém requisitar a instauração do inquérito após a oitiva da suposta vítima ou seu representante legal. Nos crimes de ação pública condicionada, deve-se aguardar a necessária manifestação da vontade da vítima para se apresentar a denúncia.

Determina o art. 4º da Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público, que incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

> "I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;
> II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;
> III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;
> IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;
> V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;
> VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;
> VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;
> VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;
> IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.
> § 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.
> § 2º O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.
> § 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa".

A Lei estadual nº 15.301/2004 – Suspensão cautelar do policial civil

A Lei nº 15.301/04 institui as carreiras do Grupo de Atividades de Defesa Social do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Em seu art. 51, encontramos relevante disposição para a atuação na fiscalização da atividade policial:

> "Art. 51 – Ao servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais aplicar-se-á imediatamente a medida de suspensão preventiva prevista no inciso VII do art. 20 da Lei nº 5.406, de 16 de dezembro de 1969, assim que for recebida pelo Poder Judiciário a denúncia decorrente da prática dos seguintes ilícitos:
> I – crime hediondo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo;
> II – crime contra o sistema financeiro ou de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
> III – extorsão ou corrupção passiva ou ativa.
> § 1º - A suspensão preventiva prevista no *caput* deste artigo perdurará durante a sindicância administrativa e o respectivo processo administrativo.
> § 2º - Ao servidor suspenso preventivamente aplicar-se-ão as seguintes medidas:
> I – recolhimento da arma de propriedade do Estado;
> II – recolhimento da identidade policial.

> § 3º - Para fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária competente notificará imediatamente a autoridade administrativa a que o servidor se encontra subordinado sobre o recebimento de denúncia-crime contra o servidor".

De tal forma, convém que os Promotores atuantes na fiscalização da atividade policial, quando do oferecimento da denúncia pela prática de algum dos delitos mencionados em tal dispositivo, requeiram, com o recebimento da inicial acusatória, na forma do § 3º do art. 51 da lei citada, a efetivação da suspensão administrativa do servidor.

O controle interno

As corregedorias são os órgãos destinados a realizar o controle interno das atividades policiais, ou seja, quando de abusos cometidos durante as atividades-meio dos órgãos que compõem o Sistema de Defesa Social. Para facilitar este controle, foi criado o Sistema Integrado das Corregedorias das Polícias Civil e Militar, Bombeiros Militares e da Administração Penitenciária (SICODS), em Belo Horizonte, no ano de 2006. O objetivo de tal projeto foi o de institucionalizar e otimizar os mecanismos de controle da atividade dos corregedores. Esse sistema colegiado é composto, além dos Corregedores, por outros representantes, como o Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Assembleia Legislativa, Subsecretário de Defesa Social etc. O coordenador do CAO-DH tem assento em tal colegiado.

Por sua vez, a Corregedoria da Polícia Militar delega comumente a presidência de inquéritos policiais militares e sindicâncias administrativas ao comando da unidade em que o policial infrator está lotado, o que se deve a sua estrutura deficiente. Já a Polícia Civil possui equipe de delegados designados especialmente para atuar junto àquele órgão, o que não impede que a investigação de policiais civis possa se dar em delegacias regionais.

[1)] Cléve, Clémerson. **Investigação Criminal e Ministério Público**. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760

1.9. Apoio comunitário

A definição da atuação ministerial no apoio comunitário reveste-se da mesma transversalidade inerente ao seu conceito e ao de direitos humanos. Visando fins práticos, podemos definir tal apoio como o fruto das demandas sociais locais específicas, captadas pelo atendimento ao público rotineiro na promotoria ou através das audiências públicas regionais.

Há de se ressaltar que as portas do Ministério Público devem sempre estar abertas ao cidadão, sendo que o atendimento ao público deverá ser feito preferencialmente pelo próprio Promotor ou por funcionário capacitado para tanto. É de suma importância que o atendimento seja feito de forma adequada, para que o cidadão possa sentir naquele local tranquilidade e confiança necessárias para expor sua reclamação e pleito.

Essa modalidade de atuação tem especial fim social e só poderá ser efetiva e satisfatoriamente realizada com o deslocamento do Promotor do interior de seu gabinete ao local em que se encontra o problema ou pela participação em reuniões públicas promovidas por lideranças comunitárias locais.

Não há, ainda, no país, uma cultura de mobilização e organização popular, sendo constatada, por muitas vezes, a atuação desarticulada dos vários atores da sociedade civil. Para contribuir para a integração dos grupos sociais, o membro do Ministério Público local pode organizar palestras e/ou oficinas de capacitação popular, nas quais o Promotor discorrerá sobre as principais demandas locais, os direitos da população, órgãos que devem ser acionados e as medidas já tomadas pelo Ministério Público em relação aos problemas recorrentes na Comarca.

Outros temas relevantes também devem ser abordados quando dessa capacitação, tais como relações entre Estado e sociedade, controle social de políticas públicas, criminalização e desafios dos movimentos sociais, programas oficiais de apoio dos Governos Municipal, Estadual e Federal (tais como bolsa família, programas de geração de trabalho e renda, benefícios de prestação continuada da assistência social, programas alimentares etc.). Os materiais referentes a eventuais palestras e capacitação de líderes ou da comunidade em geral poderão ser obtidos junto aos sites indicados neste manual e poderão, inclusive, ser fornecidos pelo CAO-DH.

No tocante a essa atividade de apoio comunitário, o Ministério Público também participa, regularmente, do projeto *Balcão de Direitos*, promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com a Defensoria Pública do Estado e com outros órgãos e entidades. Trata-se de verdadeiro mutirão de cidadania através do qual se consegue a emissão de documentos de identidade, registro tardio de crianças, conversão de união estável em casamento, etc. Em Minas Gerais, o projeto já foi realizado na região do Vale do Jequitinhonha e o próximo ocorrerá, ainda no primeiro semestre de 2008, na região do Vale do Rio Doce. É de suma importância que os promotores com atribuições no apoio comunitário em conjunto com outros com atribuições afetas a matéria promovam tais iniciativas, em parceira com a Prefeitura e outras instituições, independentemente do projeto mencionado acima. Para tanto o CAO-DH e o COPLI poderão ajudar a planejar e fornecer material para a realização de tais eventos, verdadeiros mutirões de cidadania.

Finalmente, convém frisar a importância do fomento à criação de conselhos municipais nas diversas áreas em que haja a participação popular. Dessa forma, cabe ao Promotor zelar pela efetiva oitiva da população e pelo necessário equilíbrio entre sociedade civil e órgãos governamentais na composição desses conselhos, segundo os princípios de Paris, constantes da Resolução nº 1.992.154, de 3 de março de 1992, emanada da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

1.10. Combate à violência doméstica e familiar contra a mulher

Autores/Organizadores:
Promotora de Justiça Laís Maria Costa Siveira
Franciane Mary S. Domenici de Brito

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada em 7 de agosto de 2006 e tem como objetivo *combater e eliminar todas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher*. A edição dessa lei se fez necessária ante a constatação de que a violência doméstica contra a mulher é grande, apresenta índices alarmantes, e, além de fragilizar a mulher brasileira, traz consequências graves para toda a sociedade. A violência de gênero, basicamente aquela contra a mulher, representa, além de um problema social grave a ser enfrentado pelas autoridades, um fator de aumento da violência e da criminalidade em geral.

Estudos sociológicos e filosóficos a esse respeito poderão esclarecer melhor esse aspecto social, que levou à edição da citada Lei, como forma de coibir a violência doméstica. Além da violência de gênero contra a mulher, busca-se, em última análise, combater a violência como um todo, que contamina a sociedade brasileira, aprisiona cidadãos de bem dentro de suas casas e coloca toda a sociedade em estado de alerta.

A Lei nº 11.340/2006 ganhou o nome de *Lei Maria da Penha* por ter sido resultado da luta de Maria da Penha Maia Fernandes por justiça. Maria da Penha, em maio de 1983, foi vítima de tentativa de homicídio praticado por seu próprio marido, o colombiano Marco Antônio Heredia Viveros, que a deixou paraplégica. O processo criminal culminou com a prisão de Marco Antônio a qual somente ocorreu em setembro de 2002.

Em setembro de 1997, Maria da Penha comunicou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em agosto de 1999 a denúncia foi aceita pelo Centro para Justiça e o Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos Humanos da Mulher e encaminhada à Organização dos Estados Americanos (OEA). Em março de 2001, a OEA tornou público o relatório, exigindo providências do governo brasileiro na busca de políticas públicas de proteção à mulher.

Após longo debate, com a participação constante dos movimentos populares, da sociedade civil organizada, mobilizando o Congresso Nacional, foi editada a Lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos para combater a violência familiar e doméstica contra a mulher e medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência. Essa lei, que busca a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, com mecanismos novos e até revolucionários, deve ser devidamente estudada e interpretada, para que os operadores do Direito possam eficazmente aplicar seus dispositivos.

Com a edição da Lei nº 11.340/2006 foi dado um tratamento diferenciado aos casos de violência doméstica, principalmente no que se refere à proteção da vítima mulher. Desde então, muito se tem debatido acerca de vários aspectos dessa nova lei, que veio em socorro das mulheres e das famílias brasileiras. O Ministério Público Mineiro criou em Belo Horizonte, logo no início da vigência da lei, a Promotoria Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Vamos ressaltar neste manual alguns pontos relevantes que vivenciamos neste período de funcionamento da promotoria especializada, pontos esses que pensamos possam ser de valia aos promotores de justiça que atuam na área da violência doméstica.

Antes, porém, vamos frisar o quão importante é termos uma legislação específica que trate deste tema. A violência doméstica é um mal que atinge todas as classes sociais, de vários modos, muitas vezes quase imperceptível, pois inserida no contexto familiar de forma a se manifestar lenta e normalmente e, não raras vezes, chega a alcançar conseqüências danosas para as mulheres e para a família. É comum ditos populares que afirmam que *mulher gosta de apanhar* e que a mulher que apanha e volta para seu companheiro é *mulher de malandro*.

Mulher não gosta de apanhar, de forma alguma, mas ela está ligada a sua família, a seu companheiro, a seus filhos de forma tal que lhe é mais difícil, por diversos fatores, dar um basta na situação de opressão e seguir um caminho diferente. Os motivos que mantêm a mulher junto ao homem agressor são vários, como por exemplo,

a dependência econômica, a dependência emocional, a baixa autoestima, a dificuldade de colocação no mercado de trabalho para sua subsistência e de seus filhos, a falta de apoio familiar e social, o apego emocional ao próprio agressor, o medo do agressor, o receio de ter que voltar a viver com a família, de não ter com quem deixar os filhos pequenos para ter que ir trabalhar, etc. Não conseguiríamos, neste manual, esgotar em simples linhas de reflexão todos os vários motivos que mantêm as mulheres juntas de seus agressores por anos e décadas. Esse tema tem sido foco de estudo de vários sociólogos, antropólogos e psicólogos. Mas, com certeza, a atual legislação pode ser um fator determinante a modificar esta dura realidade.

E em relação a ditos populares, recentemente, ouvimos numa entrevista um jornalista dizer que existem dois ditos populares assassinos: *Cão que ladra não morde* e *Em briga de marido e mulher não se mete a colher*. Em primeiro lugar, porque, em se tratando de violência doméstica, as agressões vão crescendo, começam com ameaças, empurrões, tapas, depois virão murros, enforcamentos e terminam, muitas vezes, em morte. E durante todo esse percurso o agressor diz por diversas vezes que vai matar a vítima e um dia ele acaba por cumprir sua ameaça. Portanto, o cão, neste caso, ladra e depois morde mesmo. E o outro também é dito popular conhecido. Toda pessoa que souber, vir ou ouvir briga de marido e mulher deve chamar por socorro policial, porque pode estar aí salvando a vida de uma pessoa. Muitos são os casos em que há homicídios, mas a polícia somente chega após cessar a briga, com a morte a ser constatada, e pergunta se ninguém por perto ouviu ou viu nada, e a resposta é sempre a mesma: que ouviram, mas ninguém nada fez por se tratar de briga de casal. Nesse caso, ser a colher pode salvar uma vida.

Daí constatamos que estamos tratando de um assunto intimamente ligado aos nossos costumes, arraigado à nossa sociedade, e, portanto, vamos lidar com muitas resistências, vindas de vários setores. O importante é abrirmos nossas cabeças e já pensarmos de antemão que mulher não gosta de apanhar, que *cão que ladra morde e mata* e que em briga de marido e mulher devemos nos intrometer para salvar vidas, principalmente nas nossas próprias famílias. E, ainda, se a mulher que foi agredida, porventura ou desventura, voltar a viver com o agressor, não nos cabe julgar, mas alertar, ofertar a ela novas possibilidades, e até mesmo propiciar que ela entenda o porquê de estar repetindo o padrão que favorece a agressão. Muitas vítimas não têm consciência de que estão favorecendo a agressão ao perdoar seus parceiros. É de fundamental importância entendermos o que é violência doméstica e tudo o que está a sua volta para lidarmos de forma eficaz nessa área.

- 1.10.1. Desafios jurídicos
- 1.10.2. A ação penal
- 1.10.3. Crimes e delitos
- 1.10.4. Atendimento à vítima
- 1.10.5. Prisão preventiva na Lei nº 11.340/2006
- 1.10.6. Sugestões de leitura para aprofundamento no assunto

1.10.1. Desafios jurídicos

Logo no início da vigência da Lei nº 11.340/2006 nos deparamos com vários questionamentos jurídicos que estão sendo enfrentados quanto pelos doutrinadores tanto pelos tribunais. Tais questões são relativas à constitucionalidade dessa lei, à constitucionalidade específica do seu art. 41, à questão relativa à ação penal nos crimes de lesão corporal leve praticado em violência doméstica contra a mulher e à interpretação do art. 16 da lei, que se refere à renúncia à representação da vítima. Essas questões serão abordadas a seguir de forma a orientar o promotor de justiça na sua atividade profissional. Procuramos expor os diversos pontos de vista, e o que adotamos na nossa atividade diária na promotoria especializada, esclarecendo os motivos de nosso posicionamento. Buscamos nos orientar interpretando a lei, conforme expresso em seu próprio texto, de forma a sempre favorecer a mulher vítima de violência. Nas questões polêmicas e controversas contidas no texto legal, a Promotoria Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra Mulher de Belo Horizonte entendeu por bem optar pelo caminho que favorecesse mais a mulher vítima de violência doméstica. Aliás, é assim o comando legal contido no art. 4º da Lei nº 11.340/2006: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006

O § 8° do art. 226 da Constituição Federal prevê, literalmente: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos quais a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Assim, temos que a Lei nº 11.340/2006 vem, de acordo com o estabelecido na Constituição Federal, criar mecanismos para coibir, combater e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 é bastante clara, uma vez que obedece ao preceito constitucional previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, propondo medidas que visam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que é, sem dúvida alguma, parte integrante da unidade familiar.

A Lei nº 11.340/2006 busca atender:

> “[...] os mecanismos de ação afirmativa que tem por objetivo implementar ações direcionadas a segmentos sociais, historicamente discriminados, como as mulheres, visando a corrigir desigualdades e a promover a inclusão social por meio de políticas públicas específicas, dando a estes grupos um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram impostas. (exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.559/2004)”

Poder-se-ia dizer que a Lei nº 11.340/2006 é inconstitucional por ferir o princípio da isonomia entre homens e mulheres. Porém, o que se busca é justamente corrigir as desigualdades gritantes que ainda estão presentes na moderna sociedade brasileira. Por fatores sociais e culturais, as mulheres ainda estão em condição de inferioridade em relação aos homens, em que pesem os avanços já alcançados nos últimos anos, fruto de batalhas de mulheres incansáveis. Dessa forma, além de se tratar de lei constitucional, ela não fere o princípio da isonomia entre homens e mulheres, mas busca o equilíbrio social.

Há muitos exemplos, já absorvidos pela nossa cultura, em que sujeitos em situação de inferioridade social estão protegidos por leis específicas, que nada têm de inconstitucional. É o caso das cotas reservadas para negros em escolas e universidades públicas, bem como para deficientes físicos em serviço público. Esses são exemplos claros e recentes de leis que tentam diminuir as desigualdades sociais, buscando o equilíbrio social, sem que sejam contra a Constituição Federal, estabelecendo igualdade de todos os brasileiros, independentemente de raça, cor, idade, condição social, etc.

A Lei nº 11.340/2006 introduziu o diferencial da violência de gênero, ou seja, aquela praticada contra mulheres. Basta fazer uma analogia histórica para se concluir que se trata de uma norma justa e constitucional.

Um dos fundamentos de se reservar uma cota para os negros terem ao acesso às escolas públicas é o de pagar

uma dívida social referente à escravatura, que imperou no Brasil durante muitos anos no passado. Da mesma forma, se observarmos a evolução dos direitos da mulher ao longo da História, temos que, há algum tempo, a mulher casada era subjugada à vontade do marido, devendo-lhe obediência total, inclusive para exercer atividade profissional. Até o direito ao voto é concessão recente no nosso ordenamento jurídico. Assim, a Lei nº 11.340/2006, que busca a proteção à mulher em situação de violência doméstica, também pode significar o resgate de uma dívida histórica da sociedade brasileira para com as mulheres.

As iniciativas que levaram à edição da Lei nº 11.340/2006 são, portanto, ações afirmativas que visam corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante nas sociedades democráticas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade.

A Constituição Federal bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário preveem como necessária a edição de lei que proteja as mulheres, e tal necessidade se vê reforçada pelos dados estatísticos que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do final da década de 1980 constataram que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem dentro de casa e são praticadas por pessoas ligadas a elas por laços afetivos. Outro dado alarmante é que, segundo tal pesquisa, cerca de 11% das brasileiras vivas já foram espancadas pelo menos uma vez, e do total investigado, 31% das mulheres relataram agressões nos doze meses anteriores à pesquisa, ou seja, trata-se de agressões relativamente recentes. Assim, é justamente contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres, buscando-se a igualdade social.

Nesse ponto nos esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo que a igualdade prevista constitucionalmente deve ter como base o tratamento igual para situações iguais e desigual para situações desiguais. Assim, havendo a presença de fatores que estabelecem desigualdades entre as pessoas, estas devem ter tratamento desigual.

No entender de Alexandre de Moraes, para se saber se uma norma é discriminatória ou não, deve-se analisar a justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos. Deve-se ter em vista a finalidade e os efeitos da medida considerada. No presente caso, a norma em comento visa à busca da igualdade social, e não ao privilégio de gênero.

Portanto, temos que a Lei nº 11.340/2006 é constitucional, já que pretende a proteção da mulher e a igualdade social, previstas na Constituição Federal.

Constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006

Muito se tem questionado sobre a suposta ofensa à Constituição também das disposições contidas no art. 41 da Lei nº 11.340/2006, o qual prevê que a "crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995".

A melhor doutrina, por Guilherme de Souza Nucci, defende a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06 e considera que essa lei firmou o entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher *não são de menor potencial ofensivo*, independentemente da pena, motivo pelo qual não se submetem à Lei nº 9.099/95.[1)]

Entretanto, aqueles que questionam a constitucionalidade se apoiam em duas premissas: a de que os juizados especiais seriam competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, e a de que a Lei Maria da Penha é discriminatória de sexo.

Tais considerações são equivocadas, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 98, inciso I, a criação dos juizados especiais competentes para julgar infrações penais *de menor potencial ofensivo*, permitida, nesses casos, a transação penal. Ao legislador ordinário restou a incumbência de definir quais seriam os crimes de menor potencial ofensivo. Assim foi feito pela Lei nº 9.099/95, que no seu art. 61 considerou como crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima não superior a um ano e *não sujeitos a procedimento especial*, o que a Lei nº 10.259/2001 modificou posteriormente, ampliando esse limite, e considerando crimes de menor potencial ofensivo aqueles a que se comina pena máxima de dois anos. A Lei nº

11.313/2006 deu nova redação ao art. 61 da Lei nº 9.099/95, em observância à posição jurisprudencial pacífica que se firmou com a Lei nº 10.259/2001, quando estabeleceu que as infrações penais de menor potencial ofensivo da alçada do Juizado Especial Criminal seriam as de pena máxima de dois anos.

Válida a transcrição do atual art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313/2006:

> "Art. 61. Consideram-se infrações penais de *menor potencial ofensivo*, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa". (grifo nosso)

Entretanto, na Lei nº 11.340/2006, os critérios do legislador para definir o que era menor potencial ofensivo basearam-se na defesa constitucional dos Direitos Humanos, através da retificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Lei Maria da Penha – que prevê, quanto ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes de atos de violência doméstica, a aplicação dos outros dispositivos legais, no que não conflitarem com o estabelecido na Lei nº 11.340/2006 – deixa evidente que não há conflito normativo.

Assim, o legislador quis definir os delitos cuja violência é doméstica ou familiar contra a mulher como de maior potencial ofensivo porque ocorridos no seio da família, cuja proteção do Estado está garantida pelo art. 226 da CF/88, sobretudo quanto ao cumprimento do seu § 8º, que prevê que o "Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". A interpretação do art. 98, inciso I, da Constituição Federal deve ser feita conjuntamente ao art. 226, § 8º, sendo vista a lei que combate à violência doméstica como uma garantia da família de proteção do Estado.

Não há que se falar na inconstitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, visto que inaplicável o art. 98, I, da CF/88 aos delitos decorrentes de violência doméstica, dado o seu caráter de maior potencial ofensivo.

Dito isso, torna-se óbvia a impossibilidade da aplicação da Lei nº 9.099/96, inclusive quanto ao seu procedimento, condições da ação e dos institutos despenalizadores e a transação penal, já que todas as especificidades dessa lei são privilégios inerentes à individuação da pena típicos aos que cometem delitos de menor potencial ofensivo. São benefícios constitucionalmente garantidos aos que cometem crimes que não sejam considerados tipicamente como violência doméstica. Não se trata só de agravar a satisfação dos requisitos para sua concessão ou de atribuir condição particularmente mais gravosa – trata-se de individuação da pena de acordo com a gravidade do crime. A violência doméstica é reconhecidamente violação aos direitos humanos e, portanto, merece seja apenada de forma mais gravosa, não fazendo jus o agressor no lar e na família aos benefícios típicos dados àqueles que cometem crimes de menor potencial ofensivo à Justiça Pública.

Torna-se explícito, pois, que a Lei Maria da Penha não se configura discriminatória, na medida em que foi constitucionalmente prevista a especial proteção do Estado aos materialmente desiguais. O Princípio da Igualdade precisa ser usado relevando a condição das minorias e as particularidades de cada segmento, e amortecendo as desigualdades, as quais, na relação homem/mulher assim considerados na sociedade, são inúmeras.

Portanto, a Lei Maria da Penha se mostra um instrumento normativo cujo escopo é a nivelação material entre os gêneros, fazendo com que a parcela de mulheres que prescindem de proteção seja resguardada pelo Estado e tenha instrumentos para o alcance de sua dignidade, não ficando sob o jugo da vitimização, da vulnerabilidade nem da violência doméstica.

O que fez a Lei nº 11.340/2006 foi afastar os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, modificando com isso a definição de crimes de menor potencial ofensivo. Ao considerar os crimes de violência doméstica contra a mulher como de maior potencial ofensivo, afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95. É, portanto, perfeitamente constitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006.

Quanto ao crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica, independentemente de quem o cometeu, se o homem ou a mulher, já está afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95, visto que a pena máxima

ultrapassa o limite dos dois anos, que é limite legal para o entendimento de crime de menor potencial ofensivo. Entendemos que, se se tratar de vítima mulher, pela Lei nº 11.340/2006, fica totalmente afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95. Se a mulher for a agressora, ainda a socorre o benefício da suspensão condicional do processo, uma vez que a pena mínima não excede a um ano.

Uma das consequências imediatas da constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 é que o crime de lesão corporal leve volta a ser de ação penal pública incondicionada, conforme sempre foi, até o advento da Lei nº 9.099/95. Não se aplicando mais a Lei nº 9.099/95, por proibição expressa no art. 41 da Lei nº 11.340/2006, temos que tudo volta como era antes, sendo esse o entendimento dos doutrinadores e a jurisprudência de vários estados brasileiros.

O afastamento da Lei nº 9.099/95

A realidade brasileira, pautada na compreensão geral de que a violência doméstica e familiar é um ônus a ser suportado pela mulher, dentro de um contexto social em que o homem foi erigido a uma condição de superioridade, levou ao estado atual de banalização da violência doméstica. A situação é tão séria, que chega a ser um problema de saúde pública a ser enfrentado pelas autoridades de forma mais efetiva.

Em 1995 foi editada a Lei nº 9.099/95, que tratou os crimes de lesão corporal leve e ameaça, os principais crimes praticados contra mulheres dentro da relação familiar, como de menor potencial ofensivo. Naquela época buscava-se a justiça rápida, com a imediata aplicação da lei penal, de forma a dar uma resposta à sociedade, lei essa que se pensou fosse a mais eficaz. A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) primou por ser conciliadora, pois por meio dela se busca o entendimento entre as partes, sem a intervenção direta e radical da Justiça. Ela atua, evidentemente, em muitos casos, homologando acordos feitos entre as próprias partes envolvidas diretamente. Nos casos em que o acordo não é possível, há a atuação direta da Justiça.

Contudo, após mais de dez anos de vigência da Lei nº 9.099/95, com os Juizados Especiais instalados em todos os cantos do Brasil, chegou-se à conclusão de que, para os casos de violência doméstica, que representam parte expressiva dos procedimentos da competência do Juizado Especial, tais procedimentos se mostraram ineficazes. A violência contra a mulher se intensificou e continua com índices alarmantes, chegando a ser um problema de preocupação do poder público.

Essa questão foi amplamente discutida pela sociedade civil organizada, pelos órgãos públicos e privados, na busca da solução desse grave problema social.

Após grandes debates e lutas empreendidas por pessoas engajadas na busca por políticas públicas que pudessem proteger a mulher brasileira contra seus agressores diretos, editou-se a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afastou por completo a Lei nº 9.099/95 dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para entendermos melhor os caminhos que levaram à edição da Lei Maria da Penha, busquemos as origens das discussões e dos pontos levantados pelos responsáveis por todo esse processo, até mesmo do processo legislativo. Como a Lei Maria da Penha cria mecanismos protetivos para a mulher em seu ambiente doméstico e familiar, de forma específica, e é uma lei recente, que vem sendo bastante analisada e discutida por estudiosos do Direito, pretendemos neste trabalho esclarecer os caminhos pelos quais os textos de lei passaram para chegar ao texto legal final aprovado pelo Poder Legislativo. Pensamos que, nesta pesquisa, conseguimos entender a vontade do legislador e os motivos que o levaram ao texto final da lei como hoje está editada e publicada, e que deve ser cumprida.

Para a discussão do texto legal e confecção desse importante trabalho, foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial, formado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República (coordenação); Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública.

Como consequência do esforço desse grupo seleto, em 2004 foi formulado o Projeto de Lei nº 4.559, que foi encaminhado pelo Presidente da República em 03/12/2004.

O Projeto de Lei nº 4.559/2004 propôs muitas inovações no combate à violência doméstica contra a mulher e já representou um avanço em relação à Lei nº 9.099/95. O PL nº 4.559/04 definiu o que é violência doméstica e familiar contra a mulher sob diversos aspectos: físico, sexual, psicológico, moral e patrimonial, além de prever que esse tipo de violência representa violação dos direitos humanos. Previu ainda alteração nas providências policiais a serem efetivadas quando se tratasse de caso envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher. Outra inovação já trazida pelo PL nº 4.559/2004 foi a previsão de estabelecimento de amparo à vítima, que deveria ser atendida por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais, médicos. Previu ainda a participação efetiva e direta do Ministério Público nestes casos diretamente ligados à proteção à mulher, bem como a ampliação das medidas cautelares em relação ao agressor e de medidas protetivas à vítima, já antecipando efeitos civis e penais. O PL nº 4.559/04 já considerava a possibilidade de prisão preventiva quando se tratasse de crime praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena aplicada.

O projeto original previa expressamente a aplicação de mecanismos e procedimentos estabelecidos na Lei nº 9.099/95, adequados aos casos de violência doméstica, mesclando uma rápida solução judicial e extrajudicial. O rito procedimental, porém, foi alterado para os casos de violência doméstica.

O PL nº 4.559/2004 já previa a abolição do Termo Circunstanciado de Ocorrência, voltando-se ao Inquérito Policial, para uma apuração mais aprofundada dos fatos. Numa clara manifestação de se buscar uma resposta mais gravosa para os casos da violência doméstica, o anteprojeto de lei já permitia a prisão em flagrante delito, bem como a decretação da prisão preventiva do agressor, independentemente da pena cominada ao crime.

Uma mudança processual prevista pelo anteprojeto de lei era a de uma audiência de apresentação, em que o juiz ouviria a vítima antes de ouvir o agressor e ela não poderia ser compelida a transacionar, mesmo havendo possibilidade de conciliação. Tal audiência seria presidida diretamente pelo magistrado ou por bacharel em Direito, especialmente capacitado para isso.

Era prevista ainda audiência para proposta de transação penal, porém tal audiência somente seria realizada em um segundo momento, após a vítima ter passado pela avaliação da equipe multidisciplinar capacitada para o atendimento específico. As penas a serem aplicadas não poderiam ser restritivas de direito de prestação pecuniária, sendo vedado o pagamento de cesta básica e de multa.

Na parte final, o anteprojeto já previa a criação de Varas e Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e penal, propiciando o atendimento global e emergencial que os casos demandassem.

Depois de muitos debates no Congresso Nacional, algumas mudanças foram implementadas, de forma a modificar substancialmente o PL nº 4.559/2004.

Na Câmara dos Deputados várias foram as reuniões em que estiveram presentes representantes da sociedade civil com interesse direto na questão do combate à violência contra mulheres. No Senado Federal, o projeto de lei passou por estudos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que lhe promoveu uma revisão completa, passando a se denominar PLC nº 37/2006. A revisão promovida pelo Senado teve aspecto mais técnico, dando à lei uma redação mais precisa, a fim de que pudesse representar com a clareza necessária a vontade expressa do legislador.

Quando discutimos especificamente sobre o afastamento total ou parcial do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, e analisando o que até aqui foi exposto, não resta nenhuma dúvida de que o seu afastamento foi total. Com efeito, se o anteprojeto previa expressamente a aplicação de alguns dispositivos da Lei nº 9.099/95, apenas de forma modificada especialmente para os casos de violência doméstica, o texto legal aprovado como sendo a Lei nº 11.340/2006 afasta expressamente a Lei nº 9.099/95, conforme o citado art. 41.

O raciocínio nos parece de uma clareza, que dispensa maiores comentários. O anteprojeto nº 4.559/2004 previa a clara e certa aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.099/95, com modificações nos procedimentos, aplicando a lei já com maior rigor. Após várias discussões acerca do assunto, ao ouvir as entidades interessadas,

representantes da sociedade, houve por bem a Câmara dos Deputados rever e modificar o texto do anteprojeto da lei, que chegou ao seu final com a expressa e clara vedação da aplicação de todo e qualquer dispositivo previsto na Lei nº 9.099/95. Basta observar o art. 41 da Lei nº 11.340/2006: "Aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher não é aplicada a Lei nº 9.099/95".

Dessa forma, está clara a vontade do legislador de tratar diferentemente a violência de gênero contra as mulheres. No caso de crime de ameaça, não resta dúvida: se a vítima for mulher em situação de violência doméstica, ainda que a pena prevista seja a de até um ano de detenção, não cabe transação penal nem suspensão do processo. No caso de crime de lesão corporal leve, com o aumento da pena para até três anos de detenção, a transação penal já estaria afastada, mesmo pelos critérios da Lei nº 9.099/95. Mas por força do art. 41 da Lei Maria da Penha, foi afastada também a hipótese de suspensão do processo. Em ambos os casos, ainda é possível a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva.

Porém, nos casos em que a vítima da violência doméstica é homem, temos que é possível aplicar alguns dispositivos da Lei nº 9.099/95, porque é evidente que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de vítima mulher, sendo claramente uma lei que procura combater a violência de gênero.

Com o afastamento total da aplicação da Lei nº 9.099/95, que instituiu a ação penal condicionada à representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve, conforme art. 88, temos que volta a vigorar o preceito legal anterior à Lei nº 9.099/95, em que tínhamos a regra clara de ser a lesão corporal leve um crime de ação pública incondicionada. Para tal assunto, pela sua complexidade, dedicamos o item **Ação Penal nos delitos de lesão corporal leve**.

Portanto, pelas razões expostas, consideramos que o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou totalmente a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A inaplicabilidade da suspensão processual nos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher

É comezinho que o Juizado Especial, regido sob a lei nº 9.099/95, não teve êxito na solução da violência doméstica. Ao contrário, "A atuação deficitária dos juizados nos tratos da violência doméstica, juntamente com a classificação deficiente do crime de lesão corporal pelo Código Penal e as penas aplicadas, quase que estimulam novas agressões".[2)]

Por outro lado, o que ocorria era que: "a violência denunciada pelas mulheres e julgada nos Juizados Especiais tem, por força da Lei, a solução da conciliação, no que se refere ao delito, além da tentativa de reconciliação do casal, levando a mulher desistir de levar o caso adiante, mediante o compromisso verbal do agressor, de não mais praticar atos violentos".[3)]

Significa, em outros termos, o compromisso do agressor de não mais praticar crime, o que é risível em um contexto normativo em que tal compromisso é intrínseco ao "contrato social".

> "O número de delitos que não se cometem pelo temor a ser condenado à prisão ou pelo reforço dos valores socialmente assumidos na Justiça que a presença da prisão gera e que tem fiel reflexo nas manifestações da opinião pública determinadas por uma percepção de que o sistema prisional é demasiado generoso com os delinqüentes, produzindo um sentimento de desconfiança social para dentro de todo o sistema penal".[4)]

Por isso, a ferramenta ainda válida é, no caso, a coerção penal, mesmo que efetivamente se tenha uma pena mínima, o agressor se vê sujeito à reprimenda penal e à inserção de seu nome no rol dos culpados, o que pode lhe servir de óbice ao cometimento de novo delito. A prejudicialidade da aplicação da Lei 9099/95, reside na perspectiva de impunidade vislumbrada pelo agressor."O principal argumento é que, depois de tanta luta para que a violência contra a mulher fosse tratada como crime, e como violação de direitos, os novos procedimentos processuais afastam a possibilidade de uma condenação e permitem que estes agressores nem cheguem a julgamento".[5)]

Não se ignorem os efeitos do regime celular no indivíduo, porque "uma instituição dessa natureza cria um sentimento de esterilidade absoluta, onde a origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro do estabelecimento prisional, vantagens que sejam transferíveis à vida que desenvolve em liberdade"[6], com isto, no cometimento de violência doméstica envolvendo delitos cuja pena aplicável seja maior, os efeitos da potencial reprimenda são sentidos antes mesmo de qualquer punição.

Quando se pensa em uma estepe de alternativas à pena privativa de liberdade, o que ocorre mais comumente nos delitos de violência doméstica de classe inicial, tais como ameaça, cárcere privado e lesão corporal simples, a utilização das sanções alternativas somente faz sentido quando posterior à sentença.

A Política Penal atual, com a nova cultura do controle social sobre o delito "já não busca alcançar os fatores que levaram o cidadão ao crime e sim, reduzir-lhes a oportunidade para que não cometa delitos"[7]. Na violência doméstica, o vetor deve ser oposto, para sua erradicação.

Destarte, rechaça-se a hipótese da aplicação da transação penal, da suspensão processual, porque "A Lei nº 9.099/95 deu ao cidadão a opção de livrar-se do ônus do processo sem mesmo ter que discutir a culpabilidade, ainda que, à luz da política de consenso que a orienta, tenha ele de realizar certas concessões, como submeter-se a medida alternativa ou a período de prova"[8], o que teria por consequência um enorme retrocesso no que tange à proteção da vítima de violência doméstica, porque não conscientiza o agressor.

O escopo da Lei nº 11.340/06 foi diferenciar a natureza da punição para o agressor doméstico, segundo o critério da individualização das penas, excluindo a aplicação da Lei nº 9.099/95, recusando a aplicação de seus institutos, uma vez que "as mulheres enfrentam também a incapacidade preventiva e resolutória dos Juizados Especiais Criminais, possuidores de procedimentos muito questionados pelas feministas hoje. Os operadores dos Juizados reafirmam os estereótipos negativos, não previnem a reiteração da conduta, não contribuem para a efetiva gestão do conflito e se mantêm cegos aos apelos da vítima quanto aos seus reais interesses, deslegitimando o problema"[9], com isso, minimizam a violência.

É necessário lembrar que a inclusão do parágrafo 3° ao art. 5° da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n° 45, tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, o que significa a imediata aplicação da Convenção de Belém do Pará, porque norma cogente.

Na referida Convenção, o artigo 7º, alíneas "b" e "e", dispõe que "Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;" bem como tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Sobreveio a Lei nº 11.340/2006, para não mais atribuir aos JECRIMs, a competência para processar crime ocorrido em situação de violência doméstica e familiar, posto que exceto da esfera de delitos de "menor potencial ofensivo". Tal alteração legislativa foi dada como resposta à sociedade que reclamava uma punição efetiva, porque antes, os réus, quando condenados "eram obrigados apenas a pagarem uma cesta básica alimentar ou prestar serviços à comunidade. Tal situação tem levado à banalização da violência doméstica, desestimulando as vitimas a denunciar esses crimes e dando aos agressores um sentimento de impunidade".[10]

A Lei nº 11.340/2006, no fluxo da legislação internacional, e em decorrência de punição por corte internacional, veio responder a este anseio social de justiça. Tudo, para sanar a gravidade dos problemas que fizeram parte da justiça consensualizada dos Juizados Especiais para as mulheres vítimas de violência de gênero. Afirma Letícia Franco que:

> "O que se observa, diante do estudo da justiça penal consensuada em face da violência contra a mulher, é que o procedimento criminal destinado aos crimes de menor potencial ofensivo **mostra-se socialmente ineficaz**, na medida em que, privilegiando uma contraditória celeridade do procedimento, não **discute suficientemente o conflito, não oferecendo, às partes deste, solução, ou se reduzindo a acordos impossíveis de execução forçada**; ou ainda realizando-se mediante propostas

> de pena antecipada prioritariamente pecuniária, (inviabilizando a ressocialização do autor do fato), ou não previstas em lei (como o pagamento de cestas básicas, que é a criação judicial), ou, raramente, de penas de prestação social cujo cumprimento é parcamente fiscalizado”[11](grifo nosso).

Outrossim, ainda que fosse possível a aplicação do referido instituto, não poderia o Ministério Público oferecer tal proposta quando do oferecimento da denúncia, sob pena de inquestionável prejuízo ao réu. Consoante o Novo Código Processual Penal, pode o Juiz, antes de promover a citação, apreciar de plano a Denúncia avaliando as hipóteses que ensejariam a absolvição sumária, consoante artigo 396 o que seria mais benéfico ao réu. Tal medida, por si só, afeta a garantia do devido processo legal.

De outra sorte, para os que entendem que o recebimento da Denúncia se dá quando da apreciação da defesa preliminar, conforme Artigo 397 do novo Código, a suspensão do processo só teria lugar após a apresentação da defesa prévia, após o magistrado afirmar não estar presente qualquer das hipóteses que autorizam a absolvição sumária, o que garantiria ao réu a ampla defesa, pois o agressor tem de optar pela diminuição de seus direitos ou enfrentar o processo, sem que tenha sido ouvido ou que tenha produzido qualquer tipo de prova em sentido contrário ao que está narrado na Denúncia, o que resta em evidente prejuízo ao direito de defesa, vez que, presente qualquer das hipóteses do artigo 397, restaria o agressor absolvido. O oferecimento de proposta de suspensão feriria, assim, a garantia do réu ao devido processo legal e presunção de inocência.

Observando que o artigo 394 do CPP estabelece o procedimento comum sumário, para suspender o processo, é preciso que ele exista, o que implica necessariamente o recebimento da denúncia.

Oferecida a Denúncia e avaliada a defesa preliminar, é possível, ainda a determinação da produção antecipada das provas consideradas urgentes antes da suspensão, caso em que não haveria economia processual, tampouco a suspensão teria alcançado seu objetivo de evitar o processamento do agressor. Também restaria o agressor prejudicado.

> “Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a ‘ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente’, é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente.HC 99989/SP - **DJe**-231 DIVULG 09/12/2009 PUBLIC 10/12/2009”.

A utilização do período de prova na suspensão processual, cujo mínimo é de dois anos, pode trazer consequências e impedimentos para o agressor, por exemplo na obtenção de emprego, pois na ficha de antecedentes criminais constará um processo em suspensão, o que significa prejuízo, caso o mesmo pudesse ter sido absolvido.

Ademais, as “condições” propostas no *sursis* processual tem igual natureza punitiva e sancionatória do instituto do *sursis* penal, razão porque as mesmas proibições não podem ser consideradas despenalizantes, uma vez que se trata do mesmo contexto jurídico. Será então o agressor sujeito a uma espécie de “pena processual”, sem condenação e eventualmente de mesma monta que a que receberia no caso de condenação. Evidente o prejuízo ao agressor.

O Judiciário carece da capacidade instrumental de prestar eficazmente à sociedade e à vítima a fiscalização do cumprimento pelo agressor das condições a ele impostas, assim como ocorre na decretação das medidas protetivas, o que sana apenas a sensação de insegurança, oriunda da multiplicação emocional do perigo existente, desfazendo apenas a insegurança social e da vítima, uma vez que o arbitramento das mesmas não retira do infrator a capacidade de cometer o delito que intenta.

Por outro lado, tais condições geram insegurança para o agressor, uma vez que a qualquer momento pode ser surpreendido com uma eventual reclamação descabida da vítima de violação, por parte do agressor às condições impostas, o que findaria com a suspensão.

Isto retira do instituto sua utilidade, transformando-o tão somente em uma forma de “livrar-se mais rápido do processo”, com prejuízo evidente para o agressor e para a vítima, sem qualquer garantia de ressocialização, desatendendo, ainda, a garantia constitucional de “individualização da pena”, prevista na Lei nº 11.340/2006.

A experiência forense nos mostra que, quando o problema é a violência doméstica e familiar contra a mulher, a nova incursão sempre acontecerá antes do término do período de prova, pois vê-se que há um número de delitos reiterados pelos mesmos agressores contra as mesmas vítimas. O que faz da suspensão processual uma solução temporária para um problema permanente. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

> Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retratação, seguir-se violência contra a mulher em gradação maior.[12)]

Afinal, como a violência doméstica é cíclica, se não estancada, o agressor estará em breve sendo processado novamente, o que não resolve o acúmulo processual. Raros são os casos em que este tipo de ilícito foi um incidente isolado na vida do réu.

Por outro lado, ainda que enfrente a persecução penal e seja condenado, a execução da pena, ainda que pequena, significa condenação capaz de gerar reincidência e, como nos delitos de violência doméstica é esperado o aumento do nível de violência quando esta não é estancada, a **primeira** condenação deve, além de ter o efeito retributivo e fazer crer que não há mais impunidade nesse tipo de crime, fazer com que o agressor se sinta desestimulado a cometer novo delito.

Considerando que tais delitos são tipificados na Lei nº 111.340/06 como violação dos direitos humanos, a avaliação da utilidade da demanda judicial é feita frente aos Direitos Humanos das vítimas, e frente à necessidade de **prevenção** de novos delitos.

Com base nisso, o Estado-Acusação ou o Estado-Juiz não possui legitimidade para perdoar e, quando o faz de forma velada a sociedade interpreta como se fosse incentivo à delinquência ou aumento da impunidade, criticando a atuação do representante do Ministério Público que exortou pelo abrandamento das conseqüências do crime para o acusado, fazendo com que tal suspensão tenha por sinônimo a impunidade, descaso ou benevolência, desprezo aos direitos fundamentais da vítima.

Resta dizer que tal medida suspensiva não vai aligeirar a pesada carga de processos que estão distribuídos, porque a lei não constitui, por si só, instrumento eficiente de mudança cultural, retratando apenas o reconhecimento de direitos. Por isto a via legal, o processamento criminal pela Justiça, é a única e mais eficaz força de restabelecimento do equilíbrio social, rescindido pelo crime; o sistema judicial deve atuar em nome da "ordem pública", do "bem comum", do adequado provimento jurisdicional.

Ainda que fosse possível juridicamente falar na suspensão processual do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não seria ela deferida ao comitente de violência doméstica, porque as condições do referido artigo não seriam satisfeitas, uma vez que sua aplicação se condiciona à presença dos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena - inerentes ao artigo 77 do Código Penal - dentre os quais o atendimento às condicionantes do artigo 44, que prevê para os delitos cuja pena seja inferior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, nos delitos com qualquer pena sendo o crime culposo; Condiciona, ainda, à reparação do dano.

No delitos de violência doméstica contra a mulher, os casos são de natureza dolosa e sempre cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Os motivos são reprováveis, pois consistem em violência machista. As circunstâncias do crime não autorizam a suspensão porque não erradicam nem previnem nova violência sobre a mesma vítima e há violação dos direitos humanos. Também não é possível a reparação dos danos. Portanto, mesmo que tratássemos de agressor primaríssimo, este não alcançaria os critérios legais.

Por fim, para dissipar a questão, o STF, em decisão no Habeas Corpus nº 98880, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio, julgado este datado de 12/08/2009, considerou **imprópria** a mesclagem das leis nº 11.340/2006 e nº 9.099/95, oportunidade na qual decidiu quanto à oportunidade para renunciar à representação, que haveria de ser formalizada antes do oferecimento da denúncia, sob pena de preclusão, bem como, com clareza solar fala da impossibilidade da suspensão do curso da Ação Penal, nos seguintes termos:

> A Sexta Turma do Superior Tribunal assentou não se aplicar aos crimes praticados contra a mulher, no

> âmbito doméstico e familiar, os ditames da Lei nº 9.099/1995, anotando estar expressa, no artigo 44 da Lei nº 11.340/2006, a proibição de utilização do procedimento dos Juizados Especiais nessa hipótese. Não fora isso, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retratação, seguir-se violência contra a mulher em gradação maior. Em segundo lugar, não cabe distinguir onde o legislador não o fez. Com a regência especial referente à violência contra a mulher, predomina o critério específico, valendo notar que o artigo 41 da lei citada afasta, de forma linear, a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. A clareza do dispositivo é de molde a não se diferenciar quanto a institutos da lei dos juizados especiais.

A intensidade, a freqüência e a gravidade dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por si só desautorizam a aplicação da suspensão processual. Aliado a isto se observa que a suspensão em nada altera a potencialidade violenta do agressor, nem diminui a vulnerabilidade da vítima, não funciona como prática preventiva e não erradica a violência. Desatende ao objetivo da Lei nº 11.340/2006. Por estas razões e pelos argumentos técnicos apresentados, considero inaplicável a suspensão processual aos delitos desta natureza.

[1)] Cf. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.
[2)] DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Bem-vinda, Maria da Penha!** Jus Vigilantibus, Vitória, 08 ago. 2006. Disponível em < http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22173>. Acesso em: 09 dez. 2008, p. 3.
[3)] CAMPOS, Carmen Hein de. **O discurso feminista criminalizante no Brasil**: limites e possibilidades. Dissertação de mestrado. Florianópolis,1998. p. 91.
[4)] NUNES, Apolinário, M.: "As penas alternativas entre o direito penal minimo e máximo" en **Observatorio de la Economía Latinoamericana**, Número 78, 2007.
[5)] IZUMINO, Wânia Pasinato. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 10, n. 40, 2002, p.291.
[6)] MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcel y Fábrica**: los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX. 2. Ed. México: Siglo Veintiuno, 1985.
[7)] Nunes, 2007.
[8)] HERMANN, Leda. **A dor que a lei esqueceu comentários à lei nº 9.099/95**. São Paulo: Cel-Lex, 2000, p.128.
[9)] Hermann, 2000.
[10)] TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. 120 p. 88.
[11)] AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei nº 9.099/95, a Política Criminal e a Violência Doméstica contra a Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel e PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.
[12)] HC 98880 / MS - MATO GROSSO DO SUL - *HABEAS CORPUS* - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 12/08/2009 - **DJe**-160 DIVULG 25/08/2009.

1.10.2. A ação penal

Possibilidade de retratação e renúncia à representação – Audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/2006

O art. 16 da Lei nº 11.340/2006 prevê:

> "Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

Observando a motivação legal do referido dispositivo e as alterações legislativas por ele sofridas, nota-se que a redação original do *Projeto de Lei nº 4.559/2004, no art. 32*, que tratava da mediação (extirpada do procedimento dos crimes de violência doméstica quando do afastamento da aplicação da nº 9099/95), previa no § 6º: "A retratação ou a renúncia da representação somente serão consideradas válidas após audiência". A lei em vigor extirpou a palavra *retratação*, de sua redação, sendo possível perceber *não se tratar de lapso de técnica legislativa, mas de expresso afastamento da possibilidade da retratação.*

Por outro lado, faz a Lei Maria da Penha previsão da renúncia à representação, hipótese na qual a ofendida *deixa de exercitar o seu direito à representação*. Entretanto, tendo a vítima representado, já não é cabível a renúncia, visto que esta é "[...] a abdicação do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada".[1)] Se a vítima exerceu o direito de representar, dele não abdicou. A representação não depende de nenhum outro ato para produzir seus efeitos jurídicos, espelhando o desejo genuíno da vítima de ver a prestação da tutela jurisdicional, e não a abdicação desse direito.

Tem-se que a *representação* feita perante a autoridade policial tem plena validade jurídica. Não poderia o Estado violar o direito da vítima de ver o fato, em tese delituoso, ser examinado pelo Judiciário, sob pena de flagrante inconstitucionalidade por violação do art. 5°, inciso XXXV, da Constituição da República. A representação não tem formalidade expressa em lei, sendo a autorização processual da vítima ao Estado para a persecução penal.

A *renúncia*, como ato unilateral, significa a desistência, a abdicação do ofendido, ou de seu representante legal, do direito de originar a ação penal privada ou a ação penal pública condicionada à representação da vítima. Somente se pode renunciar ao que ainda não se exerceu. Não se pode renunciar a um direito que já foi exercido válida, volitiva e regularmente. A representação, uma vez oferecida de forma expressa e incontestável, revela o interesse da vítima em ver processado o autor do fato.

No crime de ameaça, para o qual a lei exige autorização da vítima para o devido processo, por meio de sua representação, apenas após essa representação está o Ministério Público autorizado a dar início à ação penal. Nesse caso é exigida a *autorização* da vítima para a *propositura* da ação penal. E se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o órgão do Ministério Público oferece a denúncia no prazo de quinze dias, dispensável até o inquérito policial (art. 39, § 5º).

Iniciada a ação penal, tendo observado os requisitos aqui expostos, incabível a renúncia, uma vez que o direito de representação foi regularmente exercido, não havendo hipótese de sua abdicação. Tem-se, portanto, que, oferecida à representação da vítima, não cabe a renúncia.

O Código Penal, no seu art. 102, e o Código de Processo Penal, no seu art. 25, prescrevem que a representação será *irretratável* depois de oferecida a denúncia. Não houve alteração legislativa nesse sentido, de modo que continuam vigentes os dispositivos em comento.

A audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006 diz respeito, claramente, ao procedimento a ser adotado quando a vítima exerce o seu direito de renunciar à representação contra o ofensor. Assim, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, e em se tratando de crime cuja ação penal depende de representação da vítima – como, por exemplo, o crime de ameaça, previsto no art. 147 do Código Penal –, ainda na delegacia de polícia, pode a vítima simplesmente dizer que não tem interesse na ação penal. Ou seja, pode a

vítima renunciar ao seu direito de representação, ao seu direito de ver a justiça promover ação penal contra seu agressor.

Nesse caso, tendo a vítima renunciado ao seu direito de representar, deve o magistrado, quando tomar conhecimento dos fatos, designar audiência para oitiva da vítima, ouvindo-se o Ministério Público. Tal audiência se justifica exatamente por se tratar de caso de violência doméstica, que foi praticada dentro dos limites da afetividade da vítima, que pode renunciar tanto por seu afeto pelo agressor quanto por estar subjugada à vontade dele. A audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006 representa mais um mecanismo de proteção à vítima, podendo-se avaliar se a renúncia é mesmo de sua livre vontade.

Mas há ainda uma *hipótese em que há a possibilidade de retratação da representação*, como prevê o art. 102 do Código Penal, bem como o art. 25 do Código de Processo Penal. Se a vítima, ainda na fase policial, regularmente, ofereceu representação, que originou validamente o inquérito policial e se trata de crime de ação pública condicionada à representação, pode ela se retratar, desde que a retratação seja feita antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para tanto, entende-se, deve ser aplicado o art. 16 da Lei nº 11.340/2006, designando-se audiência para verificar se a retratação foi feita estando a vítima livre de qualquer tipo de coação.

Sabemos que *nosso posicionamento não representa a única corrente doutrinária no nosso país*. Existem doutrinadores que defendem que houve um erro legislativo ao prever a palavra *renúncia* em vez de *retratação* no art. 16 da Lei nº 11.340/2006. Tal corrente entende que ainda há a possibilidade de conciliação própria dos Juizados Especiais, em que a vítima, mesmo que tenha representado perante a autoridade policial, pode se retratar de tal ato, por motivos próprios, principalmente por reconciliação com o agressor. Entende-se, assim, que não mais se tem presente o interesse do Estado em atuar nesses casos.

Apenas para *esclarecer bem o nosso posicionamento*, pensamos que não houve o tal equívoco do legislador, até mesmo pelo estudo histórico da Lei nº 11.340/2006 a que procedemos. O afastamento proposital do termo *retratação* nos indica que houve uma escolha do legislador nesse sentido. Não bastasse esse argumento, pensamos que a possibilidade de conciliação está afeta diretamente aos Juizados Especiais Criminais, que se mostraram ineficazes no combate à violência doméstica. Com o afastamento total da Lei nº 9.099/95, temos que o legislador, claramente, quis afastar também a possibilidade de conciliação, que, em verdade, somente enfraqueceu a vítima de violência.

Pensamos, ainda, para não sermos tão radicais em nosso posicionamento, que mesmo que tenha o legislador se equivocado, e que o termo correto para o art. 16 da Lei nº 11.340/2006 seja a *retratação*, tal procedimento somente faria sentido se houvesse, quando da apreciação da denúncia oferecida, algum indício de que a vítima queira efetivamente se retratar. Assim, se iniciado o inquérito policial, com autorização da vítima por meio de representação criminal, a autoridade policial termina seu trabalho via complementação das investigações e remete os autos à apreciação da justiça. O Promotor de Justiça, diante do inquérito concluído e esclarecidos os fatos, com a representação da vítima num caso de crime de ameaça, oferece a denúncia. Ao analisar a denúncia, e não tendo nenhuma informação pelo magistrado de que a vítima tenha interesse em se retratar da representação, não caberia ao magistrado abrir tal oportunidade baseado no art. 16 da Lei nº 11.340/2006. O que tal artigo prescreveria, em se tratando de representação, é que esta somente poderá ser feita em juízo, em audiência especialmente designada para tal finalidade, ouvido o Ministério Público. Não há nada que nos faça entender que no caso descrito, sem qualquer indício de que a vítima queira se retratar (pelo contrário, a vítima colaborou com as investigações, indicou testemunhas, compareceu na delegacia de polícia, etc., por hipótese), deva o magistrado abrir espaço para ouvir a vítima, se ela ratifica a representação já firmemente oferecida, ou se dela se retrata.

Várias são as consequências práticas de tal designação sem indicação alguma por parte da vítima de que queira se retratar. Primeiramente, a vítima pode, por absoluta falta de crença de que a justiça poderá socorrê-la, visto a morosidade dos atos processuais, desistir do processo e se conformar em continuar sua vida, muitas vezes ainda na companhia de seu agressor. Outra hipótese bastante comum é a de que a vítima já tenha se reconciliado com o agressor, já o *perdoou por mais um deslize*, e prefira continuar vivendo o martírio que já faz parte de sua existência, sem que a justiça concorra para uma efetiva mudança e melhoria da qualidade de vida de seus jurisdicionados.

Costumamos ficar até satisfeitos quando, via de regra, o casal chega ao fórum para os atos processuais pertinentes, de mãos dadas, sendo a própria vítima a principal defensora de seu agressor. E que bom que seja assim. Significa que a tomada de providência por parte da vítima já surtiu efeito positivo em sua vida e que o casal passou a conviver em paz, que é o objetivo principal de nosso trabalho. Mas a harmonia não apaga o crime que já ocorreu e merece resposta da justiça, até mesmo para que possa perdurar.

A reconciliação do casal é sempre fator positivo, mas não pode mais significar o silenciar da Justiça naquele caso. As estatísticas são alarmantes ao nos informar o alto índice de reincidência. A mulher brasileira, até por questões culturais, chega a considerar normal viver anos seguidos suportando ameaças e agressões, e são tentadas a perdoar, dar outra chance, mesmo que saibam, no seu íntimo, que as agressões são parte da rotina da família.

Vale ressaltar sempre o aspecto positivo da reconciliação. A Justiça pode ter um papel de grande importância nesse processo de libertação da mulher e de fortalecimento da família. Entendemos que, no caso de lesão corporal ou ameaça, deve o processo criminal chegar ao seu final, mesmo que a vítima compareça para dar a notícia da reconciliação com o agressor. Não que o Ministério Público queira que o agressor seja apenas condenado e cumpra pena de prisão, mas com a continuidade do processo, até seu final, há a possibilidade de absolvição pela fragilidade das provas, ou mesmo a condenação do acusado. Nos casos, por hipótese, em que as lesões são leves ou se trata de ameaça, pode haver a condenação, com a consequente substituição condicional da pena corporal, podendo, inclusive, uma das condições a serem impostas implicar a frequência do agressor a grupos de apoio e de fortalecimento e valorização da mulher e da família. Há exemplos vários de grupos que atuam nesse sentido, que já deram resultados bastante satisfatórios atuando nos casos de violência doméstica, ainda sob a competência dos Juizados Especiais.

Portanto, mesmo com a conciliação das partes, é necessário e legal que o processo penal chegue a seu final, e não seja mais um processo arquivado à espera da próxima agressão envolvendo, provavelmente, as mesmas partes.

Admitir a audiência do art. 16 nos casos em que já há a representação da vítima, para a sua ratificação, é voltar ao espírito da *conciliação* buscado pela Lei nº 9.099/95 e afastado pela Lei nº 11.340/2006. Nos casos de violência doméstica, a conciliação não resulta producente, já que as partes implicadas vivem sob o mesmo teto, estão implicadas emocionalmente, e não se sentem livres o bastante para se conciliarem.

Ação penal nos delitos de lesão corporal leve

Um ponto polêmico da Lei nº 11.340/06 diz respeito à *ação penal pública incondicionada no crime de lesão corporal leve*.

De acordo com o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), o crime de lesão corporal leve é caso de ação pública incondicionada. Em verdade, a regra geral prevista no Código Penal é a ação penal pública incondicionada. Os casos de ação privada e de ação penal pública condicionada à representação da vítima, por serem exceção, devem ter comandos expressos em lei, no que diz respeito à ação penal. Assim, até a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve sempre foi de ação penal pública. Essa lei expressamente, no seu art. 88, modificou a ação penal em relação aos crimes de lesão corporal leve e culposa. Assim, e por ser exceção à regra geral, não poderia ser diferente, a Lei nº 9.099/95 modificou a ação penal do crime de lesão corporal leve, que passou a ser ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Agora a Lei nº 11.340/2006 afastou, literalmente, a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, entre eles a lesão corporal leve, crime bastante comum no ambiente familiar. Afastando-se a Lei nº 9.099/95, afasta-se também o seu art. 88, uma vez que houve um afastamento total e não parcial da citada lei. Dessa forma, volta o crime de lesão corporal leve a ser de ação pública incondicionada.

Tal medida foi adotada para maior proteção da mulher, constantemente vítima de violência doméstica. Entendeu o legislador que deixar a cargo da mulher vítima de violência doméstica o destino da ação penal

contra seu agressor a fragiliza mais ainda no ambiente doméstico, pois ela pode ser intimidada a não oferecer representação, mantendo-se em constante situação de violência.

Essa situação foi amplamente debatida nas comissões parlamentares que discutiram a questão da violência doméstica, discussão que culminou com a Lei nº 11.340/2006. Chegou-se à conclusão de que os mecanismos trazidos pela Lei nº 9.099/95 não foram eficazes para diminuir a violência doméstica, sendo necessária uma resposta mais efetiva por parte da Justiça, para combatê-la. Assim, o afastamento total da Lei nº 9.099/95 nos crimes de violência doméstica contra a mulher foi a forma escolhida pelo legislador nacional para dotar a Justiça de mecanismos que possam, com efetividade, erradicar a violência doméstica no Brasil.

Porém, nesse assunto, *também há correntes contrárias*, que entendem que o afastamento da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher se deu apenas quanto a seus dispositivos despenalizadores, como transação penal, suspensão do processo, etc. Entendem que, no que diz respeito à modificação da ação penal no crime de lesão corporal leve introduzida pelo art. 88 da Lei nº 9.099/95, tal modificação permanece, mantendo o crime de lesão corporal leve, mesmo praticado contra a mulher em situação de violência doméstica, como crime dependente de representação da vítima, ou seja, *de ação pública condicionada à representação da vítima*.

Tal corrente se vale do estudo vitimológico o qual entende que deve se concentrar na mão da vítima o poder de decidir se deseja ou não processar o agressor. Entretanto, tal poder decisório se mostra parcial e comprometido, na medida em que as vítimas não têm – no momento em que se veem agredidas pelo parceiro ou cônjuge –, equilíbrio ou discernimento emocional para optar sem se comprometer. Umas, pelo medo da retaliação; outras, por vínculos gerados por relações afetivas de dependência emocional ou por carência financeira; outras, ainda, porque nunca tiveram autonomia sobre suas próprias vidas. Enfim, por uma gama de particularidades além da legalidade é que defendemos que deve ser entregue ao Estado a decisão de processar ou não o agressor.

Um dos argumentos defendidos por essa corrente é de que, no art. 12, I, da Lei nº 11.340/2006, quando há descrição das medidas a serem tomadas pela autoridade policial, há previsão expressa de *reduzir a termo a representação da vítima*. Ora, o art. 12 foi necessário para definir quais seriam as condutas a serem adotadas na delegacia de polícia na fase investigativa. Como as modificações quanto aos procedimentos dos juizados especiais foram consideráveis, fizeram-se necessárias novas orientações às autoridades policiais. Por exemplo, nos casos previstos pela Lei nº 11.340/06, não mais se lavra o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), mas a previsão é de instauração de inquérito policial, com a coleta de todas as provas necessárias à elucidação dos fatos, como oitiva de testemunhas, apreensão de objetos, encaminhamento a exame pericial, inclusive coleta do termo de representação. Esse último, por óbvio, é previsto apenas nos casos em que se fizer necessário, como nos crimes de ameaça. Nos crimes em que tal termo não é necessário, evidentemente, não há necessidade de se cumprir tal dispositivo.

O disposto no art. 12 é exatamente para esclarecer aos delegados de polícia os atos imprescindíveis às investigações, uma vez que houve uma mudança radical de procedimento, com o afastamento do TCO.

Da mesma forma, o artigo prevê coleta de prova testemunhal e pericial. Nos casos em que essa última não existir, por circunstâncias próprias de cada caso, não há que se desconsiderar a existência do crime. *Assim, o simples fato de se prever a coleta do termo de representação na delegacia de polícia não tem o poder de transformar todos os crimes ocorridos em situação de violência doméstica em crime de ação penal pública condicionada.*

Outro exemplo que nos socorre nesse entendimento é a ocorrência do crime de estupro, em situação da violência doméstica. *Tal crime é de ação penal privada*, por força do próprio Código Penal. Na ação penal privada não há que se falar em representação da vítima, a não ser em casos especiais previstos expressamente, sendo certo que a ação penal é iniciada por queixa-crime. A se adotar tal posição, temos que apenas pelo fato de o art. 12 da Lei nº 11.340/2006 prever expressamente a coleta da representação da vítima é que o crime de estupro passou a ser de ação pública condicionada à representação da vítima. Tal absurdo é impensável.

Da mesma forma, é inaceitável que, com o afastamento expresso da Lei nº 9.099/95 pelo art. 41 da Lei nº 11.340/2006, apenas pela previsão de representação genérica como uma das medidas a serem adotadas na delegacia de polícia, possamos pensar que o crime de lesão corporal leve continua a ser de ação pública

condicionada à representação da vítima.

Fica claro, no nosso entendimento, que a nova lei afastou por completo a Lei nº 9.099/95, *restaurando a incondicionalidade para o processamento das lesões corporais leves*, não precisando o Ministério Público de autorização da vítima para promover a ação penal.

Em simpósio realizado nos dias 28 e 29 de julho de 2007, reunindo Promotores e Procuradores de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi, por maioria dos presentes, decidido que o afastamento do art. 41 da Lei nº 9.099/95 dos crimes de violência doméstica apenas se refere ao afastamento dos institutos despenalizadores, bem como o rito processual, não modificando a ação penal nos crimes de lesão corporal leve, que dependeriam de representação da vítima. Nesse ponto, entendemos de forma diversa, porque o legislador, ao nosso ver, quis realmente dar ao caso um tratamento mais rigoroso, retirando da alçada da vítima o poder de decidir pelo processamento ou não do caso em que sofreu de violência doméstica e lesão corporal. Ocorre que, no nosso modesto entendimento, quando o art. 88 da Lei nº 9.099/95 introduz a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve, ele trata exatamente de instituto despenalizador, uma vez que, vencido o prazo decadencial de seis meses, não pode mais o agressor ser processado criminalmente. *Trata-se, portanto, de um instituto despenalizador, afastado dos casos de violência doméstica, conforme amplamente discutido no simpósio mineiro*. Assim, mesmo se entendendo que estão afastados os institutos despenalizadores, afastada também a hipótese de se exigir a representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve quando se tratar de violência doméstica.

Dito isso, torna-se óbvia a impossibilidade da aplicação da Lei nº 9099/96, *inclusive quanto ao procedimento, às condições da ação* e dos institutos despenalizadores e à transação penal, visto que todas as especificidades da Lei nº 9099/95 são privilégios inerentes à individuação da pena, típicos dos que cometem delitos de menor potencial ofensivo. São benefícios constitucionalmente garantidos aos que cometem crimes que não sejam considerados tipicamente como violência doméstica. Não se trata só de agravar a satisfação dos requisitos para sua concessão ou de atribuir condição particularmente mais gravosa, trata-se de individualização da pena de acordo com a gravidade do crime. A violência doméstica é reconhecidamente violação dos direitos humanos e, portanto, merece seja apenada de forma mais gravosa, não fazendo jus o agressor, no lar e na família, a benefícios reservados àqueles que cometem crimes de menor potencial ofensivo.

[1)] JESUS, Damásio de. **Código de processo penal comentado**. 13 ed.

1.10.3. Crimes e delitos

A Lei nº 11.340/2006 não definiu crimes nem prescreveu nenhuma figura típica, mas modificou questões importantes do ponto de vista do direito penal e do direito processual penal.

O art. 5º da Lei Maria da Penha prevê literalmente que "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial".

Assim, toda ação ou omissão que cause dano moral, físico, psicológico e até patrimonial à mulher em situação de violência familiar e doméstica pode ser objeto de alcance da Lei nº 11.340/2006.

Entre os crimes mais comuns citam-se: homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, cárcere privado, crimes contra o patrimônio, crimes sexuais, etc.

Discute-se, de início, a possibilidade do crime de *homicídio* praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar. Esse crime sempre foi da competência indiscutível do Tribunal do Júri, visto que se trata do bem maior a ser protegido pela legislação penal – a vida. Fica então um questionamento em relação a possível conflito de competência entre o previsto Juizado da Mulher e o Tribunal do Júri. Entendemos que esse é um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 11.340/2006 e que depende de estudos mais aprofundados para a sua solução. Já se tem notícia – como em Belém, no Estado do Pará – da criação de Varas Especializadas contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência inclusive para o Tribunal do Júri.

No nosso entendimento, enquanto não devidamente estruturados os Juizados da Mulher, a melhor solução seria que tais crimes continuassem sob a responsabilidade do Tribunal do Júri, já devidamente estruturado para os processos de crimes contra a vida. Mas nada impede que haja uma atribuição concorrente da Promotoria de Justiça Especializada. Mesmo se tratando de uma ideia incipiente, entendemos que os Promotores de Justiça atuantes perante o Tribunal do Júri possam se responsabilizar pelo caso concreto, pelas circunstâncias e resultados do crime de homicídio, bem como de suas qualificadoras. Porém, no que tange à qualificadora específica da violência doméstica, esta pode ser defendida pela atuação da Promotoria Especializada na Defesa da Mulher.

Os crimes de *lesão corporal leve* juntamente com os crimes de ameaça são os mais comuns envolvendo relação familiar. É habitual nos lares brasileiros mulheres que suportam durante anos várias agressões físicas, que não chegam a causar dano físico grave e configuram a lesão corporal leve. As lesões mais comuns resultam do fato de a força física do homem ser superior à da mulher e decorrem de socos, chutes, pontapés, tapas, bem como arremesso de objetos de toda natureza. Não raras vezes há ainda tentativa de asfixia. As agressões físicas, na maioria dos casos, provocam hematomas, hemorragias, fraturas de ossos, principalmente de mãos e face, e escoriações em geral.

Há casos em que se ultrapassam os limites das lesões leves, chegando-se à configuração técnica de lesões graves e gravíssimas.

Outro crime muito frequente é o de ameaça de causar algum mal à vítima, como ameaça de lesão corporal e, muitas vezes, ameaças de morte. Os crimes de ameaça são praticados pessoalmente, por interposta pessoa, por telefone e por mensagens de computador. O certo é que as ameaças são firmes de forma a atemorizar as vítimas, retirando-lhes a paz e a tranquilidade e, muitas vezes, incapacitando-as para a prática dos atos de sua vida diária. Muitas vítimas se veem obrigadas até mesmo a deixar o emprego tamanho o medo que sentem das ameaças. Assim, temos que o crime de ameaça, devidamente efetivado contra as vítimas, é dos mais comuns e o que mais nos preocupa pelas consequências danosas à vítima, pois representa um dano psicológico grave.

Não se pode esquecer dos *crimes sexuais (crimes contra os costumes)*, mais frequentes no ambiente familiar, muitas vezes praticados por marido e companheiro. Essa questão é imensamente complexa pelo envolvimento cultural e social. Muitos homens sentem-se no direito de se servir do corpo da *sua* mulher para a satisfação de seus desejos sexuais. A mulher que por qualquer motivo não o atenda a tempo e modo muitas vezes é vítima de abuso sexual. Esses crimes não são os mais frequentes que nos chegam no dia a dia da Promotoria Especializada e esperamos que não seja por vergonha das mulheres em denunciar tal situação.

A lei ainda prevê crimes que lesem o *patrimônio* da vítima. Tais crimes ocorrem, porém, com menor frequência. Supomos que seja porque, quando a vítima procura por ajuda, o que a faz tomar essa decisão são condutas criminosas mais ligadas ao risco de vida, risco de integridade física e falta de tranquilidade psicológica. A questão patrimonial não se revela como a mais importante na maioria dos casos. Mas não raras vezes as mulheres relatam crimes patrimoniais associados aos demais. Assim, nos conflitos familiares em que a mulher foi espancada, ameaçada, por vezes ainda é posta para fora de casa ou lhe são subtraídos documentos necessários para a tomada de providências protetivas, principalmente documentos de identidade e certidão de nascimento de filhos, bem como seus cartões de vacinação. Evidentemente há crimes patrimoniais mais graves, principalmente como nos casos em que a vítima chega à Promotoria de Justiça sem lugar para se abrigar e a seus filhos.

Todos esses crimes já estão previstos no Código Penal, que traz uma modificação importante em relação à pena prevista para o crime de lesão corporal praticada mediante violência doméstica, reprimenda que passou para três meses a três anos de reclusão.

A modificação ocorreu no art. 129 do Código Penal, no *quantum* da pena. Sobre esse assunto trataremos mais detalhadamente no item sobre as modificações legais trazidas pela Lei nº 11.340/2006.

Os crimes contra a honra são muito comuns nos casos de violência doméstica, em que muitas vezes as agressões físicas e as ameaças são acompanhadas de crimes contra a honra, principalmente crime de injúria. As ofensas verbais são recorrentes e muito frequentes, o que demonstra a falta de respeito do casal e das pessoas envolvidas. A falta de cuidado e delicadeza no trato familiar é flagrante e demonstra a degradação da família moderna. É comum o agressor denegrir a honra da vítima, deixando-a em farrapos, com a autoestima completamente comprometida.

Além dos crimes já descritos, temos ainda as *Contravenções Penais*. Como já descrito anteriormente, o art. 5º da Lei nº 11.340/2006 fala em qualquer ação ou omissão praticada na situação de violência doméstica. Assim, as Contravenções Penais também estão inseridas nesse contexto.

A Contravenção Penal de Vias de Fato, prevista no art. 21 da Lei das Contravenções Penais, é uma das mais comuns entre as abrangidas pela Lei Maria da Penha. Mas, em tese, outras contravenções penais são passíveis da aplicação dessa lei especializada. O processamento das contravenções penais também será analisado melhor nas modificações das leis, em seção à parte.

Há discussões sobre se as *contravenções penais estariam abrangidas pela Lei nº 11.340/2006*, uma vez que o art. 41 dessa lei afastou os benefícios da Lei nº 9.099/95 dos crimes praticados mediante violência doméstica. Ocorre que o art. 41 apenas fez menção expressa aos crimes e não às contravenções.

Pensamos que o *aparente conflito* de normas pode ser resolvido das duas formas a seguir mencionadas:

- 1) O art. 5º da Lei nº 11.340/2006 prevê como violência doméstica toda e qualquer ação ou omissão que cause dano físico, psicológico ou patrimonial à vítima. Assim, as lesões corporais estão inseridas nesse contexto, não tendo sido afastadas dos rigores da Lei nº 11.340/2006. Devem, portanto, seguir todo o procedimento previsto nessa lei, inclusive, saindo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Como o art. 41 não previu o afastamento da Lei nº 9.099/95 nos casos de contravenção penal, entendemos que podem ser aplicados a elas os benefícios da Lei nº 9.099/95, porém na Justiça Comum. Seria o caso de proposta de transação penal, em que não se poderia aplicar a prestação pecuniária, expressamente vedada pela Lei nº 11.340/2006.
- 2) A segunda opção é a de considerar como violência doméstica também as contravenções penais, como previsto no art. 5º, e aplicar a elas todos os dispositivos da Lei nº 11.340/06, na Justiça Comum, por se tratar de lei mais gravosa e pelo *princípio da especialidade*.

1.10.4. Atendimento à vítima

Após essas explicações inevitáveis a respeito de questões relevantes dos pontos polêmicos trazidos às discussões doutrinárias sobre a Lei nº 11.340/2006, entendemos necessário e de bastante utilidade para os Promotores de Justiça que atuam na área da violência doméstica esclarecimento sobre o dia a dia da promotoria, o que fazemos para solucionar os problemas que se nos apresentam, como buscar, na prática, a solução para as questões apresentadas.

Geralmente os casos nos chegam via Judiciário. A mulher em situação de violência doméstica aciona a Polícia Militar, esta encaminha o caso para a Polícia Civil, que toma as medidas necessárias ou possíveis, reduz a termo as declarações da vítima, encaminha ao juiz as medidas protetivas solicitadas pela vítima e dá início às investigações criminais. Após a análise e decisão do Poder Judiciário sobre as medidas protetivas é que estas chegam aos nossos gabinetes, para conhecimento e tomada de providências. A esse respeito, falaremos mais detalhadamente no tópico das medidas protetivas.

Contudo, outros casos nos chegam aos gabinetes sem ter passado por nenhum dos órgãos referidos. Daí a importância fundamental do atendimento à vítima ser feito na promotoria de Justiça, de forma adequada, tranquila, firme. Achamos, inclusive, que tal atendimento merece um tópico independente, tamanha sua relevância em todo esse processo.

Ouvida a vítima, vamos tomar as providências que se impõem, de acordo com cada caso, e acompanhar o desenrolar dos procedimentos adotados.

O atendimento propriamente dito

O primeiro ponto que entendemos importante ressaltar é o atendimento à vítima – aquela que nos procura fragilizada, muitas vezes machucada e, com certeza, com feridas emocionais. Devemos, sempre e da melhor forma possível, favorecer esse atendimento, preparando um ambiente favorável, com pessoal capacitado para receber a vítima e ouvi-la. Esse primeiro contato é muito importante. A vítima tem no Ministério Público um grande aliado, mas a figura do Promotor de Justiça, muitas vezes, afasta e intimida a vítima simples, fragilizada, infeliz, e que se sente inferiorizada. No nosso caso, o atendimento é feito por oficial do Ministério Público ou diretamente pelo Promotor de Justiça, que procura saber se há processo em andamento, ouve a vítima, colhe a termo suas declarações e a orienta a procurar abrigamento, nos casos mais graves. O ambiente simples, acolhedor, em local mais silencioso e sem trânsito de pessoas e acúmulo de processo, é mais propício para esse atendimento. Seria bastante benéfico que os ambientes de oitiva de vítima fossem previamente preparados para tal finalidade, já que, na maioria das vezes, as vítimas estão envergonhadas ou têm que descrever fatos íntimos de suas vidas, inclusive de sua vida conjugal. Tais cuidados, além de facilitarem trabalho, valorizam as vítimas e as encorajam na tomada de posição na própria vida. O fato de já terem conseguido buscar ajuda já representa um passo muito importante. Quando ainda encontram um ambiente favorável, com certeza, as vítimas sentem-se acolhidas e fortalecidas no passo que estão dando para sua mudança de vida.

Muitas vítimas saem dos atendimentos visivelmente satisfeitas por terem encontrado alguém que as ouvisse e que pudesse dar algum encaminhamento a seu caso.
Dependendo de cada situação, as vítimas são encaminhadas ou a delegacia de polícia para instauração de inquérito policial e realização do exame de corpo de delito de suas lesões e/ou a abrigos para sua proteção. Pode o Promotor de Justiça requerer ao juízo as medidas protetivas solicitadas pela vítima, bem como requerer prisão preventiva do agressor, conforme o caso.

O importante é informar à vítima o que vai ser feito, para que ela tenha ciência do que pode acontecer e o que significa sua atitude de pedir ajuda ao Ministério Público. As vítimas têm que ser alertadas, inclusive, de que o ofensor pode ficar mais agressivo se souber que ela tomou alguma providência, sendo mais aconselhável manter o sigilo quanto ao atendimento para que a situação em casa não piore, até que alguma medida judicial possa ser efetivada. São muito comuns relatos aumento de violência por parte dos agressores, quando as vítimas tomam alguma providência contra eles. Isso significa que, quando a vítima denuncia uma agressão, sua integridade física poderá estar sob risco maior, e deve ser alertada sobre tal fato, para se precaver.

No atendimento à vítima, ouvimos a sua versão dos fatos, e, quando detectamos que o caso é grave, preocupante, a vítima é submetida a uma *avaliação de risco*, que nos dá uma noção do perigo que a ela está correndo na realidade. São perguntas fáceis, a que ela responde orientada por pessoal treinado por nós. Dependendo do resultado, se a avaliação nos informa sobre risco de moderado a grave, já orientamos a vítima a procurar um abrigo e a ajudamos com a preparação de um *Programa de Segurança*. Esse programa tem que ser elaborado junto com a vítima, com algumas informações que lhe devem ser passadas e com outras fornecidas por ela. Todo esse material é guardado na promotoria de Justiça, em arquivo próprio para cada vítima, de forma sigilosa. Tanto a *avaliação de risco* quanto o *Programa de Segurança* adotados pela promotoria de Justiça estão à disposição de colegas que queiram conhecer e desenvolver o mesmo sistema. Para tanto, a promotoria especializada pretende, ainda, divulgar suas atividades e disponibilizar para os promotores de Justiça interessados material necessário, promovendo maior integração ministerial.

A avaliação de risco é de grande valia para balizar a nossa atuação em cada caso: em que situações vamos requerer a prisão preventiva, em quais vamos pedir o afastamento do agressor do lar conjugal, em quais vamos encaminhar, sigilosamente, a vítima para abrigos, etc.

É importante guardar uma cópia do termo de declarações da vítima na promotoria de Justiça, em arquivo próprio, e dar outra à vítima, tudo devidamente autenticado. O arquivo é bem apropriado para a continuação do atendimento daquela mesma vítima num possível retorno, o acompanhamento das providências tomadas em cada caso, além do estudo estatístico da violência doméstica na comarca. É importante observar se houve aumento dos casos de violência doméstica na comarca ou das denúncias por parte das vítimas. Esse é um dado importante para nortear a ação ministerial nesse aspecto, como forma de promover ações preventivas extrajudiciais.

O requerimento de medidas protetivas

A Lei nº 11.340/2006, nos arts. 18 a 24, introduziu as *medidas protetivas* como forma de aumentar a segurança das vítimas de violência doméstica. O objetivo principal diz respeito, obviamente, a sua integridade física, mas não foram esquecidas outras medidas muito importantes para as mulheres tentarem levar, no máximo possível, uma vida normal, digna e que possa lhe proporcionar tranquilidade para continuar trabalhando, criando os filhos, pagando suas contas, exercendo os atos importantes de sua vida civil, com maior tranquilidade.

Como foi absolutamente necessário dotar a mulher em situação de risco e de violência doméstica de mecanismos que a fortaleçam e que lhe possibilitem levar a vida adiante, houve por bem o legislador prever o deferimento imediato pelo juiz – assim que este tomar conhecimento da gravidade do caso –, de medidas protetivas, que não são somente de natureza criminal, mas também civil, principalmente o direito de família.

Vale ressaltar que o texto original do Anteprojeto de Lei nº 4.559/2004 chamava tais medidas de *medidas cautelares*. Já o texto final aprovado e previsto na Lei nº 11.340/2006 denominou-as de *medidas protetivas*, retirando assim o termo *cautelares*. Tal mudança não aconteceu por acaso, muito menos por erro legislativo. Ocorre que o termo *cautelar* remete, de imediato, ao rito das *medidas cautelares* previstas no Código de Processo Civil, até mesmo porque o seu objeto possui conteúdo inequivocamente civil. Assim, temos que a mudança da nomenclatura quis, de forma bastante incisiva, dar às *medidas protetivas* o cunho mais amplo, de medidas cautelares tanto civis quanto criminais.

Analisando melhor a questão, verificamos que não poderia ser outra a interpretação, uma vez que as medidas protetivas estão relacionadas, obrigatoriamente, à ocorrência de uma conduta delituosa, que deve ser combatida pelo direito penal.

Quanto aos requisitos das medidas cautelares civis, temos os já conhecidos e bastante estudados *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ocorre que no caso das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006, de natureza criminal, não há a presença do *fumus boni iuris*, já que estamos diante de uma prática de um ato ilícito. Não há que se falar em fumaça de bom direito quando o que se vislumbra é uma prática criminosa. Em verdade, o requisito presente que se constata é o *fumus commissi delicti*.

> "Não se pode afirmar que o delito cometido é uma *fumaça do bom direito*, quando na verdade o que se espera é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, o *fumus delicti*, ou como bem observa Delmanto Júnior, o *fumus commissi delicti*.
> Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto fumus delicti, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*".[1)]

Da mesma forma ocorre quando analisamos o outro requisito para a medida cautelar de natureza cível, ou seja, o periculum in mora. Vê-se claramente que tal requisito não está presente como essencial para o deferimento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006, de natureza criminal. O que se tem é uma situação de risco para a vítima, que precisa de proteção do Estado, uma vez que presente o requisito da medida cautelar criminal *periculum libertatis*.

É o *periculum libertatis* o pressuposto da cautelar penal, uma vez que, solto ou, no caso da medida protetiva, sem limitação de sua liberdade, poderá o agressor continuar a ofender a ordem pública.

É de se considerar que a exigência do periculum libertatis é mais criteriosa do que o simples *perigo da demora*. Tourinho Filho entende serem os pressupostos semelhantes. Escreve o doutrinador: "O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida imprescindível às investigações criminais".

No presente caso, o *periculum libertatis* pode colocar em risco a integridade física, psicológica, patrimonial, etc., da vítima de violência doméstica. As medidas protetivas precisam ser deferidas com a rapidez necessária para que o Estado consiga, efetivamente, dar proteção às vítimas de violência doméstica. Evidentemente, estamos diante de um caso relacionado à ocorrência de um crime, o outro requisito da medida cautelar criminal, ou seja, o *fumus commissi delicti*.

Assim, temos, como exemplo, uma medida protetiva que proíbe ao agressor aproximar-se da vítima a uma distância, a ser fixada, suficiente para garantir a esta sua integridade física. Não se trata da prisão do agressor, mas sim de uma limitação em seu direito de liberdade. Dessa forma, estando presentes os requisitos *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, deve a medida protetiva ser aplicada de imediato.

Com essas considerações, temos que as medidas protetivas de natureza criminal não estão presas ao processo previsto para as medidas cautelares do Código de Processo Civil.

O art. 22 da Lei nº 11.340/2006 exemplifica medidas protetivas que obrigam o agressor. Vejamos:

> "Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003:
> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
> a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
> b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
> c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
> IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
> V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios".

As medidas previstas nos incisos I, II e III, letras *a, b e c*, são de natureza criminal. As previstas nos incisos IV e V são medidas de natureza civil. Todas obrigam diretamente o agressor.

As medidas protetivas que protegem as vítimas são elencadas nos arts. 23 e 24, transcritos a seguir.

> "Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
> I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
> II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
> III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
> IV - determinar a separação de corpos.
> Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
> I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
> II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
> III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
> IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.
> Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo".

Necessário que se compreenda que tais medidas são elencadas exemplificativamente, podendo outras ser requeridas e aplicadas de acordo com as necessidades de cada caso. A Lei nº 11.340/2006 prevê que as medidas protetivas serão objeto de expediente apartado, não ficando vinculadas à investigação criminal.

Com efeito, o procedimento das medidas protetivas não segue o rito do processo criminal. Muito bem fez o legislador em definir procedimento próprio para elas que, dada à urgência do caso, não devem ficar adstritas ao processo investigativo nem mesmo ao processo criminal. Assim, são autuadas em apartados, têm andamento processual próprio, com finalidades distintas. O inquérito policial objetiva a investigação dos fatos e a futura propositura de ação criminal. O expediente de medidas protetivas visa à aplicação urgente de medidas que protejam a vítima e garantam a paz social.

Quanto ao tempo de duração das medidas protetivas, da mesma forma como as medidas cautelares criminais, é certo que elas deverão prevalecer até que estejam presentes os requisitos e as situações fáticas que ensejaram a sua aplicação. Assim, não estamos presos aos prazos do processo civil. Deferidas as medidas protetivas, estas terão vigência até que se tenha prova nos autos de que os motivos ensejadores não mais existem. Será necessária uma avaliação criteriosa caso a caso, ouvindo-se, inclusive, a mulher beneficiada pela concessão das medidas.

Esse entendimento ainda não está pacificado na doutrina brasileira, e há aqueles que defendem que as medidas protetivas são de natureza civil, devendo, portanto, seguir o rito e os requisitos definidos para as medidas cautelares civis. Nesse caso, deferidas as medidas, elas têm a validade de trinta dias, prazo no qual deve ser proposta a ação principal. Não é o que pensamos, por todas as dificuldades em se dar cumprimento a tais prazos e à efetividade das medidas. A se adotar esse entendimento, temos que, deferidas as medidas, tem-se o prazo de trinta dias para o ajuizamento da ação penal, que é ajuizada pelo Ministério Público. E a vítima não pode ser prejudicada, com a suspensão das medidas que a protegem pessoalmente, por uma eventual demora do Ministério Público em oferecer a denúncia, ou mesmo a de se chegar ao fim das investigações. A realidade nos mostra que muitos inquéritos policiais, senão a sua maioria, pela imensa quantidade de feitos, não terminam a investigação no prazo de trinta dias. Assim, a vítima poderá, e muito, ser prejudicada por não se ter o fim do inquérito policial e a necessária propositura da ação penal pelo Ministério Público no tempo de trinta dias.

Percebemos outro problema prático em se considerarem as medidas protetivas como medidas cautelares de natureza civil. Ao descumprimento de tais medidas deverá, então, ser aplicada penalidade. Tal situação se torna, na prática, inviável. Se a penalidade for de multa por dia de descumprimento, por exemplo, fica difícil aferir quantas vezes e por quantos dias isso ocorreu, e a aplicação de pena de multa está em total desconformidade com o espírito da Lei nº 11.340/2006. A Lei Maria da Penha veda a imposição de penalidade criminal de prestação pecuniária, exatamente para que o agressor não se livre da imposição criminal por meio

de pagamento em dinheiro. Afinal, a Justiça tem que ser para todos, não só para os endinheirados e a coibição da violência doméstica não pode estar atrelada a questões financeiras.

Por essas questões apontadas, entendemos que as medidas protetivas são medidas cautelares de natureza criminal e devem ter a duração necessária para a garantia da segurança e integridade da vítima.

Assim, quando deferidas as medidas protetivas, o agressor e a vítima devem ser intimados pessoalmente, e a vítima não pode entregar ao agressor tal intimação. Tudo, obviamente, para protegê-la.

As medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 podem ser requeridas pelo Ministério Público depois de ouvida a vítima, a pedido desta, desde que atendam ao interesse dela. O rol elencado no art. 22 é apenas exemplificativo, podendo haver outras medidas que o Promotor de Justiça ou a própria vítima entendam necessárias e que podem ser requeridas ao juízo.

Geralmente, as medidas protetivas chegam às nossas mãos, para conhecimento, após decisão judicial, vindas das delegacias de polícia. Nesse momento, tomamos conhecimento se as medidas foram deferidas ou não, ou se o foram apenas parcialmente. Dependendo do caso e das informações ali constantes, requeremos a reconsideração do juízo, para que sejam deferidas as medidas solicitadas pela vítima. Entendemos que, se a vítima as solicitou, é porque são necessárias, pois ela sabe de sua realidade, que nós não somos capazes de avaliar, naquele momento, sem mais elementos de provas. Mas, no caso de haver risco para a vítima – estamos tratando de violência doméstica –, melhor que seja afastado do que deixar a vítima continuar a conviver com tal situação.

Se as medidas protetivas são deferidas, requeremos sejam juntados os mandados de intimação aos autos, devidamente cumpridos.

Se são deferidas parcialmente, e há pedido de pensão alimentícia para filhos menores que tenha sido indeferido, por exemplo, pedimos seja a vítima intimada a juntar a certidão de nascimento dos filhos, para comprovar a paternidade, e aí insistimos no deferimento do pedido de alimentos para eles.

Uma questão que se apresenta bastante séria é o prazo de vigência das medidas protetivas, se consideramos os procedimentos como independentes, e não como acessórios. E se houver sentença condenatória, no processo penal, o agressor cumprir a pena à qual foi condenado, como fica a proteção da vítima? Se o procedimento de medidas protetivas for considerado acessório do processo penal, com o cumprimento da pena, esse vai ser arquivado, e, consequentemente, as medidas protetivas perderão a eficácia e a vítima ficará novamente sem proteção. A Lei nº 11.340/2006 silenciou sobre esse ponto. Nos EUA, mesmo findo o processo criminal, as medidas protetivas podem prevalecer por um período de cinco anos, ou seja, o agressor, após ter cumprido a pena, estará em liberdade total, mas ficará proibido de se aproximar da vítima, e com isto não pode voltar a agredi-la. Aqui no Brasil não há manifestação legal expressa a esse respeito. Já tivemos um caso em que o agressor ficou preso por oito meses e meio, cumpriu totalmente a pena que lhe foi aplicada, voltou às ruas, e, em menos de um mês, retornou a sua casa, ameaçando novamente a família, principalmente a mulher, munido de um pedaço de pau de mais de um metro de comprimento, sendo, por isso, novamente preso em flagrante.

Pensamos que essa situação precisa ser resolvida de melhor forma. Se as medidas protetivas continuassem a ter validade após resolvido o processo criminal, teríamos a esperança de que novas agressões e ameaças poderiam ser evitadas, diminuindo, assim, a violência doméstica. Esse é um ponto interessante e ainda sem fácil resolução. Pensamos que, ao sentenciar condenando por crime em situação de violência doméstica, o juiz poderá determinar que o agressor continue cumprindo as obrigações constantes nas medidas protetivas, principalmente no que diz respeito à proibição de se aproximar da vítima por um espaço determinado, que garanta a ela e a sua família a integridade física. Assim, defendemos que as medidas protetivas são de natureza criminal, devendo prevalecer até que sejam necessárias.

Providências diante do descumprimento das medidas protetivas

No caso de terem sido deferidas as medidas protetivas, devemos observar se estão sendo cumpridas e se delas

o agressor foi intimado pessoalmente.

Geralmente a notícia do seu descumprimento, principalmente em relação ao afastamento, chega-nos através da própria vítima, que nos procura para informar que, apesar do deferimento das medidas protetivas, o agressor continua a se aproximar dela, com agressões e ameaças. Nesse caso, reduzimos a termo as declarações da vítima e o encaminhamos, com cópia das medidas protetivas, à delegacia de polícia para apurar crime de desobediência. Se o caso se apresenta grave o bastante, além dessa providência, protocolamos, perante o juízo, pedido de prisão preventiva do agressor. Os juízes geralmente deferem a prisão preventiva para garantir a ordem pública e a integridade física da vítima.

Se o agressor descumprir a medida a ele imposta, é caso de crime de desobediência, devendo haver a apuração e o processo devido, sem prejuízo de avaliar, diante da gravidade do caso e do risco que possa estar correndo a vítima, a possibilidade de se decretar a *prisão preventiva* do agressor.

[1)] Rogério Marcus Alessi

1.10.5. Prisão preventiva na Lei nº 11.340/2006

O art. 20 da Lei nº 11.340/2006 estabelece:

> "Art. 20 Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
> Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

Não se trata aqui de um novo tipo de prisão preventiva diverso do já existente e previsto. O que fez a Lei nº 11.340/2006 foi acrescentar ao Código de Processo Penal mais uma hipótese em que é possível a decretação da prisão preventiva. Modificação como essa já foi feita anteriormente, com a inclusão de outros requisitos para tanto, principalmente no que diz respeito à ordem econômica.

Com muito mais razão, vem a lei prever a possibilidade de decretação de prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que a sua vida e a integridade de sua família correrem reais riscos.

Exige-se ainda, para a decretação da prisão preventiva, que esteja abalada e em risco a ordem pública ou que haja ameaça à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. A análise do caso é que vai dar o norte de tal entendimento. É necessário que se esteja diante de uma situação, facilmente provável, de que a ordem pública esteja em risco, havendo o *periculum libertatis* na decretação da ordem de prisão, sendo certo que se trata de medida de exceção e de urgência. Essa medida é para os casos mais extremos em que a manutenção do agressor em liberdade realmente represente risco para a vítima ou suas testemunhas. Evidentemente, que nesse caso, estamos diante de uma situação em que há indícios suficientes de autoria delitiva e provas de materialidade, quando for o caso.

Assim, prevê o art. 313 do Código de Processo Penal:

> "Art. 313 - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos.
> [...]
> IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

A previsão de prisão preventiva em virtude de violência doméstica e familiar contra a mulher aumentou bastante os casos em que a prisão preventiva é cabível, sendo ela possível, em tese, em qualquer crime doloso, independentemente da pena cominada ser de detenção ou de reclusão, desde que o crime tenha sido praticado em situação de violência doméstica e quando as medidas protetivas previstas pela Lei nº 11.340/2006 não forem suficientes para garantir à vítima a sua integridade física, moral, psicológica.

A prisão preventiva, como medida cautelar criminal, deve ser mantida enquanto persistirem os motivos ensejadores da medida extrema. Da mesma forma, desaparecendo tais motivos, pode a medida de prisão preventiva ser revogada. Nada impede, portanto, que, mesmo revogada ou negada de início, não possa ser reavaliada e novamente decretada, observando-se os fatos e os requisitos para sua decretação.

A adoção da medida cautelar de prisão preventiva depende de estarem presentes os requisitos *fumus delicti* e *periculum libertatis*. "Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo", nos dizeres de Greco Filho.

Assim, a situação de risco que abale um indivíduo, atinge toda a ordem jurídica, que merece a ação da Justiça para a sua preservação.

Entendemos ainda que numa situação de descumprimento de medidas protetivas deferidas, as quais realmente

protegem a vítima (como a proibição ao agressor de se aproximar da vítima), por absoluto interesse em proteger a integridade da pessoa ameaçada, pode haver a decretação da prisão preventiva do agressor.

1.10.6. Sugestões de leitura para aprofundamento no assunto

- ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. Família no Brasil dos Anos 90: Um Estudo sobre a Construção Social da Conjugalidade Homossexual. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: http://www.asselegis.org.br. Acesso em: 2008.
- ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DA TORTURA. Monitoramento de locais de detenção – um guia prático. Disponível em www.apt.ch/component/option,com_docmon/task,cat_view/gid,58/Itemid,59/long,em/> Acesso em: 12 set.2008.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 450-451.
- BASILEU, Garcia. Comentários ao Código de processo Penal. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 1945. p.169/170
- BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006. Acesso em: 2008.
- BORGES, Alci Marcus Ribeiro. Direitos humanos: conceitos e preconceitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1248, 1 dez. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9225. Acesso em: 17 abr. 2008.
- CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 7. n. 80, 21 set. 2003. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?. Acesso em: 09 abr. 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DA SILVA, Jorge. Direitos civis e relações raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- FOLEY, Conor. Combate à tortura, manual para magistrados e membros do Ministério Público. Reino Unido: Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story. Acesso em: junho 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 275.
- IBGE. Participação político-social - subtema: Justiça e vitimização Suplemento da PNAD 1988. Amostra: 81.628 domicílios.
- ISHAY, Micheline R. Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos desde a Bíblia até o Presente. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Código de processo penal anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LEMOS, Aline Maria da Rocha. Convivências homoafetivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8313. Acesso em: 09 abr. 2008.
- MARCÃO, Renato. Racismo ou injúria racial? O caso Grafite. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 651, 20 abr. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6604. Acesso em: 18 abr. 2008.

- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Ministério Público e direitos humanos. Campinas: Bookeseller, 2005.
- MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764. Acesso em: 09 abr. 2008.
- MINAS GERAIS. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - Projeto de Lei nº 4.559/04 Exposição de Motivos. Disponível em: http://200.130.7.5/spmu/legislacao/projeto_lei/explo_motivos.htm. Acesso em: junho 2008.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. v. 4. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Parecer do MP/RS em apelação de sentença absolutória proferida em crime de racismo contra o povo judeu (Lei nº 7716/89). Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=289. Acesso em: 09 abr. 2008.
- NÓBREGA, Airton Rocha. Racismo e preconceito de cor. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=170. Acesso em: 09 abr. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas. São Paulo: RT, 2006.
- Para servir e proteger – Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança: manual para instrutores. 2 ed. Belo Horizonte: Polícia Militar de Minas Gerais, 2006.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución. 3 ed. Madri: Teccnos, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1299, 21 jan. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9413. Acesso em: 09 abr. 2008.
- TEIXEIRA, Flávia Camello. Da tortura. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3.

1.11. Modelos de peças processuais concernentes a direitos humanos

- 1.11.1. Ação civil pública contra IPSM e IPSEMG
- 1.11.2. Parecer final do MP – Crime de racismo – Modelo de parecer
- 1.11.3. Modelo de Ação Cautelar Inominada – Interdição de cadeia pública
- 1.11.4. Modelo de recomendação
- 1.11.5. Pedido de inclusão de testemunha / Vítima no provita
- 1.11.6. Modelos de peças processuais no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher
- 1.11.7. Parecer ministerial tomando ciência de audiência designada para oitiva da vítima,requerendo seu cancelamento e o recebimento da denúncia, bem como a designação de interrogatório do acusado

1.11.1. Ação civil pública contra IPSM e IPSEMG

ACP IPSEMG IPSM

EXMO(ª). SR(ª). DR(ª) JUIZ(ª) ESTADUAL DA —— VARA DA FAZENDA PUBLICA ESTADUAL DE BELO HORIZONTE/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, por meio do seu Promotor de Justiça, vem, perante Vossa Excelência, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSM**, autarquia estadual com endereço na Rua Paraíba, 576, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG e **INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS – IPSEMG**, autarquia estadual com endereço na Rua Gonçalves Dias, 1434, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG, representados respectivamente por seus procuradores autárquicos, pelos fatos e fundamentos a seguir:

DOS FATOS

Em meados do ano de 2007, o centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos do Ministério Público de Minas Gerais (CAO-DH), foi provocado pelo Escritório de Direitos Humanos, órgão vinculado a Secretaria de Desenvolvimento Social do Estado (SEDESE) através do ofício nº 087/2007, datado de 08 de agosto de 2007 (Fl. 03 do PA nº 003/2007, anexado a presente), informando sobre grave violação de Direitos Humanos por parte do Instituto de Previdência do Servidor do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) e Instituto de Previdência do Servidor Militar do Estado de Minas Gerais (IPSM).

Segundo noticiado, “estes institutos vêm negando a casais homossexuais o direito a pensões em caso de morte bem como auxílio-reclusão, sendo este um direito assegurado constitucionalmente. A violação ocorre que ao homossexual é vedado obter junto a órgãos os direitos previdenciários, mencionados, alegando que sua legislação pertinente não autoriza tal reconhecimento” (fl. 03 do PA).

Ante tal denúncia, instaurou-se o Procedimento Administrativo nº 003/07, designando-se o signatário da presente para atuar no feito, conforme Portaria nº 2268/2007 do Procurador Geral de Justiça, publicada no “Minas Gerais” de 22/08/2007 (fl. 05 do PA). Em tal procedimento, foi constatado que a Lei Complementar 64/02 que institui o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais, não prevê a possibilidade de inclusão do companheiro homossexual/homoafetivo como dependente para fins previdenciários.

Restou apurado que a União através do INSS (Instrução Normativa nº 11/06, artigo 30 – fl. 06/153, alterada pela Instrução Normativa nº 20/07 do INSS – fl. 154) e alguns Estados e Municípios do país já admitem tal inclusão em seus institutos de Previdência, exemplificativamente o Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 285/79, artigo 29, § 8º - fl. 155/165 do PA), Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 180/78, artigo 147, inciso III – fl. 167/171 do PA) e Município de Recife (Lei nº 17.142/05, artigo 11, inciso IV – fl. 166 do PA).

Visando a solução da questão extrajudicialmente, no dia 27 de fevereiro de 2008, foi realizada reunião com a Secretária de Planejamento do Estado de Minas Gerais, Renata Vilhena; Dr. Fernando Fagundes, Procurador Geral de Justiça Adjunto Institucional e dois representantes da SEDESE, Dra. Silvia Buarque Gusmão e Marcelo Dayrell. Naquela oportunidade, foi informado pela Secretária que seria apresentado projeto de lei junto a Assembléia Legislativa do Estado no sentido de se admitir junto ao IPSEMG a possibilidade de inclusão do companheiro homoafetivo como dependente para fins previdenciários (fl.172 do PA).

Nesse sentido, foi apresentado pelo Governador do Estado, na Assembléia Legislativa do Estado, o Projeto de Lei Complementar nº 41/2008, que foi apensado ao PLC 36/2007, de autoria do Deputado Carlin Moura, versando sobre a mesma matéria. O PLC nº 41/08 altera a Lei Complementar 64/02 que institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, incluindo o companheiro homossexual na relação de dependentes do segurado, observado o atendimento de requisitos (fl. 173/174 do PA).

Ocorre que há mais de 1 ano, o projeto de Lei Complementar 41/08, encontra-se com seu trâmite paralizado junto a Assembléia Legislativa do Estado, como se depreende dos acompanhamentos eletrônicos de

movimentação juntados ao PA 03/07 (fls.262), o que demonstra claramente a inércia, o descaso e preconceito do legislativo estadual com a matéria, vez que é notória a interferência negativa das bancadas religiosas ortodoxas daquela Casa no trâmite do referido projeto de lei. De tal forma, a laicidade do Estado fica relegada a segundo plano, acarretando enorme prejuízo a um grupo de cidadãos que por sua orientação sexual são discriminados e alijados de seus direitos.
Ante tal fato, visa a presente ação a efetivação de direitos fundamentais de pessoas/cidadãos que, por sua orientação sexual, têm seus direitos violados pela ação omissiva do Estado, no caso da presente em especial o Poder Legislativo estadual.

Breves considerações sobre orientação sexual

A união entre pessoas do mesmo sexo é hoje uma realidade fática inegável, no mundo e no Brasil. Embora as parcerias amorosas entre homossexuais tenham sempre existido na história da humanidade, é certo que, com a liberalização dos costumes, o fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual dos gays e lésbicas e a redução do preconceito, um número cada vez maior de pessoas tem passado a assumir publicamente a sua condição homossexual e a engajar-se em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros.

Em sintonia com esta realidade, inúmeros países no mundo todo vêm estabelecendo formas diversas para reconhecimento e proteção destas relações afetivas e seus reflexos patrimoniais. A premissa destas iniciativas é a idéia de que os homossexuais devem ser tratados igualitariamente em dignidade e direitos como cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento jurídico das suas uniões, e, via de conseqüência, dos direitos que delas exsurgem, implica não só em discriminá-los e privá-los de uma série de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também importa em menosprezo à sua própria identidade, afeto e dignidade.

Com efeito, a superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que a concebia como “pecado”– cuja adoção pelo Estado seria francamente incompatível com os princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5°, inciso VI e art. 19, inciso I), - ou a que a tratava como “doença” conforme anteriormente apregoado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), hoje absolutamente superada no âmbito da Medicina e da Psicologia, não subsiste qualquer argumento razoável para negar aos homossexuais o direito ao pleno reconhecimento das relações afetivas estáveis que mantêm, com todas as conseqüências jurídicas disso decorrentes.

DO DIREITO

DAS NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

A tese sustentada nessa ação é a de que se deve extrair diretamente dos instrumentos legais internacionais a que o Brasil aderiu e os nacionais, especialmente artigo I (igualdade em dignidade e direitos), II (capacidade para gozar os direitos estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie) e VII (igualdade sem distinção a proteção da lei) da Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas a qual o Brasil é signatário; artigo 1º (obrigação de respeitar direitos, sem discriminação de forma alguma) e artigo 2º (dever de adotar disposições de direito interno visando a efetivação de direitos e liberdades) da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992); Constituição Federal de 1988 e Constituição Estadual, notadamente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art, 1°, inciso III CF), da igualdade (art. 5°, *caput CF*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3°, inciso IV CF), da liberdade (art. 5°, *caput CF*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade de reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo.

Quanto a recepção dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, Flávia Piovesan, citando Antônio Augusto Cançado Trindade afirma:

> Portanto, como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade, 'se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles

> garantidos, consoante artigo 5º(2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco de direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno' (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 8ª ed., Saraiva, pág. 82).

Em outras palavras, defender-se-á que o reconhecimento desses direitos aos companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais independe de qualquer mediação legislativa, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios internacionais e constitucionais acima mencionados.

Contudo, a ausência de uma regulamentação legal mais evidente no Estado de Minas Gerais vem comprometendo, na prática, a possibilidade de exercício de direitos fundamentais por pessoas homossexuais, que se vêem impedidas de obter o reconhecimento oficial das suas uniões afetivas e de ter acesso a uma miríade de direitos que decorrem de tal reconhecimento, e que são concedidos sem maiores dificuldades às uniões estáveis de casais heterossexuais. Não raramente, se vêem obrigadas a acionar o Judiciário visando a tutela de seus direitos.

Isso porque, embora já existam no país algumas normas tutelando, para finalidades específicas, a união entre pessoas do mesmo sexo, ainda não há, em nossa ordem infraconstitucional, qualquer regra geral conferindo a estas relações o tratamento de entidade familiar.

Pelo contrário, o Código Civil, ao disciplinar a união estável, circunscreveu-a às relações existentes entre homem e mulher, mantendo, neste particular, a orientação legislativa anterior, estampada nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Confira-se, a propósito, a definição legal do art. 1.273 do referido Código:

> Art. 1.273: é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia de bancadas legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

Nesse compasso, destaca-se a trajetória do reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, dos direitos dela decorrentes, que, no Brasil, iniciou-se com decisões judiciais que, sem atribuírem a ela a natureza de entidade familiar, equipararam-na à sociedade de fato.

Com o passar do tempo, essa orientação foi se afirmando na jurisprudência, que passou a tratar das relações entre parceiros homossexuais como questão inserida no âmbito do Direito das Obrigações.

Contudo, já se encontram na jurisprudência decisões mais avançadas nesta matéria, que já se pronunciaram sobre a competência das varas de família para julgamento das ações de dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, sobre a viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual e também sobre a possibilidade de reconhecimento destas entidades familiares.

No campo previdenciário, há decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1°, 2°, 4° e 5° Regiões, STJ e do próprio TJMG, reconhecendo o direito do homossexual ao recebimento de pensão do instituto de previdência, em caso de óbito do seu companheiro ou companheira.

Nesse sentido é que por força de Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 ajuizada pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, foi deferida a liminar/antecipação de tutela determinando a inclusão da previsão de possibilidade de o companheiro homoafetivo ser inscrito como dependente para fins previdenciários junto ao INSS (Instrução Normativa nº 20/2007 do INSS, que alterou o artigo 30 da IN nº 11/06 - fl. 154 do PA)

Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidos oficialmente os seus direitos fundamentais consagrados pela Magna Carta, dentre eles o direito aos benefícios previdenciários.

DO *STATUS* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Século XX a História do Direito está marcada pelo reconhecimento da eficácia dos enunciados de Direitos Fundamentais estatuídos em todas as Constituições democráticas.

Os Direitos Fundamentais, inicialmente, foram qualificados pelas Cortes Superiores como direitos objetivos, possibilitando assim o controle de constitucionalidade em abstrato das leis. Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial os tribunais passaram a reconhecer os direitos fundamentais também como direitos subjetivos justicializáveis. Nessa época, foi elaborada a Carta das Nações Unidas, que é considerada um marco para a consolidação dos Direitos Humanos. Logo em seu primeiro artigo, estabelece que um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Com a subjetivização dos direitos fundamentais, consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual todos os Poderes estão submetidos às normas constitucionais, inclusive o Poder Legislativo.

Nesse sentido, Konrad Hesse, Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão e um dos mais conceituados constitucionalistas alemães, manifesta-se sobre o *status* atual dos direitos fundamentais:

> Como direitos subjetivos, fundamentadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; **diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão**[1] (grifo nosso).

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo tem conseqüências em dois planos distintos, mas que se interpenetram. Por um lado, ela priva os parceiros homossexuais de uma série de direitos importantes, que são atribuídos aos companheiros na união estável: direito a alimentos, direitos sucessórios, direitos previdenciários, direitos no campo contratual, direitos na esfera tributária, etc. Por outro, ela é, em si mesma, um estigma, que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser do homossexual, rebaixando-o à condição de cidadão de segunda classe.

Sob ambos os prismas, há uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, alguns dos direitos que são denegados aos parceiros em relações homoafetivas são ligados às condições básicas de existência, como o direito a alimentos, o direito a prosseguir no contrato de locação celebrado em nome do antigo parceiro, em caso de óbito deste ou de separação (dimensão do direito à moradia), e o direito ao recebimento de benefícios previdenciários.

Portanto, privar os membros de uniões afetivas destes e de outros direitos atenta contra a sua dignidade, expondo-os a situações de risco social injustificado, em que pode haver comprometimento às suas condições materiais e mínimas para a vida digna.

Sem embargo, independentemente disto, o não-reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo já encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação do direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima, que já foi definida por John Rawls como *"o mais importante bem primário"* existente na sociedade.

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. Nas palavras de Axel Honneth:

> A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para os seus portadores a conseqüência de ele não poderem se referir à condução de sua vida como a algo que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda na possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.[2)]

Por isso, quando se quer proteger e emancipar os grupos que são vítimas de preconceito, torna-se necessário travar o combate em dois *fronts*: no campo da distribuição e no campo do reconhecimento. No campo da distribuição, trata-se de corrigir as desigualdades decorrentes de uma partilha não eqüitativa dos recursos existentes na sociedade. E no campo do reconhecimento, cuida-se de lutar contra injustiças culturais, que rebaixam e estigmatizam os integrantes de determinados grupos.

Como a homossexualidade está distribuída homogeneamente por todas as classes sociais, a injustiça contra os homossexuais deriva muito mais da falta de reconhecimento do que de problemas de distribuição. A distribuição até pode ser afetada, como quando, por exemplo, discrimina-se o homossexual no acesso ao mercado de trabalho, mas os problemas de distribuição são, em regra, uma conseqüência da falta de reconhecimento, e não o contrário.

Ora, quando o Estado nega-se a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, e os direitos dela decorrentes, ele atenta profundamente contra a identidade dos homossexuais, alimentando e legitimando uma cultura homofóbica na sociedade. Afinal, se o que caracteriza o homossexual é justamente o fato de que a sua afetividade e sexualidade são dirigidas às pessoas do mesmo sexo, rejeitar o valor das relações amorosas entre iguais é o mesmo que desprezar um traço essencial da sua personalidade. Há nisso, portanto, um grave atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Nota-se que, no caso presente, nem mesmo se pretende a adoção de qualquer medida de discriminação positiva em favor dos homossexuais. Pelo contrário, tenciona-se tão somente refutar uma prática do Estado, cujo efeito é o de reforçar as injustiças culturais contra os membros deste grupo, ao denegar a eles a possibilidade real de exercício de um direito básico, que deveria ser garantido de forma universal e igualitária: o de usufruir direito assegurado constitucionalmente.

Ademais, o não-reconhecimento desse direito viola um aspecto nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com a máxima kantiana de não instrumentalização da pessoa. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana a exigência de que cada indivíduo seja sempre tratado como um fim em si mesmo pela ordem jurídica, e nunca como um meio. Mas quando o Estado nega-se a reconhecer direitos aos homossexuais, ele os instrumentaliza, sacrificando os seus direitos e a sua autodeterminação em nome de uma concepção moral e tradicional e não-pluralista.

Por todas estas razões, o não-reconhecimento dos direitos previdenciários aos(às) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais representa uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

DA OFENSA AO DIREITO À LIBERDADE

Um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento e proteção da liberdade individual. A premissa filosófica de que se parte é a de que a cada pessoa humana deve ser garantida a possibilidade de se autodeterminar, realizando suas escolhas existenciais básicas e perseguindo os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros.

Desde o advento do Estado Social, tem-se reconhecido no campo constitucional que a maior ênfase na proteção

da liberdade deve recair sobre os aspectos existenciais da vida humana, e não sobre decisões de conteúdo predominantemente patrimonial. Com efeito, se, por um lado, assistiu-se a uma relativização das liberdades econômicas – direito de propriedade, livre iniciativa, etc. -, em nome de interesses da coletividade, por outro, reforçou-se a proteção da liberdade individual correlacionada à esfera das decisões que tocam mais profundamente o desenvolvimento da personalidade humana.

Neste ponto, não há dúvida de que um dos aspectos mais essenciais desta liberdade existencial constitucionalmente protegida diz respeito à autonomia de cada indivíduo de escolher a pessoa com a qual pretende manter relações afetivas.

Com efeito, tão óbvia é a importância da livre constituição da família para a realização da pessoa humana que ela nem precisa ser aqui enfatizada. Afinal, é em geral na família que o indivíduo trava as suas relações mais profundas, duradouras e significativas; é nela que ele encontra o suporte espiritual para os seus projetos de vida e o apoio moral e material nos seus momentos de maior dificuldade.

Mas para que a família desempenhe realmente este papel vital para a realização existencial dos seus membros, a sua constituição deve basear-se num ato de liberdade, em que cada indivíduo tenha a possibilidade de escolher o parceiro ou a parceira com quem pretende compartilhar a vida. Daí porque, na esteira das lições de Gustavo Tepedino, pode-se apontar a *"inconstitucionalidade de qualquer ato estatal – praticado pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo – que limitasse tais escolhas pessoais, circunscrevendo o rol de entidades familiares segundo entendimentos pré-concebidos, mas mais das vezes arraigados a pré-conceitos de natureza cultural, religiosa, política ou ideológica"*[3], ou que restringisse o acesso a determinados direitos em razão destas escolhas.

É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade, e que usufrua de direitos decorrentes dessa união. Esta negativa embaraça o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento de direitos previdenciários aos(às) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é um valor fundamental no Estado de Direito, na medida em que é a sua garantia que possibilita que as pessoas e empresas planejem as próprias atividades e tenham estabilidade e tranqüilidade na fruição dos seus direitos.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança é referida no *caput* dos arts. 5° e 6° da Constituição, e a idéia de segurança jurídica permeia e fundamenta uma série de direitos fundamentais e institutos constitucionais relevantes, como o princípio da legalidade (art. 5°, II, CF), a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5°, XXXVI, CF), e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária (art. 150, III, alíneas a e b, CF). Daí por que pode-se falar na existência de um princípio constitucional de proteção à segurança jurídica.

A relação entre o reconhecimento dos direitos previdenciários decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo e a segurança jurídica não é tão evidente como a que foi traçada entre ele e os princípios constitucionais acima referidos. Mas ela é também importante e inequívoca.

Com efeito, a insegurança jurídica se instala não apenas quando os poderes Legislativo ou Executivo inovam no ordenamento legal de forma abrupta, atingindo situações consolidadas no passado, ou quando eles, pela sua ação ou omissão, frustram a legítima confiança dos cidadãos. A exigência de segurança jurídica envolve igualmente a função jurisdicional, uma vez que a incerteza sobre o entendimento jurisprudencial a propósito de determinadas questões pode ser um elemento provocador de grave intranqüilidade e insegurança na sociedade, que devem ser evitadas. E tal situação ocorre com a questão relativa ao reconhecimento de direitos previdenciários aos(às) companheiros(as) dos(as) servidores(as) públicos homossexuais, em vista da indefinição do seu enquadramento jurídico, alimentada inclusive por decisões judiciais conflitantes.

Isso porque, independentemente do seu não-reconhecimento oficial, a união entre pessoas do mesmo sexo ocorre no plano dos fatos. Diante desta realidade, surgem questões importantes a serem decididas, e a inexistência de uma prévia definição sobre o regime jurídico destas entidades gera imprevisibilidade, acarretando problemas não só para os seus partícipes, como também para terceiros. Em relação aos parceiros, é natural que eles queiram ter previsibilidade em temas envolvendo direitos previdenciários, herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros, o que não ocorre no contexto atual, pelo silêncio do legislador ordinário e a indeterminação da jurisprudência pertinente.

Estas e outras situações evidenciam que, para proteger a segurança jurídica tanto dos partícipes das uniões entre pessoas do mesmo sexo como de terceiros, é essencial a definição do regime jurídico a que se submetem estas parcerias. Assim, diante da inércia do legislador e da identidade entre as respectivas hipóteses, o caminho para a superação desta insegurança só pode ser a extensão do regime previdenciário legal para as parcerias entre pessoas do mesmo sexo.

DA DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, exposto no artigo 5º da nossa Magna Carta, “todos são iguais perante a lei”, deve ser entendido e observado obrigatoriamente não só pelos “órgãos que aplicam o direito”, mas também na “formulação do direito”, direcionado diretamente ao legislador, conforme lição de Robert Alexy.[4)]

Para o mestre alemão, o enunciado “deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais” não deve ser considerado somente no seu sentido formal, mas no seu sentido material, valorativo, e também observando as parcialidades, ou propriedades, fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal.

Usando as palavras de Konrad Hesse[5)], “o princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente”.

Respondendo à questão que ele mesmo formulara, Konrad Hesse[6)] diz que “a questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela das *características* a ser consideradas como *essenciais*, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual”. Um exemplo fornecido por este autor ilustra bem a questão: “Se, por exemplo, a característica ‘pessoa’ for considerada como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente; se aparece a característica ‘nacionalidade’ como essencial, então o tratamento desigual é admissível”.[7)]

Portanto, como obviamente dois fatos, considerados em todas as suas caraterísticas, inclusive temporais e espaciais, jamais podem ser absolutamente iguais, deve-se identificar quais são as características existentes *não*-essenciais (no exemplo acima, a nacionalidade) e quais são as *essenciais* (no exemplo acima, a pessoa) para o reconhecimento de determinado direito.

Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva:

> O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou

> características das pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros,1998. P219)

Não discrepa deste posicionamento a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[8], para quem a questão principal é existir um *"vínculo de correlação lógica"* entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função desta, *"desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição"*.[9]
Surge então o problema de identificar as características essenciais e quais são as não-essenciais. Deste modo, verificamos que nossa Constituição Brasileira enuncia, em vários artigos, algumas características essenciais e outras não-essenciais. Citamos, como exemplo, o art. 14, que trata da igualdade do direito de voto. Para o constituinte brasileiro, ao excluir do direito de voto tão-somente os brasileiros e os menores de 18 anos, as características "ser brasileiro" e "ter 18 anos" são as características essenciais, enquanto as características relativas ao sexo, etnia, condições econômicas, etc., por conseguinte, são consideradas não-essenciais. É admitida, portanto, uma discriminação para com os estrangeiros e para os menores de 18 anos no que diz respeito ao direito de voto porque a Constituição prevê estas caraterísticas como essenciais para este direito em particular.

Destarte, "o princípio da igualdade proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente (e o essencialmente desigual igualmente)"[10], ou seja, uma diferenciação é arbitrária e inconstitucional quando tomou por base uma característica não-essencial, ou seja, não prevista pela norma como essencial para o exercício de determinado direito.

No exemplo acima citado, o do art. 14, a técnica utilizada pelo constituinte foi a de prever as características essenciais. Deste modo, todas as demais características não previstas pela norma são consideradas não-essenciais. Porém, alhures, a técnica utilizada é distinta.

O direito geral de igualdade do art. 5º permite aduzir o seguinte enunciado normativo: Todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não essenciais, portanto viola o princípio da igualdade qualquer discriminação fundada nestas características não contempladas pelo constituinte.

Porém, embora fosse suficiente a previsão do art. 5º, *caput*, para vedar toda discriminação com base em características não previstas na Constituição, o constituinte, para reforçar a idéia de direitos humanos albergada pela Constituição Brasileira, foi mais adiante e enunciou explicitamente algumas características não-essenciais, ou seja, que em hipótese alguma poderiam ser usadas como motivo de discriminação.

Citamos como exemplo desta técnica o inc. I do art. 5º (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição). Deste modo, o sexo é uma característica não essencial, sendo vedada toda discriminação por motivo de sexo.

Do mesmo modo o inc. IV do art. 3º:

> Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> […]
> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade são características não-essenciais (salvo, obviamente, quando a Constituição estabelece que em casos particulares tais características sejam consideradas essenciais, que é o que ocorre, por exemplo, com a idade mínima de 18 anos para o direito de voto).

DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA VEDAÇÃO DO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO CONTRA

HOMOSSEXUAIS

Por força do art. 5º, *caput*, toda discriminação realizada por motivo de característica não-essencial, ou seja, não prevista na Constituição, é inconstitucional, o que inclui a orientação sexual, pois a Constituição não previu, em nenhum lugar, esta característica como essencial.

Todavia, o Constituinte foi mais adiante em relação a esta característica, pois no inc. IV do art. 3º veda qualquer discriminação por motivo de sexo, inclusive por orientação sexual, definindo então esta característica como não-essencial.

A igualdade é um valor da democracia, que descreve o equilíbrio e igualdade de direitos e responsabilidades entre os membros da sociedade, independente de orientação sexual, gênero, faixa etária, classe, raça etc. Os direitos de uma cidadã heterossexual não podem ser diferentes dos direitos de uma cidadã homossexual, ou então o Estado está sendo desigual.

Para se chegar a esta conclusão, a de que a proibição de discriminação por sexo inclui a orientação sexual, lançamos mão dos princípios de interpretação dos direitos fundamentais aceitos pela Doutrina Constititucionalista internacional e por diversos Tribunais Constitucionais.

Friedrich Müller, em sua obra já consagrada *Juristische Methodik*, traduzida para o francês sob o título *Discours de La Méthode Juridique*, enuncia entre os princípios de interpretação da Constituição o da efetividade dos direitos fundamentais, corolário do princípio da força normativa da Constituição.

Dando concretude ao princípio da efetividade dos direitos fundamentais, comenta Müller sobre o trabalho desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão no sentido de elaborar os princípios de interpretação: "A Corte afirma firmemente que os direitos fundamentais devem ser interpretados extensivamente. Em caso de dúvida, convém de lhes reconhecer em campo de aplicação extensivo".[11)]
Portanto, em uma interpretação extensiva do conceito "discriminação por sexo" inclui-se obrigatoriamente a discriminação por orientação sexual (gize-se que dentro da regra interpretativa de que a lei não contém palavras inúteis, se fosse para prever tão-somente a igualdade entre homens e mulheres bastaria a previsão do inc. I do art. 5º, sendo desnecessária a previsão do inc. IV do art. 3º).

Uma referência sempre que se analisa questões relativas aos direitos dos homossexuais é sentença prolatada pelo Dr. Roger Raupp Rios, em ação ordinária que tinha por objeto a admissão de companheiro homossexual como beneficiário do Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal. Sustenta o Excelentíssimo Magistrado Federal:

> Dentre outros direitos fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim, o princípio da isonomia. No âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial proteção mediante a proibição de qualquer discriminação sexual infundada: invoco, dentre outras normas e sem indicar, por ora, a farta jurisprudência em torno da matéria, o inciso I do artigo 5º (assegura a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres) e o inciso XXX do artigo 7º (proibição de diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo).
> Pois bem, se examinada com cuidado, constata-se que a proibição constitucional dessa espécie de discriminação impede a recusa deste tipo de benefício, porquanto a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada, repise-se) de discriminação sexual. Esclareça-se, nesse momento, que a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual).
> Vejamos.
> Quando alguém atenta para a direção do envolvimento (seja a mera atração, seja a conduta) sexual de outrem, valoriza a direção do desejo ou da conduta sexual, isto é, o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja relacionar-se ou efetivamente se relaciona. No entanto, essa definição (da direção desejada, se qual seja a orientação sexual do sujeito - isto é, pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto) resulta tão-só da combinação dos sexos de duas pessoas (A, quem escolhe, B, o escolhido). Ora, se A for tratado diferentemente de uma terceira pessoa (C, que tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto), em

razão do sexo da pessoa escolhida (B, do mesmo sexo que A), conclui-se que a escolha de A lhe fez suportar tratamento discriminatório unicamente em função de seu sexo (se A, homem, tivesse escolhido uma mulher, não sofreria discriminação). Fica claro, assim, que a discriminação fundada na orientação sexual de A esconde, na verdade, uma discriminação em virtude de seu sexo (de A).
Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional contra a discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o discriminante não está no sexo de A, mas em sua escolha por um homem ou uma mulher, sua orientação sexual.
Tal objeção, todavia, não subsiste. Argumentar que a diferença se dá tão-só pela orientação sexual nada muda, só oculta o verdadeiro - e sempre permanente - fator sexual de discriminação. O sexo da pessoa escolhida (se homem ou mulher), em relação ao sexo de A, é que vai continuar qualificando a orientação sexual como causa de tratamento diferenciado ou não, em relação a A. Essa objeção, na verdade, continua tendo o sexo de A em relação ao da pessoa escolhida como fator decisivo, pois tem como pressuposto, para a qualificação da escolha de A, exatamente o sexo da pessoa escolhida. A orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa que A escolher. Ele (o sexo da pessoa escolhida, tomado em relação ao sexo de A) continua sendo o verdadeiro fator de qualificação da orientação sexual de A; ele é dado inerente e inescapável para a caracterização da orientação sexual de A. Vale dizer, é impossível qualificar a orientação sexual de A sem tomar como fundamento o sexo da pessoa escolhida (em relação ao sexo de A).
Não se diga, outrossim, que inexiste discriminação sexual porque prevalece tratamento igualitário para homens e mulheres diante de idêntica orientação sexual (de recusa a certo benefício, hipoteticamente, para homens e mulheres orientados homossexualmente). A tese peca duplamente, na medida em que busca justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino, v.g.) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino, p. ex.).
Aliás, nesse sentido, decidiram a Suprema Corte do Canadá (Symes v. Canada, 1993) e a Suprema Corte dos Estados (Loving v. Virginia, 1967). A primeira assentou que “discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination” (uma discriminação não pode ser justificada apontando-se para outra);a segunda rejeitou a tese de que inexiste discriminação pelo fato de a lei permitir a todos de mesma raça o casamento e proibir, também a todos, o casamento inter-racial: ‘the fact of equal application does not immunize a statute from the very heavy burden of justification which the Fourteenth Amendment has traditionally required of state statutes drawn according to race’(o fato da aplicação igual não imuniza a legislação do pesado ônus da justificação cuja 14ª Emenda tem tradicionalmente requerido de leis estaduais relativas à raça). Os precedentes a partir de agora invocados, provenientes do direito internacional e estrangeiro, foram extraídos da obra de Robert Wintemute, Sexual Orientation and Human Rights, Oxford, Clarendon Press, 1995; do mesmo modo, incorporada substancialmente nesta fundamenteção sua linha argumentativa).
A Suprema Corte do Hawai, por sua vez, acolheu expressamente as razões ora expendidas, decidindo que a discriminação sexual (Baehr v. Lewin, 1993). No mesmo ano, a Corte de Apelações da Califórnia decidiu (Engel v. Worthington) que a recusa de um editor quanto a inclusão da foto de um casal homossexual em livro de recordações constituía discriminação sexual.
O direito canadense possui outros precedentes nesse sentido (considerando a discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual). Exemplos disso são as decisões em University of Saskatchewan v. Vogel (1983, caso em que se recusava a Richard North, companheiro de Chris Vogel, benefício em plano dentário) e em Bordeleau v. Canada (1989, onde se concluiu que ‘discrimination based on sex also covers discrimination involving sexual orientation’ - discriminação com base no sexo também alcança discriminação envolvendo orientação sexual).
Contra toda essa lógica, alguém poderia alegar que o constituinte, ao vedar a discriminação sexual, não deseja aí incluir a discriminação por orientação sexual. Tal objeção é totalmente superada em se tratando de hermenêutica jurídica. Refutando a objeção, transcrevo os ensinamentos de Carlos Maximiliano: ‘A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos’[…]. Parece oportuno aclarar, sem refolhos, não constituir privilégio dos adeptos da filosofia positiva contemporânea o combate ao sistema que se empenha na pesquisa da vontade do prolator de uma norma jurídica. De fato, comtistas e spenceristas ofereceram um fundamento mais, para repelir a

> concepção estreita da exegese; porém não ficam isolados no seu modo de compreender a Hermenêutica. Por outras razões, adiante especificadas, racionalistas e teólogos também se insurgem contra a teoria decrépita. […] 'Quantos fatores atuam até surgir o conceito definitivo! Em uma das forjas da lei, no parlamento, composto, em regra, de duas câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de idéias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão da palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há acordo aparente, resultado de profundas contradições'. […]'Se descerem a exumar o pensamento do legislador, perder-se-ão em um báratro de dúvidas ainda e mais inextricáveis do que as resultantes do contexto. Os motivos, que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmos que levaram outros a aceitá-la. Não parece decisivo o fato de haver um congressista expedido um argumento e não ter sido este combatido; a urgência, a preocupação de não irritar um orgulhoso cuja colaboração se deseja, ou cuja obstrução ao projeto se receia; […] mil fatores ocasionais podem concorrer para um silêncio forçado; daí resultaria a falsa aparência de concretizar uma frase, emenda ou discurso as razões do voto no plenário, a intenção predominante, a diretriz real da vontade da maioria. »[…] A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. A base de todo o trabalho do exegeta seria uma ficção: buscaria uma vontade possível, agente, ativa no passado e as conclusões logicamente decorrentes desse intento primitivo. […] Entretanto, a letra perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicando-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado; há desejo mais veemente de autonomia por um lado, e maior necessidade de garantia por outro, em conseqüência da extensão das relações e das necessidades do crédito. Força é adaptar o direito a esse mundo novo aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo - das richtige Recht, na expressão feliz dos tudescos'. (Op. Cit., excertos dos nºs 23/28).
> Ainda que não se aceite a qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais, tendo em mira o caso concreto.

Esta sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pela Juíza Marga Barth Tessler, publicado da Revista deste tribunal, ano 10, nº 32, p. 72 e seguintes. Os trechos da ementa que tratam do mérito da ação estão aqui reproduzidos:

> Administrativo, Constitucional, Civil e Processual Civil. justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. »Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 273 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. »Impossibilidade. Vedação do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Art. 273 do CPC. Efetividade à decisão judicial. Caução. Dispensa.
> […]
> 5. Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo.
> 6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação.
> 7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica.

> 8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.
> 9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.
> 10. Havendo comprovada necessidade de dar-se imediato cumprimento à decisão judicial, justifica-se a concessão de tutela antecipada, principalmente quando há reexame necessário ou quando há recurso com efeito suspensivo. Preenchidos os requisitos para a concessão da medida antecipatória, autoriza-se o imediato cumprimento da decisão. No caso em análise, estão presentes ambos os requisitos: a verossimilhança é verificada pelos próprios fundamentos da decisão; o risco de dano de difícil reparação está caracterizado pelo fato de que os autores, portadores do vírus HIV, já começam a desenvolver algumas das chamadas “doenças oportunistas”, sendo evidente a necessidade de usufruírem dos benefícios do plano de saúde. Ademais, para os autores o tempo, é crucial, mais que nunca, o viver e o lutar por suas vidas. O Estado, ao monopolizar o poder jurisdicional, deve oferecer às partes uma solução expedita e eficaz, deve impulsionar a sua atividade, ter mecanismos processuais adequados para que seja garantida a utilidade da prestação jurisdicional.
> [...]
> 12. Apelações improvidas.

No dia 7 de abril de 2000 esta decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado pela home-page do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

DO DIREITO DO(A) COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL SOBREVIVENTE AO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E DO DIREITO DO COMPANHEIRO(A) HOMOSSEXUAL DO PRESO AO BENEFÍCIO DO AUXÍLIO RECLUSÃO.

O direito à previdência social é um direito fundamental social previsto no art. 6º da Constituição, que por sua vez está incluído no Título II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. O art. 6º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, estabelece que:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

> Porém este direito fundamental foi minudenciado no art. 194 e seguintes, a começar pelos princípios da seguridade social elencados no art. 194, cumprindo destacar o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

> I - universalidade da cobertura e do atendimento.

O princípio da universalidade do atendimento nada mais é que do que uma explícita aplicação do princípio da igualdade na seara da seguridade social.

Os benefícios previdenciários estão enumerados no art. 201 da Constituição, entre os quais a pensão por morte e o auxílio-reclusão (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98):

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
> [...]
> IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

No mesmo sentido dispõe a lei que regula o IPSM (Lei 10.366/90 – fl. 224/232 do PA):

> Art. 10. Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e excludentemente, na seguinte ordem:
> I - o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido;
> [...]
> §2º Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do art.226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco) anos na época da prestação previdenciário ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal.
> Art. 12. A prestação previdenciária compreende os seguintes benefícios:
> I - para o segurado:
> a) assistência à saúde;
> b) auxílio-natalidade;
> c) auxílio-funeral.
> II - para o dependente:
> a) pensão;
> b) pecúlio;
> c) assistência à saúde;
> d) auxílio-reclusão;
> e) auxílio-funeral.

Ainda na mesma linha segue a redação da lei de regula o IPSEMG (Lei 9380/86 – fls. 206/218 do PA) :

> Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:
> I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos;
> [...]
> Art.18 - São benefícios e serviços:
> I - quanto aos segurados:
> a) auxílio-natalidade;
> b) assistência financeira e habitacional.
> II - quanto aos dependentes:
> a) pecúlio;
> b) pensão;
> c) auxílio-reclusão;
> d) auxílio-funeral.

Deve ser observado que no inciso V do art. 201 da Constituição, a previsão da existência do direito à pensão por morte ao *homem ou mulher*, cônjuge ou *companheiro* e dependentes. Na mesma linha de entendimento segue o art.10, inciso I, da lei do IPSM e também no art.7º, inciso I, da lei do IPSEMG.

Apresentadas estas disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre os benefícios de pensão por morte e

de auxílio-reclusão, cumpre fazer a seguinte indagação: Existe algum dispositivo constitucional acerca dos direitos fundamentais ou dos direitos previdenciários que autorize a discriminação em razão da orientação sexual? A resposta é obvia: não há. Ao contrário, o princípio hermenêutico da efetividade dos direitos fundamentais vem a exigir que de modo algum é lícita qualquer discriminação contra estas pessoas.

AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS REGULAMENTADORAS DOS BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO

Destacamos alguns dispositivos das Leis Estaduais 10.366/90 e 9.380/86, na redação atualmente vigente, que tratam dos benefícios de pensão por morte e do auxílio-reclusão:

> Lei 10.366/90:
>
> Art. 20. 0 auxílio-reclusão é devido ao dependente do segurado detento ou recluso, não albergado e recolhido à prisão, a partir da data em que se verificar a perda total de sua remuneração.
> § 1º O valor do auxílio-reclusão corresponderá a 70% (setenta por cento) do valor da pensão e será distribuído entre os dependentes na forma prescrita para este beneficio.
> § 2º Ressalvado o direito do nascituro, não será admitida a inscrição de dependente posteriormente à data da prisão.
> § 3º Para os efeitos desta Lei, o beneficiário do auxílio-reclusão equipara-se ao pensionista, no que couber.
> § 4º Falecendo o ex-segurado recluso, o benefício é convertido em pensão, no mesmo valor.
> Art. 23. O valor global da pensão será igual ao estipêndio de benefício do segurado.
> Parágrafo único. A pensão não poderá ter valor total inferior ao salário mínimo.
> Art. 24. Calculada na forma prevista no artigo anterior, a pensão será distribuída aos dependentes em cotas iguais.
> § 1°- Concedida a pensão, a inscrição de novo dependente só produzirá efeito a partir de sua efetivação.
> § 2º 0correndo a inclusão ou a exclusão de dependente, o valor da pensão será novamente calculado e distribuído.
>
> [...]
>
> Art. 28. Pela morte presumida do segurado, declarada por autoridade judiciária, e decorridos 6(seis) meses de ausência, será concedida pensão, em caráter provisório, aos dependentes.
> § 1º Provado oficialmente o desaparecimento do segurado em conseqüência de acidente, desastre ou catástrofe, a pensão provisória será concedida independentemente da declaração e do transcurso do prazo previsto neste artigo.
> § 2º O pagamento de pensão provisória cessa com o reaparecimento do segurado, ficando os dependentes, entretanto, desobrigados de repor os benefícios recebidos.

Lei 9.380/86:

> Art. 7º - Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei:
> I - a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos; »(Inciso com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)
> II - a pessoa designada que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de dezoito (18) anos ou maior de sessenta (60) anos, ou inválida;
> III - o pai inválido e a mãe;
> IV - os irmãos de qualquer condição, menores de dezoito (18) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição, menores de vinte e um (21) anos ou inválidas.
> § 1º - A existência de dependente de qualquer das classes enumeradas nos incisos I e II deste artigo exclui do direito às prestações os dependentes relacionados nos incisos subsequentes.
> § 2º - Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no inciso I, mediante declaração escrita do segurado:
> 1 - o enteado;

> 2 - o menor que, por determinação judicial, se encontre sob sua guarda e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação, só se admitindo mais de um, quando todos tiverem relação de parentesco, até o terceiro (3º) grau, com o segurado;
> 3 - o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o seu próprio sustento e educação.
> § 3º - Inexistindo esposa ou marido com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos deste. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 12/1/2000.)
> § 4º - Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com quem se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.
> § 5º - Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes mencionados no inciso III deste artigo poderão concorrer com a esposa ou o marido, a companheira ou o companheiro ou a pessoa designada, salvo se existir filho com direito às prestações. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13455, de 21/1/2000.)"

Como se vê, em nenhum momento os dispositivos citados fazem qualquer discriminação em razão da orientação sexual, incluindo entre os beneficiários do benefício o companheiros ou companheira do segurado.

É possível que em uma interpretação em desconformidade com o atual estágio da dogmática dos Direitos Fundamentais , tendo em vista o § 3º do art. 226 da Constituição, que enuncia que *é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher*, alguém conclua pela inexistência dos direitos que busca o Parquet proteger nesta ação.

Todavia, se respeitados os princípios hermenêuticos que regem a interpretação constitucional e os direitos fundamentais, esta interpretação não pode ser realizada, como demonstraremos a seguir.

DOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS – DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Não obstante existirem divergências com relação ao melhor método de interpretação das normas constitucionais[12], há um consenso entre os constitucionalistas acerca da insuficiência do chamado método hermenêutico-clássico - que propugna que a Constituição deve ser interpretada da mesma forma que uma lei, ou seja, exclusivamente a partir das regras de interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática.

Konrad Hesse defende o método de concretização das normas constitucionais, a partir do qual "o conteúdo da Constituição deve ser determinado sob a inclusão da *'realidade'* a ser ordenada"[13]. Ou seja, é impossível uma interpretação da norma constitucional fora da existência histórica concreta.

Deste modo, o Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão desenvolve os conceitos de "programa da norma", que está, no essencial, contido no texto da norma a ser concretizada. Para a definição do programa da norma tem a sua importância os métodos de interpretação tradicionais (histórico, genético e sistemático).

Porém, é também fundamental a delimitação do "âmbito da norma", que são os fatos da vida concretos, que possibilitam, em especial nos casos "em que se trata da relação entre várias normas (por exemplo, na limitação de direitos fundamentais), uma resolução sobre a base da coordenação material das respectivas condições de vida ou âmbitos de vida e uma exposição dos pontos de vista materiais que sustentam essa coordenação"[14].

Adotando a hermenêutica hessiana, deve-se proceder à delimitação tanto do âmbito quanto do programa da norma. Quanto ao âmbito da norma a realidade posta é a existência de milhares de casais homossexuais masculinos e femininos, que possuem uma vida afetiva em muito semelhante a uma relação heterossexual: fidelidade recíproca, vida em comum no mesmo domicílio e mútua assistência (estes são os deveres dos cônjuges casados, na forma do art. 1566 do Código Civil).

Segundo a Revista Veja, em matéria publica em 16/02/2000, os dados mais confiáveis até hoje sobre o número de gays são os do relatório Kinsey, detalhado levantamento sobre a sexualidade americana feito na década de 40. Segundo o trabalho, de 4% a 5% da população masculina adulta são homossexuais durante toda a vida.

Outros 13% são predominantemente homossexuais, mas se relacionam com pessoas do sexo oposto.

No âmbito da norma deve ser considerado ainda o fato de que, ao contrário dos casais heterossexuais, a morte ou a prisão de um dos companheiros homossexuais segurados da Previdência leva ao completo desamparo do companheiro sobrevivente ou que reste solto. A imprensa tem noticiado casos em que com a morte de um dos companheiros, parentes do falecido acabam recebendo toda a herança e, por conseguinte, também teriam direito à pensão previdenciária, mesmo que a relação, sob o mesmo domicílio, tenha durado décadas.

De outro lado, para a delimitação do programa da norma observaremos os métodos tradicionais de interpretação, a começar pelo método gramatical.

Nesse sentido estabelece o § 3º do art. 226 da Constituição: *"é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"*.

Como se vê, o dispositivo em questão não exclui os casais homossexuais para o fim de reconhecimento da união estável. Embora não haja uma previsão expressa destas relações, também não há proibição do seu reconhecimento.

De outro lado, impõe-se o uso do método de interpretação sistemática, o qual possibilita a realização do princípio da unidade da Constituição, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em conexão com as outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas. Nesse sentido Konrad Hesse assim se manifesta acerca do princípio da unidade da Constituição:

> A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.[15)]

Portanto, uma interpretação do § 3º em conjunto com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), com a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual (art. 4º, IV) e com o fato de que os dispositivos constitucionais que tratam dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão não permitem nenhuma discriminação, seria o suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais.

Obviamente que, em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável. Nesse caso haveria uma violação aos direitos humanos sob uma ótica jusnaturalista ou jusinternacionalista, mas do ponto de vista do sistema positivo pátrio, em uma abordagem positivista, seria uma norma jurídica, assim como também seria jurídica uma norma que proibisse o casamento entre brancos e negros.

Portanto, sob o ponto de vista de direito de família, a norma do § 3º do art. 226 da CF/88 não exclui a união estável entre homossexuais.

Porém, admitindo por hipótese, que não fosse possível estender o instituto da união estável para os homossexuais, seria inafastável o juízo de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art.10 da Lei Estadual 10.366/90 por afronta ao princípio da igualdade. Não seria inconstitucional o art. 226 da Constituição (em nosso sistema não é reconhecida a existência de normas constitucionais inconstitucionais), mas sim seria inconstitucional os art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art.10 da Lei Estadual 10.366/90, que remeteria a um conceito violador do princípio da igualdade.

O legislador não pode eleger quais as normas constitucionais que são aplicáveis à matéria que está legislando e quais as que não são aplicáveis; isto ofenderia o princípio da constitucionalidade.

Portanto, no caso dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, o que fez o legislador foi incorporar um conceito constitucional relativo à família numa lei ordinária. Portanto, o conceito de união estável que na Constituição, em nosso exercício hipotético, proíbe expressamente seja estendido aos homossexuais, possui natureza de lei ordinária, de modo que está sujeita a uma apreciação de sua

constitucionalidade.

Isto não impediria, inclusive, que o próprio art. 226 (que em nosso exercício hipotético veda a união estável entre homossexuais), seja levado em consideração. Ocorre que ele seria aplicável, como já sustentamos, apenas para questões de direito de família, não incidindo, portanto, sobre questões previdenciárias.

Como se vê, o inciso V do art. 201 da Constituição, assim como o inciso I do art. 10 da Lei do IPSM e também o inciso I do art. 7º da Lei do IPSEMG, de nenhum modo excluem os casais homossexuais do direito ao recebimento de benefícios previdenciários, seja na condição de companheiro, seja na condição de dependente.

Todavia, mesmo se uma interpretação isolada desses incisos levasse à impossibilidade do reconhecimento da união estável aos homossexuais, uma interpretação da Constituição em seu conjunto, em especial dos princípios da igualdade e das regras que regulam a Previdência Social, levaria ao reconhecimento do direito dos homossexuais à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.

A DOGMÁTICA SOBRE A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sendo indubitável que os direitos aqui defendidos são direitos fundamentais, quer pela violação do princípio da igualdade, quer pela previsão do direito à previdência social como direito fundamental social (art. 6º da Constituição), cumpre analisar a doutrina e jurisprudência desenvolvida sobre os limites às limitações aos direitos fundamentais.

Na Alemanha, a jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, desenvolveu o princípio de que a limitação de direitos fundamentais, inclusive quando a limitação está expressamente reservada ao legislador (direitos fundamentais com reserva de lei) somente pode ser levada a cabo de acordo com o princípio da proporcionalidade: a limitação dos direitos fundamentais somente podem ser levadas a cabo até onde resulte apropriado, necessário e proporcional em sentido estrito, em ordem à consecução de um fim justificável de interesse público formulado pela lei limitadora.[16)]
Deste modo, as limitações aos direitos fundamentais somente são admissíveis se a finalidade da lei limitadora é a realização de um outro direito fundamental. Por exemplo, não obstante a liberdade do comércio ser um direito fundamental, a lei amiúde estabelece restrições sanitárias ao comércio de alimentos, tendo em vista a proteção do direito fundamental à saúde.
Deste modo, no caso concreto, caso fosse impossível uma interpretação constitucional extensiva do instituto da união estável, a restrição do legislador deveria ser cotejada com algum direito fundamental.

Como não há direito fundamental que socorra uma restrição legislativa nestas hipóteses (talvez tão-somente sentimentos desarrazoados e discriminatórios, incompatíveis com o Estado de Direito racional), seria inconstitucional, também por violação ao princípio da proporcionalidade, tal restrição.

Gilmar Ferreira Mendes[17)] desenvolve estas questões à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo ser colacionada a passagem de votos proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. N. 930:

> > Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, **cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.**

DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO ANTES MESMO DA PREVISÃO EXPRESSA EM LEI

Podemos perceber a recente evolução da jurisprudência acerca do reconhecimento do direito da concubina aos benefícios previdenciários, antes mesmo de previsão deste direito em lei, o que demonstra que também no caso dos homossexuais o Poder Judiciário Brasileiro, seguindo o mesmo caminho da Justiças de outros países, tem um papel fundamental a desempenhar para a realização da Justiça.

Em um contexto histórico, pode-se observar a evolução que a legislação sofreu com relação ao rol de

beneficiados da Previdência Social. Da análise de leis e decretos já revogados, depreende-se o esforço que o legislador imprimiu na tentativa de acompanhar os fenômenos sociais. E, mesmo quando as normas jurídicas não eram capazes de atingir a velocidade com que transformava-se a sociedade, os nossos Tribunais, formados de magistrados imbuídos do mais aguçado espírito de justiça, procuravam aplicar as normas de acordo com o clamor social.

O Decreto n° 1.918, de 27 de agosto de 1937, que regulamentou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, assim dispôs em seu art. 22 ao tratar dos beneficiários:

> Art. 22 – Para os efeitos do presente regulamento, são considerados beneficiários, na ordem das alíneas seguintes, desde que dependam economicamente do associado:
> a) a mulher, ou o marido inválido, e os filhos, de qualquer condição, menos de 18 anos ou inválidos;
> b) a mãe, ou o pai inválido;
> c) os irmãos menores de 18 anos ou inválidos;
> d) na falta dos beneficiários acima especificados, qualquer pessoa expressamente designada a qual, se for do sexo masculino, deverá ser menor de 18 anos ou inválida.

A alínea "d" do artigo acima transcrito inaugurou a possibilidade dos associados designarem qualquer pessoa como beneficiado, na ausência dos demais, que a este preferiam.

Já a Lei n° 3.807/60, em seu art. 11, permitiu que o segurado designasse qualquer pessoa como beneficiário, frente à uma declaração de dependência.

Assim dispunha o referido artigo:

> Art. 11 […]
> § 1º O segurado poderá designar, para fins de percepção de prestações, uma pessoa que viva sob sua dependência econômica, inclusive a filha ou irmã maior, solteira, viúva ou desquitada.

A referida declaração era requisito expressamente previsto em lei, sem o qual, e esta era a intenção do legislador, não poderia ser concedido o benefício.

Entretanto, percebe-se que a Jurisprudência passou a reconhecer o direito das companheiras à pensão por morte mesmo que não houvesse a declaração de dependência. À época, assim posicionava-se o extinto TFR:

> EMENTA: Benefício Previdenciário – Pensão – Ação proposta pela companheira, esposa eclesiástica do segurado, casado mas separado da mulher que se encontrava em lugar ignorado, não tendo atendido à citação por edital. Convivência sob o mesmo teto, por mais de vinte anos, com o nascimento de um filho. »Dependência econômica comprovada. Incidência da legislação nova, mais benigna, para igual tratamento aos dependentes. Designação post mortem (Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, artigo 23, § 4º). Procedência da ação. Honorários de advogado fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.
> Remessa ex officio. Apelação. Confirmação da sentença, quanto ao mérito. Reforma, em parte, para cálculo dos honorários sobre o valor da condenação. (Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º) – (Acórdão da apelação, relator Ministro Corrêa Pina, fls. 106)

Importante ressaltar alguns trechos do voto do eminente relator:

> […] Independentemente dos dispositivos legais mais novos, os direitos da companheira vinham sendo construídos pela jurisprudência.
> Há mais de vinte anos, na condição de advogado ou desembargador da Bahia, testemunhamos ou participamos de questões cíveis em que a decisão final deferiu meação à companheira, na base de que o patrimônio deixado pelo concubino resultara do trabalho comum de ambos.
> Também vimos a concessão de salários pelo trabalho e serviços domésticos da companheira, após a

> morte do esposo de fato , para evitar-lhe o desamparo e a miséria.
> Na Previdência Social, a legislação, combinada com o entendimento dos intérpretes, tem evoluído no mesmo rumo assecuratório.
> Já a antiga redação da lei nº 3.807/60 dava ensejo a que o companheiro previsse futuro melhor para a mulher que participara de seus dias. O art. 11, no § 1º, autorizava a possibilidade de designação de pessoa que vivesse na dependência econômica do segurado, para o fim de perceber a pensão, na falta dos dependentes legais, como impunha o parágrafo 2º. **A Jurisprudência, de sua vez, sempre entendeu que na ausência de designação, pudesse ser feita prova de vida em comum e, conseqüentemente, da manutenção da companheira.**
> **Na espécie, portanto, não é necessário invocar-se a Lei nº 5.890 de 8 de junho de 1973, posterior ao falecimento do contribuinte, para deferir-se à autora o benefício pretendido, desde que os autos atestam, com clareza, a vida em comum por mais de vinte anos e a dependência econômica, como marido e mulher.**
> [...] (Embargos em Apelação Cível nº 40.556/ SP – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Sebastiana de Jesus - 26.10.1978) (grifo nosso)

Desta forma, independentemente de previsão legal, a extinta Corte entendia que a prova de vida em comum, qualquer que fosse, superava o requisito taxativo da lei.

O Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, alterando as disposições da Lei 3.807/60, trouxe uma importante inovação, demonstrando que a legislação previdenciária buscava adequar-se às situações reais. A nova redação dada ao art. 11 da Lei 3.807/60 trouxe, em seu parágrafo 4º, o seguinte texto:

> Art. 11 - [...]
> [...]
> §4º Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com que se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.

Desta forma, o entendimento dos Tribunais, que aproximava-se muito mais da realidade social, somente mais tarde foi incorporado à legislação.

Cabe citar, ainda, outra decisão do extinto TFR, que transparece a linha de pensamento seguida por este Tribunal:

> EMENTA: Pensão Previdenciária. Seu deferimento a esposa eclesiástica que conviveu por quase trinta anos com o segurado falecido, nascendo cinco filhos da União. Evidenciada a dependência econômica na hipótese, não há como deixar de aplicar o Dec-Lei 66/66, **embora editado em data posterior ao óbito do de cujos, tendo em vista o caráter eminentemente social da legislação previdenciária**. Embargos Infringentes rejeitados por unanimidade.

Do voto do relator, ressalta-se este trecho:

> [...] É certo que na data do óbito do esposo – 5-7-60, fl. 5 – vigorava, como argüi o INPS e foi também invocado pelo douto voto vencido, o Decreto nº 26.778 de 14-7-49 que, no art. 34, § 3º, somente admitia a inscrição, pelo segurado, de pessoa que vivesse sob sua dependência, na falta de beneficiários legais. Contudo, não consideramos que o dispositivo constitua óbice ao deferimento da pensão. Se a norma previa a hipótese, mesmo condicionada, pode-se interpretativamente, ajustá-la ao entendimento vitorioso que se formou posteriormente, na jurisprudência.[...]"(Embargos em Apelação Cível nº 41.625/ RJ – Min. Relator Amarílio Benjamin - Embargante: INPS; Embargada: Áurea de Souza - 31.05.1979)

Com o advento da Lei n° 5.890, de 8 de junho de 1973, outro avanço foi possível constatar. A nova redação dada ao já referido art. 11, trouxe em seu inciso I a tão esperada referência à companheira:

> Art. 11 Consideram-se dependentes do segurado, para efeitos desta Lei:
> I – a esposa, o marido inválido, **a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos**, os filhos de qualquer condição, menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21(vinte e um) anos ou inválidas.
> [...]

Além disso, a referida Lei ainda trouxe inovações para a companheira, sendo alterado a LOPS em seu art. 23. O § 5º deste artigo recebeu a seguinte redação:

> *Art. 23 [...]*
> *§ 5º A companheira designada concorrerá com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se houver expressa manifestação em contrário.*

Na aplicação da referida norma, mais uma vez a Egrégia Corte demonstrou a adequação de suas decisões com as situações que ocorriam no dia a dia. Transcreve-se abaixo alguns exemplos:

> EMENTA: Previdência Social. Concubina. Reversão de Pensão – Se quando do falecimento do segurado, não podia a companheira concorrer com os filhos advindos da união more uxório e se é certo que , ao perderem eles o direito ao benefício, já se encontrava em vigor a Lei nº 5.890/73, que alterou diversos artigos da LOPS, e o RGPS de 1973 (Decreto nº 72.071/73) passando a ser admitida tal concorrência. É de julgar-se cabível a reversão, a seu favor, da pensão que até então vinha sendo deferida a seus filhos. **Na interpretação das leis previdenciárias, não há como esquecer-se o sentido social que possuem**" (AC nº 50.525, Min. Relator Aldir Guimarães Passarinho, Terceira Turma do TFR, DJ 21.6.78)

> EMENTA: Previdência Social. Deve reverter integralmente à companheira do dia em que os filhos do segurado atingiram a idade de dezoito (18) anos, ainda que o óbito do mesmo associado haja sido anterior ao Decreto – Lei nº 66/66 e à Lei nº 5.890/73. **Construção jurisprudencial erigida à base da eqüidade, tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário**. Embargos rejeitados.

Do voto do Relator, pode-se extrair significativa passagem:

> [...] A Lei nº 3.807/60, em sua primitiva redação, presumia a dependência econômica em relação ao cônjuge e filhos do segurado (arts. 11, inciso I e 13) e só admitia a concorrência na hipótese excepcional prevista no parágrafo único do art. 12 [...]
> Entretanto, por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do **jus scriptum**. Deste modo, construiu a sua jurisprudência à base da eqüidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, dispensando efeito de percepção do seguro previdenciário, contanto que comprovadas a convivência more uxório e a dependência econômica, situações estas que vieram a receber o selo legislativos tempos depois, com a entrada em vigor do decreto-Lei nº66/66 e da Lei nº 5.890/73. [...]
> (Embargos na Apelação Cível 45.666 – RJ/ Sessão Plenária TFR – Relator Min. Antônio Torreão Braz, 29.04.80)

Finalmente, não podemos deixar de trazer a ementa do acórdão da apelação referente a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, subscrita pelos ilustres colegas Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckkhausen (nº2000.71.00.009347-0), que confirmou a sentença de 1ª instância proferida na ação:

> EMENTA – CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. »HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

> 1.Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a

> proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 3. A regra do art.16 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites de competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgão estatais em suas respectivas áreas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser desumano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação de uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para como os casais do mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigidos dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e depend~encia econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (AC nº 2000.71.00.009347-0/RS – Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira – TRF 4ª Região, publicado no DJU de 10/08/2005 – fls.263/304 do PA) (grifo nosso)

Ao lado das decisões pioneiras da Justiça Federal no Rio Grande do Sul, em 1ª instância e do Tribunal Regional Federal da 4º Região, acima referidas, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também tem despontado como uma Corte inserida dentro da realidade emergente das relações homossexuais, o que vem a exigir um tratamento igualitário com os heterossexuais.

No dia 25 de janeiro de 2007, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela competência das Varas de Família para julgar situações que envolvem separações dos casais formados por pessoas do mesmo sexo:

> AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO HOMOAFETIVA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – CASSAÇÃO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – NECESSIDADE DE CONFERIR REGULAR PROCESSAMENTO AO FEITO

> 1. É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união afetiva por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar. 2 – A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, consiste na averiguação abstrata a respeito da viabilidade da pretensão deduzida frente ao ordenamento jurídico vigente. 3 – Afastados os argumentos, nos quias se pautou o juiz “a quo” para indeferir a inicial, e uma vez evidenciada a possibilidade jurídica do pedido, cassa-se a sentença, determinando o regular processamento do feito, para que seja aferido o mérito da questão litigiosa. (Apelação Cível nº1.0024.05.817915-1/001 – Comarca de Belo Horizonte – Apelante:T.A.C.R. – Rel.: Dês. Silas Vieira, publ. 02/08/2007)

E a questão da possibilidade de companheiro homoafetivo pleitear benefício previdenciário, já foi objeto de apreciação pela 1ª Câmara Cível do TJMG que assim se posicionou:

> PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO HOMOAFETIVA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL EXIGIDO EM LEI – CONCESSÃO
>
> A relação homoafetiva não pode ser objeto de discriminação, à luz da diretriz traçadas nos artigos 3º , IV e 5º, "caput", ambos da CF, e, assim, é lícito que o benefício previdenciário relativo a pensão por morte seja requerido por um dos conviventes do mesmo sexo. – Comprovada a autora condição de companheira da ex-segurada por mais de cinco anos, nos termos do artigo 7º, I, e art. 10, § 4º, da Lei Estadual nº 9.380/86, é cabível conceder a pensão por morte. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.07.465890-7/001-Belo Horizonte-Rel. Dês. Alberto Vilas Boas, publ. 05/06/2009)

DA EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS – DOS DIREITOS SOCIAIS DERIVADOS

Configurada a quebra da isonomia na questão sob análise, exsurge as indagações acerca da possibilidade de extensão de benefício às pessoas ou classe de pessoas excluídas do grupo de beneficiários.

A doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão denominam de direitos derivados à prestação aqueles direitos sociais previstos e regulamentados em lei que são subtraídos à determinada pessoa ou grupo de pessoas em ofensa ao princípio da igualdade.
Há um consenso na doutrina e jurisprudência alemã quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo público à prestação social nestas hipóteses. Ou seja, quando a lei ou um ato administrativo exclui determinadas pessoas do gozo do benefício, surge para o prejudicado o direito subjetivo, que gera um direito para buscar no Judiciário um provimento que condene o poder público à concessão do benefício que lhe foi negado.

No Brasil, diversos juristas têm-se manifestado no mesmo sentido. Citamos José Afonso da Silva:

> São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declara-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação?. Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso.** (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 231)
>
> EMENTA: Recurso Extraordinário. Constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 40, par. 5, da CF. Benefício da pensão por morte. **A garantia insculpida no art. 40, par. 5, da Constituição Federal e de eficácia imediata**. O preceito constitucional, sem distinguir, concede o benefício por morte na totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. A parte final do dispositivo constitucional - "até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior" - não constitui óbice a fruição do benefício, vez a locução diz respeito ao limite de remuneração dos servidores públicos, estatuído no art. 37, IX, da Constituição Federal. Editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, esse repercute no campo patrimonial dos aposentados e pensionistas, **posto que ao legislador ordinário não e dado introduzir temperamentos a igualdade**. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179.646-4, STF, SEGUNDA TURMA, Relator MIN. PAULO BROSSARD, Data da decisão 13/09/1994, DJU 26/05/1995, p. 15.168).
>
> EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXTENSÃO DA INDENIZAÇÃO DE QUE TRATA A LEI 6.924/81 AOS MILITARES DO SEXO MASCULINO. ISONOMIA.

> - Não guardando o benefício de que trata a Lei 6.924/81 relação com a natureza do serviço prestado pelo corpo feminino da reserva da Aeronáutica, deve o mesmo ser estendido aos militares do sexo masculino que estejam em situação idêntica em face do princípio da isonomia consagrado no art. 5º da Constituição Federal.
> - Recurso não provido. Sentença confirmada. (TRF- 2ª Região. AC90.02.20512/RJ. REL.: Juiz Clélio Erthal. 1ª Turma. Decisão: 16/12/91.DJ 2 de 12/03/92, p. 5.267.)

A situação apresentada nestes autos tratar-se-ia exatamente de um direito derivado à prestação social, mais especificamente de um direito derivado à previdência social. Assim, caso não fosse possível reconhecer a aplicação do instituto da união estável aos homossexuais, o que levaria à inconstitucionalidade parcial dos art. 7º da Lei Estadual 9.380/86 e art. 10 da Lei Estadual 10.366/90, na parte que excluísse os homossexuais ao gozo do benefício, a discriminação perpetrada por este artigo geraria um direito derivado social, de cunho prestacional, com base nos arts. 201, I e V (direito à cobertura do evento morte) e 5º, *caput* (princípio da igualdade) ambos da Constituição Federal, à obtenção dos benefícios previdenciários de que foram excluídos.

DA COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO

Ao se reconhecer a relação de companheirismo independente de união estável poder-se-ia levar a uma alegação de falta de critérios para o reconhecimento desta situação.

Entretanto, pela simples regulamentação já existente nas Leis Estaduais 9.380/86 e 10.366/90, é possível aplicar-se com interpretação adequada a cada caso, sem necessidade de grandes inovações normativas, os critérios previstos no artigo 1º (que altera o art. 4º da LC nº 64/02) do Projeto de Lei Complementar 41/2008:

Lei n° 9.380/86 - IPSEM

> Art. 10 – É lícita a designação, pelo segurado, de companheira que viva na sua dependência econômica, mesmo não exclusiva., quando a vida em comum ultrapasse cinco (5) anos.
> §1º - São provas de vida em comum o mesmo domicílio, conta bancária conjunta, procuração ou fiança reciprocamente outorgadas, encargo doméstico evidente, registro de associação de qualquer natureza que configure a companheira como dependente, ou qualquer outra capaz de constituir elemento de convicção.
> §2º - A existência de filho em comum supre as condições de designação e de prazo.
> §3º - A designação de companheira é ato de vontade do segurado e não pode ser suprida, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo.
> §4º - A dependência de companheira só poderá ser reconhecida “post mortem” mediante pelo menos três (3) das provas de vida em comum previstas no § 1º, incluindo-se, entre estas, a do mesmo domicílio.

Lei 10.366/90 - IPSM

> Art. 10 – Para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, preferencial e excludentemente, na seguinte ordem:
> I – o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido;
> [...]
> § 2º - Companheiro é a pessoa com a qual o segurado, na forma do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, mantenha união estável por no mínimo 5 (cinco anos) na época da prestação previdenciária ou, por menos tempo, se houver filho comum do casal.

Como se vê, os critérios regulamentares acima transcritos guardam perfeita sintonia com a relação homossexual, sendo possível, portanto, que o IPSEMG e o IPSM passem a exigir esses mesmos requisitos para a concessão dos benefícios aos indivíduos que os requererem tendo em vista a relação de companheirismo homossexual.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA A PROPOSITURA DESTA AÇÃO

Na forma do art. 127 da Constituição "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Entre os direitos individuais indisponíveis sobrelevam-se os direitos fundamentais, precipuamente quando trata-se de questões envolvendo condutas discriminatórias contra minorias em ofensa ao direito geral à igualdade previsto no art. 5º, caput, da Constituição, e a proibição de discriminação, inclusive por motivo de sexo, inscrita no art. 3º, inc. IV.

No artigo intitulado "Direitos Fundamentais e suas Características", Walter Claudius Rothenburg disserta acerca da indisponibilidade dos direitos fundamentais:

> > O sujeito não pode desinvestir-se de seus direitos fundamentais, embora possa de deixar de atuá-los na prática, aplicando-se aqui a clássica distinção entre capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível) (Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, out-dez/99, p. 55/65)

Deste modo, o que esta ação pretende é oportunizar às pessoas que possam exercer os seus direitos fundamentais. A garantia do acesso e do exercício desta capacidade é indisponível. Já o efetivo exercício do direito permanecerá no arbítrio de cada cidadão, uma vez que se trata de direito disponível.

De outro lado, inclui-se entre os interesses sociais as questões que dizem respeito ao direitos fundamentais sociais elencados no art. 6º, entre os quais figura o direito fundamental à previdência social.

No artigo 129, II, também da Carta Magna, o legislador atribuiu-lhe a função de *"zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia"*.

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 34/94, em seu artigo 66, atribuiu ao Ministério Público Estadual, dentre outras funções, o papel de garante dos interesses sociais e dos princípios que embasam a seguridade social - incisos IV e VI, alínea "a".

DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, *verbis*:

> > Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial**, desde que, **existindo prova inequívoca**, se convença da **verossimilhança da alegação** e:
> > I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou
> > II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (grifo nosso)

Comentando o instituto, o processualista Cândido Rangel Dinamarco sintetiza a contribuição essencial e qualitativa da antecipação de tutela ao nosso direito processual:

> > O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males do tempo no processo. (in "A Reforma do CPC", 2ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 1995)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fique caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão

do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. Comentando esses requisitos, o Juiz Federal Teori Albino Zavascki pondera que:

> Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja **(a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação**. O fumus boni iuris deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), **a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática. [...] **Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade** (Antecipação da Tutela, editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76, grifo nosso).

O conceituado processualista mineiro José Eduardo Carreira Alvim, ao examinar o juízo de delibação empreendido pelo Magistrado frente a verossimilhança dos fatos por ele apreciados, assim disserta:

> **A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre, de um juízo de delibação, nos moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais**. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.

> **Esse juízo de delibação pode ter lugar prima facie e inaudita altera parte, em face da natureza do dano temido**, ou num momento posterior, como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança, em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais. (Código de Processo Civil Reformado, editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1995, p. 103/105).

Na ação civil pública a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que com este instrumento processual visa-se a tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso. Neste sentido, tem-se pronunciado a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu monumental *Código de Processo Civil Comentado*:

> 3. Antecipação da tutela. **Pelo CPC 273 e 461, § 3°, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP 19), o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais**. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer. V. coment. CPC 273, 461, § 3° e CDC 84, § 3°. (3ª edição, revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.149)

No caso ora posto *sub judice*, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos.

Não há que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, posto que é notória a existência de grande contingente de pessoas que são discriminadas em sociedade por motivo de sua orientação sexual.

A verossimilhança da alegação decorre da própria certeza relativa aos fatos. O fumus boni iuris encontra-se igualmente presente, assentado estar as autarquias previdenciárias lesando direitos fundamentais.

O perigo da demora é também notório, tendo em vista o fato de que milhares de pessoas encontram-se na situação narrada nos autos, sendo que a maioria, temendo serem discriminadas ou por conhecendo a praxe do IPSEMG e do IPSM de não reconhecer seus direitos, sequer promovem requerimento administrativo na defesa de seus direitos.

Ademais, os proventos provenientes dos benefícios previdenciários buscado pelos trabalhadores homossexuais e negados pelo IPSEMG e IPSM têm nítido caráter alimentar, constituindo-se em verba que, via de regra, integra, quando não é a única fonte de recursos, o mínimo indispensável para a manutenção de condições dignas de vida.

Impor a esses trabalhadores o término da ação judicial para o gozo de seu direito seria manter, por prazo indefinido, a situação de injustiça e de violação aos seus direitos fundamentais.

Destarte, em face de todo o exposto nesta exordial, e com supedâneo no art. 273 e §§ 1º e 2º e art. 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os arts. 12 e 19 da Lei n.º 7.347/85, REQUER o Ministério Público Estadual se digne Vossa Excelência a conceder, após a ouvida dos Representantes Judiciais do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM, que deverão ser intimados para se manifestarem, querendo, no prazo de 72 horas (art. 2º da Lei 8.437/92), decisão liminar, de abrangência estadual, determinando aos Réus que:

a) No prazo de 05 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de concessão de benefícios previdenciários, passando a processar e a deferir todos os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados pelos companheiros do mesmo sexo sobreviventes (no caso de pensão por morte) ou que restem soltos (no caso do auxílio-reclusão), desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os mesmos requisitos e apresentados os mesmos documentos exigidos dos companheiros heterossexuais;

b) No prazo de 05 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, passe a efetuar, no próprio IPSEMG e IPSM, a inscrição de companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes;

c) No prazo 15 dias, a contar da intimação desta decisão judicial, faça publicar no Diário Oficial do Estado ato administrativo (portaria, circular ou equivalente) reproduzindo os termos desta decisão judicial (itens “a” e “b”) , bem como encaminhando, no prazo de 5 dias após esta publicação, cópia deste ato para todas as unidades do IPSEMG e IPSM no Estado.

DOS PEDIDOS FINAIS

Diante o exposto, requer o Ministério Público Estadual com fulcro no artigo 273 e §§ 1º e 2º e artigo 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os artigos 12 e 19 da Lei nº 7.347/85, a concessão, após ouvido o representante legal/judicial do IPSEMG e IPSM, que deverá ser intimado a se manifestar, querendo, no prazo de 72 horas (artigo 2º da Lei 8437/92), **liminarmente da tutela antecipada**, determinado aos réus que:

1) a citação do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSMG) e do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais (IPSM), na pessoa de seus Procuradores Autárquicos, para, querendo, contestarem a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final procedência, sob pena de revelia e confissão;

2) seja julgada procedente a pretensão ora deduzida, confirmando-se, em definitivo, todos os pedidos requeridos em sede de tutela antecipada, condenando-se o IPSEMG e IPSM nas obrigações ali descritas;

3) Sendo a questão de mérito unicamente de direito, seja julgada a lide antecipadamente, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Apesar de inestimável, dá-se à causa o valor de R$ 1.000,00

Requer que as intimações pessoais do representante do Ministério Público referente aos atos processuais, seja realizada no endereço situado na Rua Dias Adorno, 367/8º andar – Santo Agostinho (Telefax.: 31.3330-8394).

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2009.

Rodrigo Filgueira de Oliveira
Promotor de Justiça
Portaria nº 2268/07

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

6ª Vara da Fazenda Pública Estadual
AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Autos n.º 024.09.725.480-9
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Réus: IPSM e outro

Vistos etc.,
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ajuizou AÇÃO CIVIL PÚBLICA contra o IPSM – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS e IPSEMG – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS, qualificados, aduzindo que em meados de 2007, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos foi provocado através do ofício 087/2007, pelo Escritório de Direitos Humanos, órgão vinculado a SEDESE – Secretaria de Desenvolvimento Social, acerca da grave violação aos direitos humanos, por parte do IPSM e IPSEMG que *vêm negando aos casais homossexuais*, *o direito a pensões em caso de morte*, *bem como auxílio reclusão*, ao fundamento de que inexiste regulamentação sobre a matéria. Ante tal denúncia, foi instaurado o PA n.º 003/2007 e, de fato, foi constatado que tanto na LC n.º 64/02 quanto na Lei n.º 10.366/90, não possuem previsão de inclusão do companheiro homossexual/homoafetivo como dependente para fins previdenciários. Restou apurado, ainda, que o INSS, através da IN n.º 11/06, alterada pela IN n.º 20/07, e alguns Estados e Municípios, tais como o RJ, SP e PE, já admitem tal inclusão. Visando a solução da questão, em 27/02/2008 foi realizada uma reunião com a SEPLAG, o Procurador-Geral de Justiça e dois representantes da SEDESE, sendo a que a Secretária informou que seria proposto um *projeto de lei* para solução. O projeto (PLC n.º 41/2008) foi apresentado ao Governador e apensado ao PLC n.º 36/2007, de autoria do Deputado Carlin Moura, mas acontece que há mais de um ano o projeto PLC n.º 41/2008 encontra-se paralisado, o que demonstra a inércia, descaso e o preconceito com a matéria. Pondera que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade fática e que, em sintonia com esta situação, inúmeros países vêm estabelecendo formas diversas de proteção dessas relações. Invoca os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da segurança jurídica, da igualdade, da proporcionalidade etc. Aponta que o direito a previdência social está elencado no rol de garantias fundamentais. Juntou documentos. Pediu *tutela antecipada* para ser determinado aos réus que passem a considerar o companheiro ou companheira homossexual como *dependente preferencial* da mesma classe dos companheiros heterossexuais, para fins de benefícios previdenciários, e mais, que todos os pedidos administrativos protocolizados passem a ser *processados* regularmente (f.02/50).

A apreciação da tutela antecipada foi postergada (f.51).

Instados sobre o pedido urgente, vieram aos autos o IPSM e o IPSEMG e, em breve síntese, resistiram ao pleito, sustentando o IPSM, preliminarmente, que a matéria não consiste em direito coletivo difuso (f.52/72).

É o relatório.

Decido.

A tese de que a questão posta nesta ação civil pública *nem de longe se afeiçoa aos chamados direitos coletivos ou difusos*, em se tratando de uma *preliminar*, deve ser desde logo examinada, mas adianto que haverá um *juízo de indeferimento*.

Necessário lembrar que os arts. 127 e 129, III, ambos da Magna Carta, afirmam a *legitimidade* do Ministério Público para o *ajuizamento da ação civil pública* para defesa dos chamados *interesses ou direitos difusos ou*

coletivos (Lei n.º 7.347/85, art. 1º, IV); e, referida *legitimidade* ministerial exsurge da *simples afirmação da ocorrência do interesse ou direito difuso ou coletivo*, descabendo, neste princípio da demanda, o debate sobre a *real existência do direito*, e, consequentemente, controverter a *titularidade ministerial*.
Não obstante, mostra-se conveniente revelar que é a *relação jurídica de base* que aponta para a existência ou não de um debate sobre *interesses ou direitos difusos ou coletivos*, os quais se caracterizam como tais quando possuam afetação indiscriminada a algumas pessoas (ou grupo) que estão conectadas por circunstâncias de fato; desta forma, indubitável que a matéria *direito previdenciário das relações homoafetivas* subsume, em princípio, na moldura daqueles direitos e pode ser combatida na *ação civil pública*, pois atinge um *grupo determinado* de pessoas *indeterminadas* ligadas por uma situação de fato facilmente caracterizada (a *relação homoafetiva*).

Afasto, portanto, a preliminar.

Analiso, agora, o mérito da *urgência* do provimento.

O CPC, no art. 273, I, dispõe que "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e [...] haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou [...] fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

Não bastasse, também dispôs que: (a) – não se concede a tutela antecipatória na hipótese de *irreversibilidade* do provimento (§ 2º); e, (b) – podem ser aplicadas as regras previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A (§ 3º).

Os requisitos principais são: (a) – prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações; (b) – fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou, © – abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos estão demonstrados e a tutela deve ser *deferida*.

A legislação previdenciária estadual (Leis n.º 10.366/90 e 64/02, do IPSM e do IPSEMG, respectivamente) realmente *não contempla* a situação do *companheirismo homoafetivo* para fins previdenciários, mas somente aquelas situações que caracterizam *união estável* ou o *casamento* propriamente ditos (vide artigos 10 e 4º, respectivamente, das leis citadas).

Mencionada *lacuna* não é óbice para se falar da existência do *direito* neste caso, pois sabemos que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito* (art. 4º da LICC), e mais, que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigência do bem comum*(art. 5º da LICC). Portanto, não é a *falta de regra* (ou até a existência de *regra contrária*) que aponta para a *inexistência do direito*, pena continuarmos fincados no *positivismo* há muito ultrapassado e de, uma vez por todas, desprezarmos a distinção entre o *justo e o injusto* do legado aristotélico, patenteado na *Retórica*, 1373 b e seguintes, que vale neste instante ser lembrada:

> > Pois realmente há, como todos de certo modo intuem, uma justiça e uma injustiça naturais, compulsórias para todas as criaturas humanas, mesmo para as que não têm associação ou compromisso com as outras. É isso que a Antígona de Sófocles claramente quer exprimir quando diz que o funeral de Polinices era um ato justo apesar da proibição; ela pretende dizer que era justo por natureza.

A questão do *justo ou injusto* é sempre presente nas respostas jurídicas, e, neste caso, um pouco mais profunda. Assim, para delineá-la, afigura-se próprio, inicialmente, falar um pouco sobre o *benefício previdenciário* e a quem é destinado para, depois, lançar uma conclusão da *justeza* do intento ministerial.

O *benefício previdenciário* é comumente lembrado como sendo uma *prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes* (ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.251).

Mencionado *favor legis* (inexistente na forma explícita nesta plaga) é destinado à denominada *família previdenciária*, i.é, a todos aqueles que dependiam economicamente do segurado, cabendo ressaltar que nossa Constituição Federal não faz *distinção* quanto aos dependentes e, no aspecto, *abre-se* para albergar situações não positivadas (art. 201, V, da CF).

O e. Superior Tribunal de Justiça, numa situação análoga, mas enfocando um *direito individual*, assentou que *não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito* (REsp n.º 395904 / RS – Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA – Órgão Julgador: 6ª Turma – Julgamento: 13/12/2005 – Publicação: DJ 06/02/2006 p. 365).

Nessa questão, para além de um debate mais abrangente sobre outros aspectos, impõe-se simplesmente demonstrar que há um *fato constatado* (que é a *relação homoafetiva*) e, nesta *situação*, deve o profissional do direito meditar/refletir e encontrar uma *solução justa*. Logo, *justiça* em termos previdenciários é entender a *abrangência* do benefício para todos os que, jurídica e indistintamente, *dependiam* do segurado, senão o mal entendido princípio da *isonomia* não se realiza e o *justo* continua adormecido.

Aliás, até o e. Governador **Aécio Neves**, através do Projeto de Lei Complementar n.º 41/2008, entendeu plausível a *regulamentação* dessa *situação de fato* e propôs uma *alteração* na LC n.º 64/02, no sentido de o benefício previdenciário abranger o *companheiro homossexual* (f.262), mas seu esforço está paralisado na ALEMG. Entretanto, trata-se de um esforço *político* que deve ser mencionado.

Por outro lado, há também respeitáveis posicionamentos contrários, mormente no e. Tribunal de Justiça, mas são deliberações exaradas firmes no aspecto de que a *ausência de lei no sentido estrito* impede a concessão do benefício previdenciário (precedentes: Acórdão n.º 1.0145.02.050445-5/001(1) – Relator: Desembargador EDUARDO ANDRADE – Julgamento: 31/07/2007 – Publicação: 14/08/2007; e, Acórdão n.º 1.0145.02.012887-5/001(1) – Relator: Desembargador CAETANO LEVI LOPES – Julgamento: 07/06/2005 – Publicação: 24/06/2005), e, esta senda não é a que este Juízo Fazendário está perfilando, diante das razões anteriormente expendidas.

Nesse contexto, verificamos que há *prova inequívoca* do direito debatido e, a relação *homoafetiva*, por ser um fato do mundo da vida, não pode ficar longe de um *concerto jurídico* apropriado ao ideal do Estado Democrático de Direito, pena de a *dignidade* das pessoas que compõe o grupo permanecer *desconsiderada* (art. 1º, III, da CF), e o ensinamento histórico-filosófico da *Antígona de Sófocles* continuar como uma peça da *retórica*, longe do desiderato a que foi erigida – *elevar as consciências para a existência do injusto e encaminhá-las para o justo*.

O *fundado receio de dano* é claro.

A partir mesmo da *falta de um regramento específico*, que viesse a dispor sobre a prestação previdenciária nas *relações homoafetivas*, é possível afirmar da enorme dificuldade, ou do longo caminho a ser percorrido por aqueles que se enquadram na situação discutida nesta ACP, pois presos à *legalidade estrita*, resistem os administradores até a última Instância Jurídica, e, o *direito*, nestas circunstâncias, acaba postergado e tardiamente deferido. Desta forma, razoável admitir que a *demora* administrativa (e/ou judicial e/ou legislativa) configura, pontuando que o *benefício previdenciário* se destina às necessidades primeiras do ser humano, o *fundado receio de dano irreparável.*

Por fim, resta esclarecer que a *tutela urgente* ora deferida não padece do condão da *irreversibilidade*, pois a qualquer tempo poderá ser revista e a situação instalada retornará, com facilidade, ao *status quo ante*.

Mencionado *retorno à situação anterior*, logicamente, poderá ocorrer com alguns *valores* despendidos pelo erário, o que certamente não poderá desconfigurar a hipótese da *irreversibilidade*, pois aqui devemos ter em conta a *ponderação dos valores em jogo*, i.é, de um lado o *dispêndio econômico* e, de outro lado, a *manutenção da vida biológica* com a prestação alimentar (diga-se: *previdenciária*). Assim, indiscutível que o ente público, em sã consciência, prestigiará a *manutenção da vida biológica*, pena de ponderar com *intensidade maior um menor valor*, ou seja, o *dispêndio econômico* em relação à *vida biológica*.

Em arremate, evidencio que há *interesse* do **Estado de Minas Gerais** nesta demanda, pois as *contribuições previdenciárias* que constituem o agregado denominado FUNFIP contam, também, com boa parcela dos cofres

deste *ente público* (art. 30, da LC n.º 64/02), razão pela qual deve o mesmo compor a lide, na condição de *litisconsorte*, muito embora sua *opinião* sobre o mérito da demanda já seja do conhecimento geral e, certamente, integrará a *lide* apenas para *concordar com o pedido* (vide PLC n.º 41/08).

Ante o exposto, **DEFIRO** a tutela antecipada.

Citem-se os Réus para ofertarem defesa, querendo, bem assim para que, no **prazo de 5 dias**, *passem a considerar o companheiro ou a companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de concessão do benefício previdenciário, devendo ser processadas e deferidas todas as prestações requeridas pelos companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos, para o caso, os mesmos requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais.*
O Ministério Público deverá providenciar a citação do Estado de Minas Gerais, na condição de *litisconsorte*.
Intime-se.

Belo Horizonte, 05 de março de 2010.

MANOEL DOS REIS MORAIS
Juiz de Direito

---

[1] HESSE, Komrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 232/233.
[2] HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 217/218.
[3] TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: .*Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 09.
[4] Alexy, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 382/283.
[5] Ob. Cit. , p. 330
[6] Ob. Cit.p. 331
[7] Ob. Cit., p. 331
[8] Conforme Alexy, op.cit., p.400: “permite tanto um tratamento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador um campo de acción.”
[9] Bandeira de Mello, Celso Antônio.*Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.
[10] Konrad Hesse, ob. Cit., p. 335.
[11] Friederich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*. Traduzido do alemão por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 288.
[12] Ernst-Wolfgang Böckerförde, em sua obra “Escritos sobre Derechos Fundamentales” (Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p. 15), elenca alguns métodos: Método Tópico orientado à resolução de problemas, Interpretação Constitucional orientada às ciências da realidade no sentido de SMEND e o Método de Interpretação Hermenêutico-Concretizador defendido por Hesse e F. Müller.
[13] Ob.cit. , p. 61
[14] Konrad Hesse, Ob. Cit., p. 64/65
[15] Ob. Cit., p. 65
[16] Böckerförde, ob. Cit., p. 102
[17] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 38.

1.11.2. Parecer final do MP – Crime de racismo – Modelo de parecer

Parecer do MP/RS em apelação de sentença absolutória proferida em crime de racismo contra o povo judeu (Lei nº 7.716/89)

Texto extraído do Jus Navigandi - http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=289

Este parecer foi vencedor de três prêmios: Melhor Arrazoado Forense, concedido pela Associação do Ministério Público do RGS; Direitos Humanos – Personalidade, pelo Movimento de Justiça e Homem Comunidade, pela B'nai B'rith do Rio Grande do Sul.

Elaborado por: Carlos Otaviano Brenner de Moraes.
Colaboração enviada por: Carlos Otaviano Brenner de Moraes, corregedor-geral do MP/RS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
PROCESSO Nº 695 130 484
APELAÇÃO - PORTO ALEGRE
APELANTES: M. J. N. E
FEDERAÇÃO ISRAELITA DO RGS
APELADO: S. E.
RELATOR: DES. MOACIR DANILO RODRIGUES
PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

"Queremos afirmar desde já que não temos a intenção de incriminar o povo alemão. Se a massa anônima do povo alemão tivesse aceitado voluntariamente o programa do Partido Nacional Socialista, não teriam sido necessárias as SA nem os campos de concentração ou a Gestapo."

Eram dez horas da manhã do dia 20 de novembro de 1945. Com essas palavras, ressaltando que não pretendia de qualquer modo atentar contra a raça alemã, para não incorrer em uma outra e criminosa discriminação racial, o acusador público americano Robert Jackson instalou solenemente, em Nuremberg, Alemanha, o Tribunal Militar Internacional que iria julgar os 23 réus - os sobreviventes da alta cúpula do III *Reich* que foram capturados ou se entregaram aos aliados ao final da Segunda Guerra, o maior conflito da humanidade. As acusações: conjuração contra a paz, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Do recurso

Trata-se de apelação da sentença absolutória proferida em favor de S. E., acusado da prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716, de 5 de março de 1989, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.081/90, que é a seguinte: "Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional: pena de reclusão de dois a cinco anos".

O recurso é interposto pelos Assistentes da Acusação, regularmente admitidos no processado, Sr. M. J.N. e a Federação Israelita do Rio Grande do Sul, representada pelo Sr. S. B..

Da imputação

Descansa a imputação no fato de que o apelado, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda, com sede em Porto Alegre, de forma reiterada e sistemática, tem editado e distribuído ao público, mediante venda, obras de autores nacionais e estrangeiros que "abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica" (fl. 2). De acordo com a denúncia, os livros de sua responsabilidade, em termos de edição, distribuição e comercialização, são as seguintes: O Judeu Internacional, de Henry Ford, 2ª reedição, 1989; A História Secreta do Brasil, de Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1990; Protocolos dos Sábios de Sião, apostilado por Gustavo Barroso, 4ª reedição, 1989; Brasil Colônia de Banqueiros, de Gustavo Barroso, 1ª reedição; Hitler: Culpado ou Inocente, de Sérgio Oliveira, 2ª edição, 1990; Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, de Louis Marschalko, 3ª edição. Obra de

sua autoria, sob o pseudônimo S.E. Castan: Holocausto Judeu ou Alemão ? – Nos Bastidores da Mentira do Século, com mais de vinte e nove edições. A peça reproduz vários trechos destas obras que expressam as mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias imputadas.

Do fundamento absolutório

A absolvição está fundamentada no inc. I do art. 386 do CPP.

> Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica […] As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (fls. 861 e 862).

Portanto, sob a ótica da sentença, o réu não obrou com dolo, suas ações não incitaram nem induziram à discriminação racial, desprezo ou preconceito contra o povo de origem judaica e, ao realizá-las, exercia direito constitucional de opinião.

Das preliminares de nulidade

Argúem os apelantes a nulidade da sentença por falta de fundamentação e desvio no objeto da causa. Desenvolvem raciocínio procurando demonstrar que a Dra. Juíza não leu as obras, residindo aí o porquê da falta de fundamentação. A Promotoria de Justiça discorda da alegação de desvio e observa que a fundamentação somente é exigível no caso de sentença condenatória.

Antes de qualquer outra consideração, é de se registrar que seria injustificável tivesse sido proferido sentença sem a prévia leitura das publicações incriminadas. Na oficialidade do processo, naquilo que de capa-à-capa contém, até a chegada dos autos a essa Câmara, as publicações realmente não estavam apensadas, mas isto não exclui a possibilidade de que a Dra. Juíza tenha lido alguma ou todas as obras. Caso contrário, o feito teria sido decidido com certa dose de desdém, com desprezo aos relevantes valores que lhe subjazem, em uma outra postura discriminatória ou preconceituosa, que seria grave pela fonte de que emanaria, o próprio aparelho judiciário, em seu primeiro grau de atuação.

Independentemente disso, porém, vale notar que o devido processo legal não foi respeitado. Este princípio-garantia constitucional pressupõe decisões fundamentadas do Poder Judiciário,[1)] sob pena de nulidade, e fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.[2)] Em se tratando de processo penal, mais avulta a inadmissibilidade de motivação implícita, *aliunde* ou *per relationem*. Absolutamente indispensável, na sentença condenatória, a demonstração da correlação entre o fato punível e o modelo legal. Na sentença absolutória, não menos imperiosa a indicação das razões justificativas ou excludentes da autoria, da criminalidade ou da tipicidade.[3)]

A afirmação é de Mário Guimarães: “Não se compreende possa um juiz aplicar a pena a alguém sem dizer por que motivo o faz. Igualmente, quando absolve, em face de uma acusação, que é afinal repelida, a sociedade e o próprio réu precisam saber o que, na verdade, se apurou”.[4)] E Heleno Cláudio Fragoso a complementa: “a motivação se constitui também em garantia para o Estado, já que a este interessa seja aplicada e corretamente administrada a justiça”.[5)]

Daí que, vênia da Dra. Promotora, sua posição é isolada e insustentável à luz dos princípios reitores do processo penal. A sentença, como decisão do Poder Judiciário, deve ser fundamentada, para condenar ou absolver (art. 93, IX, da CF/88).

E a motivação é de extrema precariedade. Não passa de um discurso puramente teórico, com frases ou expressões de efeito, sem o enfrentamento exegético e valoração dos trechos postos pela denúncia frente à norma incriminadora e ao sentido protetivo que esta veicula:

> Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestações de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo [...] Os fatos históricos, é sabido, não possuem uma só versão. Interpretá-los ou relatá-los sob ângulo diverso da maioria, questionando fatos até então não questionados, ainda que a conclusão seja desfavorável a um determinado povo, não pode ser considerada conduta criminosa, na forma do art. 20 da Lei nº 8081/90. A irresignação da comunidade judaica, com relação as obras do acusado é perfeitamente compreensível, porquanto é a sua própria história, sofrendo outra interpretação e avaliação, do que aquela narrada nos compêndios de História até agora publicados, dando-lhe a condição de povo sofrido. As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão (fls. 861/862).

Se substituídos fossem os textos incriminados reproduzidos pela denúncia, a motivação poderia ser mantida, tal como está, funcionando como decisão padrão, já que a eles não se refere uma só vez. Nem mesmo art. 20 a Lei nº 8.081 possui (o art. 20 é da Lei nº 7.716/89).

Os pontos questionados na causa, e que mereceriam o enfrentamento sentencial, dizem com a dignidade do homem e da raça judaica, execrada pelas obras. Não se esgotam em fatos históricos que permitam ou mereçam revisão ou reexame sob ótica ou ângulo diversos, nem na específica história dos judeus.

Basicamente dizem com atributos pejorativos, juízos (e não fatos) infamantes do homem e da raça judaica. Por exemplo, dentre outros: Horda de judeus; judeus desafetos do bem e protagonistas de uma incessante luta contra toda e qualquer forma de organização social, política e econômica; autocratas encarniçados.

Uma vez imputados na denúncia, deveriam ser analiticamente examinados pela sentença, inclusive para verificação da regularidade no exercício do direito de opinião que simplistamente proclamou, correlação indispensável mesmo em sede de decisão absolutória. O sistema processual é alicerçado na paridade das partes. O processo penal é instrumento de realização da Justiça e a Justiça não está unicamente no interesse do acusado.

O prejuízo desta precária e incompleta fundamentação é manifesto, apesar do pedido de absolvição feito pela Promotoria em suas alegações escritas. O Assistente também é interessado na averiguação da verdade substancial e tem direito à decisão justa.[6)]

Com efeito, o parecer do Ministério Público é pela declaração de nulidade da sentença. Toda a vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual, que desempenhe função de garantia, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre nulo, sanção que decorre da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. É que as garantias constitucionais-processuais, ainda que aparentemente postas em benefício da parte, visam ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.[7)] Há, ainda, a cominação expressa de nulidade na CF/88 (art. 93, IX) e Lei processual (CPP, art. 564, III, alínea *m*).

Quanto à outra preliminar, o parecer é pela rejeição. Não houve o alegado desvio, devido ao entrelaçamento dos temas, e disso bem se encarregou a Dra. Promotora em demonstrar.

Do *error in judicando*

Dentre os ingredientes do juízo absolutório, está o de que os livros, "[...] lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica" (fl. 81).

A sentença não revela, porém, a base concreta de tal assertiva. E aí mais uma vez peca em termos de fundamentação. É de se supor, em face desta injustificável omissão, tenha procurado expressar que as obras, apesar de lidas por um vasto número de pessoas, não produziram, como resultados fenomenológicos, sensíveis no mundo da realidade, sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra a comunidade judaica, em

evidente *error in judicando*. É que o crime não exige a produção de resultado material. Consuma-se com a simples realização da conduta típica. Irrelevante tenham sido ou não aflorados nos leitores os sentimentos discriminatórios ou preconceituosos a que se refere. A Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, foi editada com a finalidade de estabelecer os crimes e fixar as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados por meio de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, buscando preservar o tratamento igualitário que a ordem jurídica se propõe a assegurar. Tratamento igualitário que é princípio estrutural das democracias modernas, no sentido de que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, *caput*, da CF/88). Para assegurá-lo, a própria Carta estabeleceu que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, inc. XLI). Nesse vinculante contexto constitucional é que surgiu a Lei, com a nítida e necessária tendência de punir as práticas discriminatórias de qualquer natureza, como meio asseguratório e protetivo do princípio da igualdade e de maneira mais ampla do que originariamente feito pela Lei nº 7.716/89.

Especificamente em relação ao crime definido no art. 20, que é o delito imputado ao réu, as ações nucleares de praticar, induzir ou incitar devem ser desenvolvidas pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer espécie ou natureza, compreendendo-se por meios de comunicação social todos os que servirem a "[...] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo" (art. 220, *caput*, da CF/88). Praticar é levar a efeito; fazer, realizar, cometer, executar; expor ou exprimir por palavras; dizer, proferir. Induzir consiste em causar, inspirar, incutir; sugerir, persuadir. Incitar significa instigar, impelir, mover; estimular, instigar, açular, excitar; provocar.

Crime formal ou de mera conduta, cuja característica é o da consumação antecipada, configura-se independentemente da produção de qualquer resultado fenomenológico. "Basta, para o aperfeiçoamento do crime, a realização de qualquer ato caracterizador da prática, induzimento ou realização de discriminações ou preconceitos através dos meios de comunicação e de publicações de qualquer natureza",[8] sendo indiferente que se concretizem ou não as finalidades de discriminação e de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Discriminação como ato ou efeito de discriminar, de separar, de apartar, de segregar uma raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, como política de segregação, de isolamento de um grupo social. Preconceito como conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, geradores de suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etnias etc.

Assim, em termos de adequação típica da conduta e consumação do delito, o importante é a aptidão ou potencialidade das abordagens veiculadas nas obras em termos de malferimento da igualdade constitucional e, de modo especial, a probabilidade de lesão aos valores protegidos pela norma.

Esta probabilidade de lesão, ou lesão potencial, que é a alma da ilicitude, é pura valoração acerca do caráter lesivo de uma ação humana, relação entre o fato e o valor como objeto da tutela. Aliás, é a noção de lesividade que fundamenta e dá conteúdo ao tipo. As condutas previstas no art. 20 são sancionadas não porque antijurídicas, mas porque juridicamente desvaloradas pelo Direito. A norma traduz o desvalor do Direito à conduta. Quando o legislador define o ilícito penal, significa postura axiológica negativa referente à conduta descrita. O Direito Penal é na sua essência tutela de valores, complexo de normas predispostas à garantia das exigências ético-sociais dominantes. Fora do resguardo aos valores, o Direito Penal perde a razão de sua existência e se transforma fatalmente num instrumento de terror ou num meio técnico de profilaxia social.[9] Lesividade que não se esgota nem se confunde com o dano material provocado pela conduta.[10]É uma noção normativa pura, intelectiva.[11] Exatamente por isso, diz Carnelutti, "a ilicitude resolve-se em um juízo da lesividade do fato praticado, pois uma antijuridicidade sem conteúdo não tem razão de ser".[12]

Nesse ótica, percebe-se, em definitivo, a irrelevância do aspecto a que a sentença deu tamanho destaque, pois, ainda que milhares de pessoas possam ter lido as obras incriminadas sem se sentirem tomadas por preconceito contra a comunidade judaica, o que releva notar é a potencialidade dos textos em induzir ou incitar o leitor a sentimento discriminatório ou preconceituoso em relação aos judeus, como povo, raça, etnia, procedência nacional. O art. 20 contém um tipo de crime de perigo. Perigo como probalidade de lesão ao bem jurídico tutelado. E os trechos denunciados, lidos e avaliados no conjunto de cada obra, materializam a tese acusatória quanto à potencialidade discriminatória e preconceituosa:

> Agora, porém, compreenderam os alemães, que foram explorados por uma horda de judeus, que haviam preparado tudo para tirar enormes proveitos da miséria geral do povo teutônico. Onde quer que se pudesse especular com as necessidades do povo, ou que se apresentasse ocasião de obter ganâncias intermediárias, seja em Bancos, sociedades de guerra, empréstimos públicos, ou em ministérios que formulavam os gigantescos pedidos de apetrechos bélicos, ali apareciam os judeus (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, p. 23).

Horda como bando indisciplinado de malfeitores, amigos e construtores do mal. Grupo malfazejo movido pela ganância e especulação, no sentido mais sórdido que possam estas expressar, para fazer desabrochar no espírito do leitor os sentimentos de discriminação e preconceito devido à ambição ilícita e desmedida da raça, usuária de meios degradantes e baixos para alcançar fins ignóbeis e infames.

> Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional [...] O judeu é adversário de toda ordem social não-judaica [...] O judeu é um autocrata encarniçado [...] A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele que se julgam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural [...] Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação [...] Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito [...] não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder [...] O judeu é um caçador de fortunas, principalmente porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio [...] O supremo intuito que eles denotam consiste em solapar toda ordem humana, toda constituição de Estados, para erigir um novo poder, em forma de despotismo ilimitado (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, 1989, p. 24, 25, 65, 75 e 79).

Referindo-se aos judeus como inimigos mortais de toda a ordem social não judaica, autocratas encarniçados comprometidos com a quebra dos sistemas nacionais dos Estados e protagonistas deliberados de uma falsa adesão e defesa da democracia, a obra os coloca como perigosos agentes da anarquia, que inspirados na negação da autoridade, e por congênita deficiência moral, buscam romper o equilíbrio das estruturas política, social e econômica, colocando sob risco os fundamentais interesses da sociedade e do Estado, pela confusão ou desordem gerada por essa situação, para conseguirem o poder soberano, ilimitado e absoluto, próprio dos déspotas tirânicos e opressivos, poder sem restrição nem neutralização, como dominação poderosa da classe, que é baixa, dissimulada, vaidosa e arrogante. Sem a menor dúvida, por mais liberal que se queira ser na interpretação de tais textos, há afronta aos princípios da não-discriminação e do não-preconceito racial, com correlata exposição destes valiosos interesses constitucionalmente protegidos a perigo de dano.

> Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter (**O Judeu Internacional**, Henry Ford, 2 reedição, 1989, p. 171).

Mais uma vez, a marca inconfundível das obras, de discriminação e preconceito com a raça judaica, mostrando-a não só gananciosa ou anárquica, mas, como se disse antes, de caráter profundamente vil, como que por defeito de nascença, que sabe e quer enganar, manhosa e maldosamente, agindo do mesmo modo que o animal que se alimenta do sangue de outro, para viver, sem trabalhar, à custa do esforço e da miséria alheia. Raça chupim e arrimadiça.

Em Os Conquistadores do Mundo: os Verdadeiros Criminosos de Guerra (de Louis Marschalko, 3ª edição), numa clara evidência da articulação em discriminar, já no prefácio, novas e veementes referências ao caráter repulsivo, simulado e parasitário dos judeus:

> Qualquer pessoa que esteja de olho no mundo e nos negócios deste, poderá perfeitamente compreender

> esse plano (totalitarismo perfeito e absoluto), que já tomou forma [...] A humanidade está dividida não apenas pelas raças naturais, criadas por Deus, e pelas nações. Hoje em dia, até as nações estão divididas. A Alemanha esta dividida em Oriental e Ocidental, o mesmo acontecendo com a Coréia: do Sul e do Norte. A China e a Indochina estão divididas ou separadas, enquanto a Europa está dividida pela Cortina de Ferro. As populações são separadas e divididas em pessoas brancas e de cor, capitalistas e bolchevistas, empregadores e empregados, gente rica e classes operárias, católicos e protestantes, supressores e suprimidos, vencedores e vencidos. Mas, como veremos adiante, toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos, é dirigida pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo o interesse dos líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas [...] São elas que instigam multidões furiosas a fazerem greves e passeatas, enquanto ao mesmo tempo elas dão aumento de salários e promovem a inflação [...] Elas são as arqui-inimigas dos ideais patrióticos; pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto que durante todo esse tempo elas representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história de todos os países do globo terrestre [...] Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão [...] O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países do mundo (p. 9/10 e 18 – as transcrições da denúncia estão grifadas).

Na mesma linha editorial, com o indisfarçável ânimo de afetar a dignidade do judeu e de sua raça, passagens não desvinculadas do contexto discriminatório das obras, do tipo “Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais” (Os Conquistadores do Mundo, p. 112),

> Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial [...] Judeu sem prestação não é judeu [...] Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas [...] O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora (Brasil, Colônia de Banqueiros – Gustavo Barroso, 1ª reedição, p. 34, 37, 46 e 95).

> Em vista de seu número relativamente pequeno, os judeus, sozinhos, certamente não podem vencer a população no meio da qual vivem como parasitas, mas inventaram um modo de suicídio para os cristãos, provocando habilmente entre eles discórdias intestinas e uma desorganização maldosamente preparada [...] »Para os judeus, o único direito é a força [...] Todas as religiões serão abolidas, salvo a de Moisés. Para mostrar seu poder, os judeus esmagarão e escravizarão pelo assassínio e o terrorismo cada um dos povos da Europa (Os Protocolos dos Sábios de Sião, Gustavo Barroso, 4ª reedição, p. 95).

Em Hitler: Culpado ou Inocente?, de Sérgio Oliveira, dentre várias outras manifestações preconceituosas, é dito que os judeus seguem o Torah, cujo teor aponta para o ódio a tudo que não for judeu, para a desarmonia, desigualdade e desentendimento entre os povos. Em Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século, de autoria do réu, sob o pseudônimo S.E. Castan, a expressão máxima da discriminação, baseada em inversões dos fatos que marcaram a história deste século, pretensamente mascaradas com dados relativos a fatos verdadeiros.[13)]

Em uma síntese, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios por esta ocupados, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha, e veiculam, explicita e implicitamente, nas linhas e entrelinhas, mensagens de cunho nitidamente anti-semitas, discriminatórias e preconceituosas.

Ainda a respeito desta potencialidade lesiva das obras incriminadas ao bem jurídico protegido pelo tipo, cumpre ressaltar que os autos reúnem manifestações de repúdio emanadas de diferentes setores da sociedade civil (Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira - fl. 75; Associação Riograndense de Imprensa - fls. 76/77; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos Fluviais e Aéreos - fls. 78/79; Instituto Solano Trindade - fl. 80; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Porto Alegre - fl. 81; Associação Gaúcha de Escritores - fls. 82/84; da Secção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil - fl. 87; Movimento Negro Brasileiro e Movimento Popular

Anti-Racismo - fls. 109/126) e de diversas pessoas vinculadas ao judaísmo, que pelo fato de serem judias não perderam a condição moral para depor (fls. 44/47; 53/59; 139/153). São dados concretos que não poderiam ter sido tão facilmente desprezados pela decisão apelada.
Desse modo, e que no pertine ao mérito da sentença, não há como mantê-la com base na falta de produção de dano ao bem jurídico protegido. Não se deve permitir a confusão entre dano (ofensa material e sensível) e lesão (ofensa potencial e negativamente valorada pelo cotejo da norma com as concretas exigências sociais de tutela).

Da ausência de dolo

O dolo, como vontade de realização da conduta proibida pelo tipo, revelador de um estado de psíquico-espiritual do agente, geralmente é demonstrado com o auxílio do raciocínio.[14)] O delito do art. 20, apesar de unicamente previsto na modalidade dolosa, admite o dolo direito e eventual.[15)] A conduta do réu, na global análise que se impõe em face das circunstâncias concretizadas, e no que se inclui a valoração do próprio *bunker* que edificou, talvez debochadamente com o nome Editora Revisão, é nitidamente dolosa, e por dolo direto. Sua obstinada atuação voltada ao anti-semitismo e ao nazismo, feita através das publicações que promove e pelos sentimentos espúrios que procura difundir, é amplamente conhecida no Brasil e no exterior,[16)] e não se concilia à simples luz do razoável com propósitos diversos daqueles que o tipo penal em questão pretende evitar. A propósito, o parecer do Ministério Público integralmente endossa as alegações finais da Assistência da Acusação, que, lastreadas em circunstanciado exame dos trechos, torna irrecusável compreensão diversa, seja por inexistência de dolo, seja pela existência de dolo diverso e não compreendido pelo tipo em questão (fls. 802/803).

Do direito ou liberdade de opinião

Correlata à crítica sobre o terceiro e último elemento formador da convicção absolutória expressada no julgado recorrido – direito constitucional de opinião, pela afinidade que com este tema encerra, complementando o que acima foi dito a respeito do agir doloso do réu, sua sistemática e agressiva postura discriminatória e preconceituosa para com a raça judaica, revelada até mesmo no decorrer do processo, dá a medida exata do elemento subjetivo. As inverdades sobre fatos notoriamente conhecidos pela humanidade e as deformações de episódios históricos incontroversos, constituem-se em provas definitivas do ânimo de incitar e induzir à discriminação e ao preconceito racial. Não há outra conclusão plausível. E o dolo, como dito por Mittermayer, é detectado pelo uso do raciocínio.

Tamanho o exagero nas inverdades históricas, criadas por sua inteligência ou pela de outros, cujas obras publica, e a voracidade nos assaques contra os judeus, homem e etnia, que somente podem ser entendidas em um contexto deliberadamente criminoso, atentatório de um dos bens mais valiosos que o ser humano pode titular, bem que a Conferência de Puebla disse ser inviolável, a dignidade do ser humano e da raça a que pertence, e que a CF/88 erigiu em princípio fundamental, sem que haja mínimo espaço a uma discussão rotulada pelo sugestivo título do revisionismo,[17)] de que se vale o réu para fazer crer que seu único propósito é o de revisar a história, como se esta trágica passagem da história, aliás o maior conflito da história de humanidade e o momento decisivo da história do século XX, fosse passível de revisão em suas principais circunstâncias e, especialmente, em seus efeitos sobre a dignidade humana.[18)] Revisar o que é notório, fazendo-se de conta que o racismo,[19)] as idéias de eugenia[20)] e o anti-semitismo[21)] não tenham dado corpo à ideologia nazista, ideologia excludente e condenatória,[22)] é querer acobertar inverdades e preconceitos. Nada além disso. O anti-semitismo como ideologia e, depois, o extermínio dos judeus,[23)] funcionaram como elementos centrais na configuração ideológica e na organização do Estado nazista. O genocídio de seis milhões de judeus, fato histórico que não permite discussão ou revisão, era e foi prioridade do nazismo, levado a cabo como uma linha de produção da morte, medida em termos de custo e benefício.[24)] Na visão nazista do mundo, não havia lugar para os judeus, e o espaço foi sendo reduzido cada vez mais, até que significou a morte. A tese principal de *Mein Kampf*, um tratado sobre sua filosofia política, concluído por Hitler durante a prisão na fortaleza de Landsberg,[25)] era simples: o homem era um animal combativo; portanto, sendo a nação uma comunidade de combatentes, ela era uma unidade de combate. Qualquer organismo vivo que deixasse de lutar por sua existência estava fadado à extinção. Um país ou raça que deixasse de lutar estava igualmente condenado. A capacidade de luta de uma raça dependia de sua pureza. Daí a necessidade de livrá-la dos elementos contaminadores estrangeiros. A raça judaica, por sua universalidade, era necessariamente pacifista e internacionalista. O pacifismo era o mais letal dos pecados, pois significava a rendição da raça na luta pela vida.

O primeiro dever de todo país, portanto, era nacionalizar as massas.[26] Surgiram, assim, o racismo, a eugenia, o anti-semitismo e o anticomunismo como instrumentos de concreção de um Estado totalitário e lastros de uma política de exclusão e mais tarde de eliminação dos judeus, a terrível *Endlösung*, que também serviram para implementar as políticas e os alvos que definiram a IIª Guerra Mundial.[27]

Do mesmo traço ideológico se revestem as publicações de responsabilidade do acusado, em que pesem os disfarces que lhes busca dar, em clara adequação de suas ações ao tipo incriminador que dá embasamento à pretensão punitiva deduzida na denúncia. Jescheck, certamente o maior escritor de Direito Penal da atualidade, secundado pelos não menos renomados Maurach e Welzel, adverte de que, quando o agente não tenha querido atuar juridicamente, em conformidade com o Direito, não lhe pode ser reconhecida uma causa de justificação, mesmo que, por acaso, de sua conduta resulte algo valioso, pelo que não se há de aceitar tenha o réu atuado ao abrigo de um direito constitucional de opinião.

Se esta cegueira jurídica[28] não fosse o bastante para afastar a hipótese de exercício de um direito constitucional, há de se considerar que inexiste direito que comporte exercício ilimitado, direito que prescinda de regularidade em seu exercício.[29]

A CF/88 assegura o direito de manifestação do pensamento[30] (art. 220 e §§), como direito inerente ao status libertatis do indivíduo em suas relações com os outros, no que se distingue da liberdade de pensamento, que é direito do indivíduo sozinho, de per si, e da inviolabilidade da correspondência, que é a liberdade de não emitir o pensamento.[31]É a liberdade de opinar, de criticar, de discutir, de propagar crenças, de pregar opiniões.[32] É esta liberdade conhecida em todos os tempos, em todos os quadrantes, em todas as latitudes, desde Sócrates quando preferiu beber cicuta a abjurar o seu direito de expender o próprio pensamento, de difundir suas idéias, até a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, hoje bandeira de todos os povos cultos, fruto do liberalismo francês.[33]

Mas nem por isso está imune a uma limitação em termos de exercício, como condição da própria licitude da conduta. É a própria Carta consigna que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, inc. LXXVII). Pelo Pacto de San José, ao qual o Brasil aderiu, conforme Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no D.O.U de 9 de novembro do mesmo ano, “a lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua infração à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (Cláusula 13).

É elementar a noção de que todo o direito tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses. Não é lógico nem razoável a possibilidade de uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio.

Relativamente ao direito de opinião, em quase todo o mundo civilizado tem sido objeto de regulamentação especial,[34] que lhe traça limites,[35] não podendo, por outro lado, ficar alheio a uma interpretação sistêmica do Direito, e aqui surge o princípio constitucional da isonomia, que é indesjungível da lei, nos casos de conflito (aparente) com outro direito constitucional, pois inexistem contradições entre dispositivos internos da Constituição, e a CF/88 assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput), que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inc. XLI), como meio garantidor de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”,[36] e também dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, inc. XLII).

A partir desse espírito de tratamento igualitário, e como condição de seu resguardo e efetivação, proíbe-se a prática de discriminações e preconceitos de raça, cor, origem étnica, preferência religiosa e procedência nacional.

Havendo o conflito entre normas constitucionais, entre a que impõe o dever de não discriminar e a que consagra o direito de expressar o pensamento, deve-se buscar a conservação do valor de não fazer e, nesse passo, a liberdade de pensamento não pode desprezar outros direitos fundamentais, sendo primordial a tutela

do interesse público prevalente.[37] Nenhum direito fundamental, calcado na Constituição, possui, em verdade, valência absoluta frente a outros direitos também fundamentais.[38]

A CF/88 garante a livre manifestação do pensamento. Mas esta disposição é sobre a liberdade de pensamento em si e não sobre os crimes que por seu intermédio possam ser cometidos, adverte Marrey Neto.[39]

Aliás, a garantia da CF/88 ao direito de opinião não atinge os excessos que em nome dessa liberdade sejam praticados, muito menos quando em detrimento de outros valores constitucionais. O direito à opinião termina exatamente na fronteira do território inerente à dignidade do ser humano, que dá fundamento e conteúdo ao princípio constitucional da igualdade.

Quando direitos fundamentais estão em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, é mister a ponderação dos bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos em nível jurídico-constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição).[40]

Na busca de solução concreta do conflito entre o direito de opinião e o dever constitucional da não-discriminação e do não-preconceito, não se pode descurar da teoria das limitações horizontais, através da qual se percebe que o exercício de direitos pressupõe uma reserva de amizades e de não prejudicialidade, como limites dos pressupostos jurídicos e fáticos desses mesmos direitos.[41] Aplicada à espécie, como caso concreto, e observados os pressupostos que propõe, a teoria das limitações horizontais conduz o intérprete à conclusão da supremacia do direito à não-discriminação e ao não-preconceito sobre o direito de opinião.

No cotejo entre o direito de opinar (titulado pelo réu), e o direito à não-discriminação e ao não-preconceito (neste caso titulado pelos judeus como gente, raça, etnia), é forçoso convir que a regularidade no exercício do direito de opinião, em detrimento daquele outro, somente se as informações fossem verdadeiras, conhecidamente verdadeiras, inevitáveis para passar as mensagens[42] e desde que estas não afetassem a bens jurídicos tutelados, o que não se verifica, até mesmo porque, em sua maioria, as obras finalisticamente se prestam para veicular opiniões desairosas à raça e não propriamente informações sobre os fatos em que esta raça ou etnia se viu envolvida ao longo de sua trajetória na história da humanidade.

Sanções devem ser reservadas para as situações em que a evidente intenção da opinião é a de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, muito embora disfarçada de revisionismo.

Como conseqüência, a licitude da resolução deste conflito está na supremacia valorativa do dever de não discriminar, considerando-se, para tanto, que a própria Constituição do Brasil estabelece restrição no exercício do direito de opinião e suas formas de exteriorização, quando potencialmente capaz de malferir o princípio isonômico ou da igualdade, na medida em que expressamente proíbe os preconceitos de raça, cor, etnia, por motivos religiosos e de procedência nacional. Essa franca limitação constitucional inclusive permite a prévia censura judicial. Prevê a lei a busca e apreensão do material destinado a divulgar a postura discriminatória ou preconceituosa (art. 20, § 1º, incs. I e II da Lei nº 7.716/89, c/c o art. 1º da Lei nº 8.081/90).[43]

Para expressar a derradeira manifestação sobre a tese sustentada pelo réu, parafraseando Rudolf Von Ihering, consigna o Ministério Público que, se um direito concreto se vangloria da sua existência para pretender um exercício ilimitado, sem fronteiras, faz recordar o filho que levanta a mão contra a própria mãe, insultando a idéia do direito, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação com vistas ao bem comum, à realização do homem e dos mais caros interesses da sociedade, objetivos inatingíveis quando atingida a dignidade do ser humano, gratuita, leviana e criminosamente, considerado o ser humano em sua individualidade ou como membro de grupo, raça, etnia.

As Nações Unidas, em Assembléia Geral realizada há mais de trinta anos (20 de novembro de 1963), à unanimidade, aprovou a declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, recomendando aos países subscritores a efetivação de medidas concretas especiais à proteção deste interesse superior, pois qualquer incitamento ou quaisquer atos de violência praticados, quer por pessoas ou organizações, contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica serão considerados como uma ofensa à sociedade e puníveis em conformidade com a Lei (art. 9º).

Do parecer

Diante do exposto, reafirmando o posicionamento quanto à questão preliminar, o Ministério Público opina pela declaração de nulidade da sentença, devido à falta de fundamentação, em flagrante violação da regra constitucional de que as decisões judiciais serão fundamentadas, sejam elas condenatórias ou absolutórias. O processo é uma relação. À exemplo de uma moeda, possui duas faces. Acusação e Defesa, sociedade e cidadão.

Relativamente ao mérito, se a Colenda Câmara não acolher a preliminar de nulidade, o parecer é pelo provimento da apelação, para que o réu seja punido pelas graves ações praticadas ao longo das publicações apontadas na denúncia, subsumíveis na norma incriminadora, objetiva e subjetivamente, sopesando-se, no respectivo apenamento, o alto grau de sua culpabilidade. Sua postura de vida, quase condição de vida (o emprego do pseudônimo S. E. Castan talvez para acobertar a descendência étnica - Ellwanger; a criação da Editora Revisão, como verdadeiro bunker de proteção aos ideais segregacionistas que oxigenizam suas ações; as manifestações públicas, orais e escritas; e as relações próximas e contactos que habitualmente mantém com os movimentos de ideologia racista – os autos possuem vários documentos comprobatórios), fruto de consciente e voluntário ânimo racista, discriminatório e preconceituoso, que tem de provocado desvaliosos sentimentos no seio da comunidade judaica (também em outras – manifestações de repúdio antes indicadas), é juridicamente proibida e socialmente intolerável, recomendando apenamento severo. Em uma culpabilidade normativa, consideradas as condições pessoais de saúde mental, pleno conhecimento da ilicitude e poder-agir-de-outro-modo, a censura é de peso, proporcional à intensidade do ânimo ativo juridicamente repreensível. Não há como juridicamente admitir, a pretexto de exercício da liberdade de opinião, tenha ou possa o réu impunemente promovido as publicações segregacionistas, na medida em que a segregação racial é expressamente vedada e incriminada pela Constituição e legislação penal brasileira.

As eventuais discriminações feitas pelos judeus a outros povos, ou à sua própria gente, por racismo contra os negros, preconceito religioso contra os palestinos cristãos ou por inconformidade com a dissidência de militares; a procedência ou improcedência das críticas ao movimento sionista; a correção ou incorreção das ações políticas e governamentais dos líderes Begin, Sharon e Eltan, ou das ações dos membros do Estado Maior do exército israelense; as críticas que se possam fazer à política desenvolvida pela Confederação ou Federações Israelitas (fls. 337/338; 419/425), ou os precedentes absolutórios relativos às mesmas obras, emanados de autoridades judiciárias de outros países (fl. 287), não afetam nem prejudicam o exame da conduta imputada a S. E., ou S. E. Castan, à luz do direito brasileiro e dos valores fundamentais cultuados por nossa sociedade, como se à raça judaica não se pudesse endereçar a máxima de Kant: “Não deixeis calcar impunemente o vosso direito aos pés de outrem”.[44)]

E o juízo de censura a S. E., ou S. E. Castan, não permite, modo algum, a chamada à memória, para fins comparativos, dos episódios históricos envolvendo Giordano Bruno ou Galileu, como quis ele fazer através da publicação juntada à fl. 289.

Esta colocação foi unicamente da Defesa, pessoal e técnica, como expediente defensivo, pois o ponto nuclear da demanda está na propositada violação da igualdade, da não-discriminação e do não-preconceito, como regras de direito natural, historicamente consagradas nos textos constitucionais do Brasil, feridas pela realização das ações hipotizadas no art. 20 da Lei, imputadas e imputáveis ao réu.

A advertência final é de Sebastian Soler: “Las penas más crueles han sido fundadas en la afirmación de que un sujeto era brujo o hereje. En nuestros propios tiempos hemos visto fundar las más extremas medidas sobre la base de la condición óntica de judío o de negro”.[45)]

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1995

CARLOS OTAVIANO BRENNER DE MORAES
Procurador de Justiça.

Modelos de Denúncias

Denúncia 1

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA X ª VARA CRIMINAL
COMARCA X

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelos Promotores de Justiça que a esta subscrevem, vem, mui respeitosamente, perante V. Exa., com base nas inclusas peças informativas, oferecer DENÚNCIA em face de:

1 – CCC, brasileiro, solteiro, detetive, Masp. 0, filho de P e Z, lotado em X, Comarca X,
2 – FFF, brasileiro, solteiro, detetive, Masp. 0, filho de S e M, lotado em X, Comarca X, e
3 – III, brasileiro, separado judicialmente, detetive, Masp. 0, filho de E e J, lotado em X, Comarca X;
pelos fatos e fundamentos que a seguir passará a expor.

Consta dos inclusos autos apuratórios que, no dia X do mês X do ano X, por volta das X horas da tarde, os policiais civis ora denunciados, mediante unidade de desígnios e vínculo psicológico, abordaram, de forma abusiva e truculenta, a vítima GGG em seu local de trabalho. Continuamente a mencionada ação arbitrária, os policiais civis, com abuso de poder, colocaram a vítima GGG em uma viatura policial conduzindo-a, sem que a mesma estivesse em estado de flagrância delitiva ou houvesse mandado prisional expedido em seu desfavor, para a Divisão Y/Departamento X. No interior do dito estabelecimento, GGG, enquanto prestava declarações, foi covardemente espancado pelos policiais/denunciados que desferiram-lhe tapas e pontapés por todo o seu corpo. Naquela ocasião, também foi utilizado um instrumento de tortura denominado “cocota”, que gerou as lesões corporais positivadas no E.C.D inserido às fls. 0, causando na pessoa da ofendida enorme sofrimento físico e mental, a fim de que obtivessem “confissão” sobre episódio que investigavam.

Em verdade, os fatos se sucederam da seguinte e pormenorizada forma a saber:

Na época e hora precitada, a vítima GGG se encontrava no Depósito do Supermercado X, trabalhando na função popularmente conhecida como “chapa”, quando os denunciados, policiais civis em exercício funcional, o abordaram de modo agressivo, atravessando a viatura policial na frente da sua trajetória, “... como se estivessem fazendo com um bandido...” (fls.0). Ato contínuo, o policial III (3ª denunciado) desceu da viatura empunhando uma arma de fogo, juntamente com os demais denunciados, vindo em seqüência a “intimar” GGG para prestar declarações sobre um assalto, “...lá embaixo...” (fls.0), referindo-se à Delegacia.

No interior da Divisão Y, precisamente na Xª Delegacia, a vítima GGG foi instada à prestar depoimento. Durante o interrogatório procedido, o policial civil III (3ª denunciado), dando início a uma sessão de espancamento, desferiu contra o rosto da vítima vários tapas e socos. FFF (2ª denunciado), aderindo às agressões abusivas, também passou a espancar a vítima aludida, tampando a sua boca e socando violentamente seu rosto.

A vítima GGG, por não participar e nem saber a respeito do assalto que estava sendo investigado pelos detetives, não confessou a autoria do roubo, fato que deixou os policiais irritados e deu causa as novas brutalidades.

Insatisfeitos com as respostas negativas emanadas pela vítima, os denunciados conduziam a ofendida até uma outra sala, sendo certo que, durante o percurso, GGG foi jogado escadaria abaixo mediante socos e pontapés desferidos contra suas costas, então perpetrados de forma violenta pelos policiais denunciados que procediam a sua condução.

Ao chegar em outra sala daquele sombrio prédio, FFF e III (2º e 3º denunciados), munidos de um utensílio feito com borracha larga presa a um pedaço de madeira, instrumento conhecido por “cocota”, inauguraram uma nova sessão de barbáries, caracterizadores de autêntico ato de tortura. Diversas “cocotadas” foram desferidas pelos detetives nas solas dos pés da vítima, enquanto a mesma era novamente indagada sobre o assalto. Depois de muito sofrer, a vítima inventou uma estória a respeito do investigado roubo, passando para os policiais nomes de pessoas imaginárias. Somente após a prestação de tais informações é que os policiais pararam com as cruéis agressões, liberando-a, por conseguinte. Naquela ocasião esta necessitou de se deslocar para o hospital a fim de ser medicada.

Importa ressaltar que, em ambos os locais onde a vítima foi submetida aos cruéis atos de violência, o policial civil CCC (1ª denunciado) esteve presente, representando, com a sua pessoa, a figura da chamada “presença encorajadora”. Apesar de não ter mantido contato físico com a vítima, o denunciado assistiu, aderiu e comandou as supramencionadas sessões de selvageria, haja vista que o mesmo exerce a função de Chefe da Equipe que é composta pelos demais denunciados.

A propósito, a par do laudo médico legal descrever lesões (equimoses avermelhadas em região plantar do pé

direito e esquerdo e região do hálux esquerdo), compatíveis com um dos tipos de maldades que a vítima sofreu (v. fls. 000), a Sra. NNN afirmou que a vítima chegou em sua morada com vários ferimentos e com dor de cabeça, tendo, ainda, vários desmaios, então decorrentes das agressões contra si perpetradas. Esse mesmo fato também pode ser confirmado através das declarações da Sra. LLL (fls. 0), bem como pelo depoimento do Sr.AAA (fls. 0).

Como se vê, as condutas esboçadas pelos policiais tendenciaram, a todo momento, ao lamentável excesso. A violência praticada pelos policiais CCC, FFF e III (1ª, 2ª e 3ª denunciados), no exercício de suas funções, foi inadmissível. Todas as ações bárbaras e covardes levadas a efeito pelos denunciados em desfavor da vítima GGG não condizem com o comportamento policial. Este triste e repugnante procedimento que busca encontrar a verdade dos fatos através da dor dos músculos, como se a mesma viesse a emergir através dos expedientes preconizados, demonstra o vulto das arbitrariedades, retratando, ainda, o total despreparo funcional e emocional dos denunciados.

Assim, tendo os denunciados incorrido nas iras do art. 1º, inciso I, "a", da Lei nº 9.455/97 e art. 350, inciso IV, c/c arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro, requer o Ministério Público que, recebida esta, sejam os mesmos devidamente citados para interrogatório e defesa que tiverem, ouvidas as vítimas, testemunhas abaixo arroladas e cumpridas as demais formalidades da lei, ao final, serem condenados nas penas que lhes couberem.

Rol:
1) GGG, vítima – fls. 0;
2) NNN – fls. 0;
3) LLL – fls. 0;
4) AAA – fls. 0;
5)HHH – fls. 0;
6)RRR – fls. 0.

N. Termos.
Belo Horizonte, dia/mês/ano.

Antônio Aurélio Santos
Promotor de Justiça

Mariano Guimarães Sepúlveda
Promotor de Justiça

Denúncia 2

PROMOTORIA DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da a Vara CRIMINAL DA Capital

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelos Promotores de Justiça que a esta subscrevem, vem, mui respeitosamente, perante V. Exa., com base nas inclusas investigações policiais, oferecer DENÚNCIA contra

PP, brasileiro, amasiado, natural de, Sgto da Polícia Militar, lotado na X Cia, do BPM, pelos fatos e fundamentos que a seguir passará a expor:

1) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia x de abril do ano de 1998, por volta das 23:00 horas, próximo ao estabelecimento comercial situado na rua D, o denunciado, sob o pífio motivo de que deveria separar os contendores WD e DR, irmãos que se altercavam fisicamente naquela ocasião, desferiu violentas coronhadas com o revólver que portava contra a pessoa do primeiro, tendo, ainda, disparado um projétil contra o mesmo, vindo, pois, a atingi-lo no membro inferior esquerdo, ex vi, o teor do laudo de exame de corpo de delito inserido às fls.…

2) Em verdade, os fatos se sucederam da seguinte forma pormenorizada, a saber: Na data e local precitados, os irmãos WD E DR (vítima) encontravam-se ingerindo bebida alcóolica (cervejas), tendo, logo após a saída do mencionado bar iniciado uma discussão que culminou com agressões físicas recíprocas.

Nisto, em razão de os fatos estarem acontecendo defronte de sua residência, surgiu o denunciado, que, sem nada dizer, interferiu na contenda e deu início a uma série de agressões contra a pessoa de WD, tais como, empurrões e socos. Diante daquela situação, a vítima WD se levantou e deu um golpe contra o portão da moradia do denunciado, ocasião em que este entrou em sua casa e dali saiu empunhando um revólver.

Continuamente, o denunciado disparou um projétil de sua arma de fogo contra a pessoa de WD, atingindo-o, conseqüentemente, em sua perna esquerda, precisamente na coxa. Encontrando-se prostrada ao solo, a vítima ainda fora alvo de novas e cruéis covardias, oportunidade em que recebera diversas coronhadas e tapas desferidas pelo denunciado em diversas partes de seu físico. Ressalte-se que a vítima utilizou muletas por cerca de dois meses, em razão da lesão sofrida em seu membro inferior.

Logo em seguida, surgiram no local palco dos eventos diversas viaturas da guarnição policial militar, tendo, a partir de então, controlado a situação. A vítima, registre-se, *sponte propria*, fora até o nosocômio j para ser medicada, sendo acompanhada por sua esposa e pela pessoa de CS.

Importante deixar realçado que muito embora o denunciado não estivesse em serviço, valeu-se de sua condição funcional para perpetrar o aludido excesso, tendo a testemunha SC presenciado o mesmo bradar "que tinha que matar mesmo, que o WD era pilantra, sem vergonha e folgado", demonstrando, pois, inequívoco dolo em sua conduta ativa. Não bastasse, o mencionado denunciado ainda dirigiu à pessoa da vítima a colocação "de que a mesma amanheceria com a boca cheia de formigas",com a intenção de intimidá-la, além de dar voz de prisão em flagrante delito.

Não bastasse, visando complementar os fatos ocorridos em sucessão, precisamente no mês de outubro do ano de 1998, o denunciado, acompanhado de uma guarnição, invadiu a casa de DR (irmão da vítima WD) situada no Bairro Y., vindo, então, a bater nas pessoas que ali se faziam presentes, inclusive em crianças, atingindo o pináculo sinistro de empunhar sua arma de fogo e deter a pessoa daquele, que também foi alvo de espancamentos então perpetrados no Mirante.

Conforme pode ser constatado, o denunciado, ao proceder a agressões físicas injustificadas, viera a atingir a incolumidade física das vítimas, tendo, de igual forma, procedido a detenção ilegal da pessoa de DR, tendo em vista que não estava em flagrante delito e nem mesmo havia ordem prisional que justificasse o tolhimento de sua liberdade ambulatorial.

Assim, tendo o denunciado incorrido nas iras do art. 3º, "a" e "i", da Lei nº 4.898/65, na conformidade do art. 69, este, do Código Penal Brasileiro, requer o Ministério Público seja o mesmo devidamente citado para interrogatório e defesa que tiver, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, cumpridas as demais formalidades legais, para, ao final, ser condenado nas penas que lhe couber.

Rol :

1) FA– testemunha fls.;
2) SC – testemunha fls.
3) WD– vítima fls.

N. Termos.
Belo Horizonte, x de fevereiro de 2000.

Mariano Guimarães Sepúlveda
Promotor de Justiça

Antônio Aurélio Santos
Promotor de Justiça

[1)] Cf. art. 93, inc. IX, da CF/88: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes". CPP, art. 381: "A sentença conterá: [...]

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão".

[2)] Cf. Nélson Nery Júnior, **Princípios do Processo Civil**, p. 156.

[3)] Cf. Benedetto Pellingra, **La motivazione della sentenza penale**, p. 108.

[4)] O Juiz e a Função Jurisdicional, p. 347.

[5)] Justitia 65/23.

[6)] Nesse sentido: R.Esp. 35.320-3-TO, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, 08/08/94, p. 19.575.

[7)] Cf. Ada Pellegrini Grinover, **Das Nulidades do Processo Penal**, p. 21.

[8)] Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, **Dos Crimes de Discriminação e Preconceito** - Anotações à Lei nº 8.081, de 21/9/90, Revista do Ministério Público do RGS, nº 34, p. 194.

[9)] Cf. Giuseppe Bettiol, Direito Penal, p. 361.

[10)] A noção material de lesividade não diferencia o latrocínio do homicídio em legítima defesa, já que em ambos há o resultado material danoso à vida. A ilicitude é uma qualificação do fato, qualificação que é global, vale para todos os demais ramos. Ela se resolve num juízo de que o fato é lesivo de um bem jurídico. Esta lesão realmente não tem realidade perceptível aos sentidos. Sob o aspecto naturalista, o homicídio cometido em estado de legítima defesa e o homicídio premeditado não apresentam diferenças porque na realidade naturalista o que se pode verificar em ambos os casos é a causação da morte de um homem. Se dizemos que falta no primeiro ilicitude porque a lesão do bem jurídico é justificada enquanto no segundo esta lesão é ilícita, julgamos o fato em relação às exigências da norma jurídica enquanto norma de tutela de interesses. Mas a lesão como tal não é perceptível de um ponto-de-vista sensível (Giuseppe Bettiol, ob. cit., p. 365).

[11)] Giuseppe Bettiol, ob. cit., p. 365.

[12)] Teoria Generale, p. 24.

[13)] Segundo o professor José Roberto Lopez, do Departamento de História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, autor de livro que discute o revisionismo pregado pelo réu, um dos problemas do Holocausto: Judeu ou Alemão ?, "é que ele apresenta erros históricos misturados com verdades indiscutíveis" (vide Zero Hora de 23 de julho de 1992, fl. 363 dos autos).

[14)] Cf. Mittermayer, **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, p. 181.

[15)] Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer, ob. cit., p. 193.

[16)] De acordo com CD-ROM IIª Guerra Mundial, Agência Estado e Estado de Minas, "A Universidade de Telavive, em Israel, publicou em 1994 um relatório que alerta para o quanto as aparências podem enganar: o Brasil, diz o documento, é um dos lugares do mundo em que a ideologia hitlerista mais cresce. O documento foi feito com base em pesquisas realizadas em 1993, e aponta os grande centros urbanos de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (onde também são incluídas pequenas cidades do interior, como focos do pensamento hitlerista. Em São Paulo, o relatório de 92 páginas da Universidade de Telavive refere-se às gangues de skinheads (cabeças peladas). No Rio Grande do Sul, é destacada a ampla circulação do livro Judeu ou Alemão: nos Bastidores da Mentira do Século, de S.E. Castan. A "mentira" seria o holocausto". Também a respeito de sua notoriedade e influência no Neonazismo no Brasil, a Revista Isto É publicou: "O ódio de S.M.C. contra judeus, negros e nordestinos surgiu há pouco mais de três anos, quando abandonou a gangue Carecas do Subúrbio, na qual estava desde 1984. Passou a ler a biografia de Adolf Hitler e os livros sobre o neonazismo. Entrou em contato com os defensores do Führer no Brasil, como o carioca Armando Zanine Júnior, 62 anos, presidente do Partido Nacionalista Revolucionário Brasileiro, e com o gaúcho S. E. Castan, autor de livros que desmentem o holocausto" (p. 45 e 46, edição nº 1.201, de 7 de outubro de 1992, exemplar juntado a fls. 445/446).

[17)] Os devotos de Hitler, e no Brasil o réu é o líder do movimento devido aos livros que publica, negam a existência das câmaras de gás nos campos de concentração e a morte de 6 milhões de judeus que, como o réu, qualificam de parasitas dispostos a dominar o mundo – Cf. Zero Hora de 30.7.95, fl. 944.

[18)] Como discutir o holocausto, o nazismo e o anti-semitismo enquanto fatos ? O que se dizer do pedido de desculpas feito pelo ex-chanceler da Alemanha Oriental, Lothar de Maizière, pelo massacre executado sobre a população judaica? As obras incriminadas poderiam discutir os motivos dos assassinatos nazistas (como, por ex., há quem sustente que tanto a teoria como a prática nazista tiveram como ponto central a aplicação de uma política biológica – Dr. Robert Proctor, higiene Racial – A Medicina na Época dos Nazistas), ou a colaboração criminosa, por omissão, dos Aliados no holocausto, ou a injustiça pela impunidade dos crimes cometidos pelos Aliados – Hiroshima e Nagasaki, por exemplo, sem que estivessem a atentar contra os princípios constitucionais fundamentais da não-discriminação e do não-preconceito. Aí sim estariam a revisar a história. O historiador gaúcho Décio Freitas, autor de vários artigos. de alerta sobre os perigos do renascimento do nazismo, assegura que os livros de Castan não têm compromisso científico. Para o historiador, eles são uma propaganda neonazista travestida de revisionismo histórico – Cf. Zero Hora de 31.7.95, fl. 948 dos autos.

[19)] Erich Goldhagen, do Russian Research Center, da Universidade de Harvard, em um estudo sobre o assunto, destaca que, para os nazistas, a história da humanidade era entendida como uma guerra de raças em contraposição ao que pregavam os marxistas a respeito da luta de classes. Ocupando importantes funções dentro da economia, artes, meios de comunicação e literatura, os judeus atingiram, segundo os nazistas, seu objetivo para a conquista do poder através do liberalismo e democracia em alguns países e, em outros, sob a máscara do socialismo e do comunismo. Ainda como práticas racistas, as leis de Nuremberg, proibitivas de várias relações envolvendo judeus e do acesso destes a meios de transporte coletivo, uso de bancos das praças públicas, contas bancárias, direito aos seus bens etc.

[20)] Estavam em evidência as teses sobre eugenia e em nome dela os médicos nazistas cometeram várias atrocidades. Para os nazistas, os não-arianos eram inferiores. Inferioridade racial. Robert Lifton, na obra The Nazi Doctors, cita o caso do

médico Eduard Wirths, de Auschwitz, que inoculava o bacilo do tifo em judeus sãos, sob a justificativa de que estes, naturalmente condenados a morrer, poderiam servir de cobaias para teses de vacinas. Muitos morreram em experiências médicas que incluíam a exposição a alta pressão e congelamento. Muitos médicos nazistas obtiveram destaque pela crueldade dos métodos de que se utilizavam para assassinar. Josef Mengele, o Anjo da Morte, fazia experimentos genéticos especialmente com crianças e gêmeos, tudo para melhoramento da raça.

[21] O nazismo construiu uma ideologia que excluía e condenava à morte todos os que eram diferentes e pensavam diferente do modelo (imaginário) de homem ariano. A Segunda Guerra foi desencadeada também para impor uma ordem mundial baseada nesse modelo, no extermínio dos judeus e na idéia de que outros povos deveriam se submeter aos alemães – Cf. Roney Cytrynowicz, O anti-semitismo no nazismo, CD-ROM IIª Guerra Mundial.

[22] Que digam os guetos, como o de Varsóvia, mundialmente conhecido pelo levante, palco das mais variadas atrocidades à dignidade. Fotografias ainda hoje ilustram a trágica cena dos judeus humilhados aos substituírem animais de tração. E os campos de extermínio, meios de consecução da chamada Solução Final ? Que dizer de Klaus Barbie, o Carniceiro de Lyon, ou de Adolf Eichmann ? Ben Abraham, em documentário autêntico, Holocausto: O Massacre de 6 Milhões, mostra os crimes contra a humanidade e praticados contra os judeus com eloqüência definitiva (CD-ROM IIª Guerra Mundial). A propósito de Ben Abraham e de seu documentário, consta dos autos cópia de sentença penal condenatória proferida na ação que ajuizou contra o apelado, por crime contra a honra (art. 140 do CP). Siegfried Ellwanger, ou S.E. Castan, foi condenado porque, no livro S.O.S. Alemanha, atribuiu a Ben Abraham os negativos atributos de mentiroso e farsante, além de acoimá-lo de deturpador dos fatos e divulgador de mentiras para inocentar o sionismo dominador (fls. 630/649).

[23] Por ex., revisar Auschwitz ou Belsen? No complexo de Auschwitz, localizado no sul da Polônia, junto à cidade de Oswiecim, na alta Silésia, as estimativas mais confiáveis indicam que tenham sido exterminadas entre 1,3 milhão e 1,5 milhão de pessoas em câmaras de gás. Este foi o maior entre os dois mil campos de concentração e trabalhos forçados construídos pelos nazistas. Nele foram mortos cerca de 1,2 milhão de judeus, equivalente a 25% do total de judeus mortos na guerra, 150 mil poloneses, 23 mil ciganos e 15 mil soviéticos (Cf. CD-ROM II ª Guerra Mundial).

[24] A indústria da morte instalada pelo nazismo começou a operar a plena força com a invasão da União Soviética, em junho de 1941. No início os nazistas obrigavam os judeus a cavarem as próprias valas onde seriam enterrados. Enfileiravam os prisioneiros à frente delas e os fuzilavam – a técnica poupava o trabalho de carregar os corpos até o local onde seriam enterrados, os judeus caiam diretamente nas valetas. Depois foram utilizados caminhões com o escapamento voltado para o interior de um baú montado sobre o chassis, onde as vítimas eram asfixiadas pelo monóxido de carbono. Em 1941 foram criados os campos de extermínio equipados com câmaras de gás. Durante o julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, Rudolf Höss, um dos chefes mais cruéis do campo de Auschwitz, prestou este depoimento: "Em junho de 1941 recebi a ordem de organizar o extermínio de Auschwitz. Permaneci em Treblinka para observar como era feito o extermínio. O comandante de Treblinka [...] utilizava óxido de carbono. No entanto, seus métodos não me pareciam eficazes. Minha escolha era pelo cianeto de potássio. Nós também conseguimos melhorar o procedimento em Treblinka, construindo câmaras de gás que poderiam abrigar duas mil pessoas de uma vez" (CD-ROM IIª Guerra Mundial).

[25] Cf. Winston S. Churchill, Memórias da Segunda Guerra, p. 31, quando Hitler chegou ao poder, foi o livro mais cuidadosamente lido pelos governantes políticos e militares dos países Aliados.

[26] Cf. Winston S. Churchill, ob. e p. cits.

[27] Sobre o assunto: Roney Cytrynowicz, Memória da Barbárie: A História do Genocídio dos Judeus na Segunda Guerra Mundial, A Vida Secreta dos Relógios e outras Histórias, Integralismo e Anti-Semitismo.

[28] Cegueira jurídico no sentido de ação sabidamente contrária aos valores protegidos pelo sistema jurídico.

[29] Cf. art. 23, inc. III, do CP - "Há, entretanto, limites para que o exercício de um direito possa reputar-se lícito. Esse limite vem definido na palavra regular, utilizada pelo legislador pátrio. Só o exercício regular de um direito justifica o fato, não o eventual exercício abusivo desse mesmo direito. Admite-se, assim, que o abuso de direito afaste a incidência da norma permissiva. Exercício regular de direito é o que se contém nos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito em causa, pela boa fé e pelos costumes. Assim, o exercício de um direito com o intuito de prejudicar caracteriza o seu irregular exercício, ou seja, o abuso de direito" (Francisco de Assis Toledo, Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão, p. 110).

[30] Art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

[31] Pontes de Miranda, **Comentários à CF de 1967**, v. V, p. 139.

[32] Cf. Sampaio Dória, **Direito Constitucional**, v. I, tomo II, p. 721.

[33] Cf. Darcy Arruda Miranda, Comentários à Lei de Imprensa, p. 103.

[34] Cf. Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, v. VI, p. 261.

[35] Quando se pretende proteger os direitos de liberdade, como, por ex., o de opinião, há de se distinguir entre os direitos individuais para os quais a Constituição não prevê, expressamente, qualquer possibilidade de limitação legislativa genérica, e que, por isso, são restringidos apenas em razão da salvaguarda de interesses prevalentes, e os direitos de liberdade para os quais há, expressamente, esta previsão constitucional, como no caso da Constituição do Brasil.

[36] Art. 3º, inc. IV, da CF/88.

[37] Cf. Garcia de Enterria, **La Constituzione come norma giuridica**. La Constituzione spagnola del 1978.

[38] Cf. Silva Franco, **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**, p. 1150.

[39] RJD 9/240.

[40] Cf. José Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 601.

[41] Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Schafer, ob. cit., p. 190.
[42] Nesse sentido, e relativamente ao conflito com o direito à honra, de bem mais tênue proteção penal, vide RT 699/337 e RJD 17/206.
[43] Cf. Fábio Medina Osório e Jairo Schafer, ob. e p. cits.
[44] **A Luta pelo Direito**, Rudolf Von Ihering, p. cit.
[45] **Derecho Penal**, v. 2, p. 8.

1.11.3. Modelo de Ação Cautelar Inominada – Interdição de cadeia pública

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (ÍZA) DE DIREITO DA —- VARA CÍVEL DA COMARCA DE RIBEIRÃO DAS NEVES

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, com espeque nos arts. 129, inciso III, da Constituição Federal; 25, inciso IV, alínea "a" da Lei Federal nº 8.625, de 12 de Fevereiro de1993; 66, inciso VI, alínea "a" da Lei Complementar Estadual nº 34, de 12 de setembro de 1.994; 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985; 83, da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, e 796 a 800, do Código de Processo Civil, vem à presença de Vossa Excelência para propor a presente AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA, em face do

ESTADO DE MINAS GERAIS, neste ato representado pelo Advogado-Geral do Estado, que pode ser localizado na praça da Liberdade, s/nº, Belo Horizonte-MG;

pelos fatos e fundamentos abaixo expendidos,

I – DOS FATOS:

No dia 12 de janeiro de 2007, os Peritos da Polícia Civil, Evaldo Pinheiro Amaral e Jorge Eduardo B. Ribeiro, após análise nas condições da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, concluíram que:

> *[...] as condições de salubridade de todas as celas são inadequadas, visto que a aglomeração dos detentos, associadas às baixas condições de higiene e à iluminação e ventilação deficientes, constituem um ambiente favorável à transmissão e proliferação de doenças infecto-contagiosas e parasitárias (ex.: tuberculose, micoses, pediculoses, escabiose, etc.).*

> *Além disso, a presença de fios elétricos expostos e as instalações improvisadas a partir dos mesmos aumentam os riscos de curtos-circuitos que, associados à presença de materiais inflamáveis (colchões, cobertores, roupas), podem resultar em incêndios.*

O laudo pericial demonstrou que a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves não apresenta as condições mínimas de higiene e segurança para a manutenção dos presos encarcerados. Como consectário, os direitos dos presos à dignidade e da sociedade de Ribeirão das Neves à segurança são violados pela manutenção das atividades da Cadeia Pública Local.

Em virtude das precárias condições de segurança da Cadeia Pública, a Polícia Militar informou que os presos haviam serrado as grades de duas celas, comprovando-se os riscos de fuga e rebelião dos presos.

Já no dia 15 de fevereiro de 2007, os presos rebelaram-se e destruíram a estrutura, já combalida, do estabelecimento prisional, como demonstra o Boletim de Ocorrência elaborado pela Polícia Militar.

Amalgamados esses dois fatores – péssimas condições estruturais da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e a destruição total das celas pela rebelião - a manutenção dos detentos no estabelecimento prisional configura a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, das normas internacionais e das leis infraconstitucionais de proteção dos presos, além de representar perigo para toda a sociedade de Ribeirão das Neves.

Urge salientar a omissão do Estado de Minas Gerais em cumprir a Constituição Federal e a legislações em vigor no país, uma vez que, apesar da criação de novos presídios de forma açodada e sem condições técnicas e ambientais adequadas para o funcionamento, não oferece as condições mínimas de dignidade aos presos. Não basta criar vagas no sistema prisional é preciso cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, oferecendo condições dignas para que as pessoas cumpram suas penas, a Constituição Federal e Lei de Execução Penal.

Nessa linha de raciocínio, no dia 15 de janeiro de 2007, os Promotores de Justiça de Defesa do Cidadão e a Promotora de Execução formularam a Recomendação nº 01/2007, em cujo teor apontam as irregularidades existentes na Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, as violações dos diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal, e das conseqüências da omissão do Sr.

Secretário de Estado de Defesa Social e do Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária em cumprir as normas cogentes de proteção dos direitos humanos (documento anexo).

Assim, não pairam dúvidas de que os direitos humanos fundamentais dos presos foram (e estão sendo) violados pelo Estado de Minas Gerais, de modo que as péssimas condições da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves agravam o sofrimento inerente ao cumprimento das penas privativas de liberdades. Com a rebelião levada a efeito nesta data, a não interdição da Cadeia Pública provoca grave risco aos direitos dos presos e à segurança da sociedade.

II - DO DIREITO

II.1- LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS VIOLADA PELO ESTADO DE MINAS GERAIS

A omissão do Estado de Minas Gerias, ora réu, em interditar a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e providenciar a transferência de todos os presos para outros estabelecimentos prisionais violou diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos. Senão, vejamos:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A (III), de 10 de dezembro de 1948), em seu art. 5º, estabelece que *"ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"*;

No mesmo sentido, o art. 7º do Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos prevê que *"ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"*.

Não se pode olvidar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992;

Os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, em particular o disposto no art. 55, determinam que os Estados devem promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdade fundamentais.

Com relação à obrigatoriedade de atuação do poder público, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu art. 2º, 1, determina que *"cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição"*;

É importante salientar que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23/05/1989, e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15/02/1991;

Infere-se dos diplomas acima citados que a omissão do Estado de Minas Gerais, consistente em manter presos em condições degradantes na Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, violou as normas cogentes de proteção dos direitos humanos.

II.2 – DA APLICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Uma interpretação consentânea com as regras de Direito Internacional, sobretudo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, leva-nos a afirmar que a Constituição de 1988 recepciona automaticamente os direitos enunciados em tratados internacionais sobre Direitos do Homem, desde que o Estado brasileiro seja parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.[1)]

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, a partir de 1977[2)]), mantinha o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e aprovados por decreto-legislativo apresentavam hierarquia infraconstitucional.[3)]

Data venia, tal entendimento afrontava o princípio da boa-fé e constituía violação ao art. 27 da convenção de

Viena sobre o Direito dos Tratados. Outrossim, reduzia a eficácia das normas internacionais de direito fundamental, porquanto obstava a aplicação direta desses preceitos pelos tribunais e pela administração pública.

A única possibilidade de uma interpretação em consonância com as regras de Direito Internacional e com os preceitos da Constituição de 1988, seria admitir que a decisão do Supremo Tribunal Federal não se aplicava aos tratados internacionais de direitos humanos, mas apenas a outros documentos internacionais, adotando-se um sistema misto de recepção dos documentos internacionais na ordem jurídica interna. Vale dizer, os tratados de direitos humanos seriam aplicados imediata e diretamente pela ordem jurídica interna do Brasil e recepcionados em grau hierárquico constitucional e os demais documentos internacionais ao nível de norma infraconstitucional. Tal conclusão fundamentava-se nos preceitos insertos no art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição do Brasil, bem como do entendimento de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica em relação aos demais documentos internacionais, isto é, os tratados de direitos humanos apresentam força obrigatória; são denominados *ius cogens*.[4)5)] Há, ademais, um outro argumento para fundamentar a nossa tese, qual seja, o de que a necessidade de proteção dos direitos humanos levou a uma nova concepção de soberania estatal, na qual o tratamento pelo Estado de seus próprios nacionais tornou-se uma questão de interesse internacional. Decorre daí a necessidade de supremacia dos documentos internacionais como condição essencial de proteção efetiva dos direitos humanos.

A ilação exposta foi sufragada pela emenda constitucional nº 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da Carta Magna. Diz o preceito:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Do teor da norma ressai que, a partir da entrada em vigor da emenda constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso Nacional, apresentam força de norma constitucional. Como corolário, as decisões do Supremo Tribunal Federal que não reconheciam hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos não subsistem.

Além disso, por força do art. 5º, § 1º, § 2º e § 3º, da Constituição Federal do Brasil, os preceitos insertos nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos passam a integrar o rol constitucional dos direitos fundamentais, sendo direta e imediatamente exigíveis pelos titulares dos direitos humanos fundamentais. Por conseguinte, a ratificação de um tratado internacional de proteção dos Direitos Humanos pelo Brasil gera, direta e imediatamente, duas conseqüências: a) a obrigação direta do Estado brasileiro em cumprir as normas internacionais insertas no documento ratificado; b) direitos subjetivos para os particulares.[6)]

Nesse contexto, a cláusula aberta do art. 5º, § 2º, a norma do art. 5º, § 1º, que prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, e, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, o preceito inserto no § 3º do art. 5º, sustentam a concepção que admite a recepção automática plena dos documentos internacionais de direitos humanos, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o seu Protocolo em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ademais, referidos preceitos da Constituição Federal do Brasil fundamentam a afirmação de que os direitos humanos internacionais são recepcionados como direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional.

Como consequência, é possível invocar, no plano de direito interno, os preceitos internacionais de direitos humanos para exigir a proteção dos direitos fundamentais dos presos e a atuação eficaz do Estado, pois oferecer estabelecimentos prisionais em boas condições de salubridade e segurança são indispensáveis para a proteção do direito à vida digna dos detentos.

A omissão do Estado do Estado de Minas Geria em cumprir essas obrigações provoca duas consequências: a) violação dos direitos fundamentais, tanto formais como materiais, previstos na Constituição, o que poderá provocar uma sanção interna ao Estado e ao agente público que não cumpriu a sua obrigação, com a consequente imposição de sanção pecuniária pelo Poder Judiciário em favor dos presos, assim como a

condenação do ente público para cumprir a sua obrigação (facere); e b) uma flagrante ofensa ao direito internacional dos direitos humanos, passível de censura pelos órgãos internacionais de proteção desses direitos, com a fixação também de sanção pecuniária em favor das vítimas.

II.3- DAS NORMAS INTERNAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

No mesmo toar, a Constituição Federal garante o direito à vida (art. 5º, caput) e garante que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (art. 5º, inciso III).

O mesmo art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral, impondo ao Estado o dever de assegurar aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

A simples leitura dos preceitos da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal demonstra que o Estado de Minas Gerais, ao manter os presos encarcerados nas condições precárias e insalubres existentes na Cadeia Pública do Município de Ribeirão das Neves, foi omisso e, por conseguinte, deve ser compelido a transferir os presos para outros estabelecimentos prisionais.

Por fim, urge esclarecer que, no prazo legal, será proposta Ação Civil Pública para a punição dos agentes políticos e públicos responsáveis pela violação de direitos humanos dos presos.

III-DOS PEDIDOS

III.1 – DO PEDIDO LIMINAR

Os fatos e o direito exaustivamente enunciados acima demonstram a ocorrência do *fumus boni juris e do periculum in mora*, a justificar, nos termos dos arts. 5º, da Lei nº 7.347/85, e 799, do Código de Processo Civil, a concessão de medida liminar, a fim de que seja interditada a Cadeia Pública de Ribeirão das Neves e determinada a transferência de todos os presos encarcerados no local.

Em virtude da patente violação de direitos humanos dos presos e da necessidade de garantir a segurança da sociedade que se impõe a adoção de *medidas preventivas*, para a finalidade de evitar o dano irreparável.

Ante o exposto, requer o Ministério Público que Vossa Excelência se digne conceder a liminar, *inaudita altera parte*, na forma do art. 804 do Código de Processo Civil, para a finalidade de determinar:

(a) a interdição da Cadeia Pública de Ribeirão das Neves, fixando-se multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento da ordem judicial.

(b) a transferência de todos os presos para os Presídios Penitenciárias José Marinho Drumond e Antônio Dutra Ladeira, e a Penitenciária José Maria Alkimim, imediatamente, uma vez que, em razão da rebelião, não há condições de segurança para a manutenção dos presos na Cadeia Pública, sob pena da incidência de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de descumprimento. Para o cumprimento dessa ordem judicial, requer-se a expedição dos mandados para os diretores dos referidos estabelecimentos prisionais, notificando-se, posteriormente, o Estado.

III.2- DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

O Ministério Público requer, ainda:

(a) seja determinada a citação do requerido para contestar a presente ação;
(b) seja julgado procedente o pedido, tornando-se definitiva a medida liminar.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Dá-se à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeitos fiscais.

Ribeirão das Neves, 15 de fevereiro de 2007.

Fabricio José da Fonseca Pinto
Promotor de Justiça

Fabrício Marques Ferragini
Promotor de Justiça

PEDIDO DE INCLUSÃO DE TESTEMUNHA / VÍTIMA NO PROVITA

(Modelo Simplificado)

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA-MG.

O ....., por meio de ..... infra-assinado, tendo em vista o Inquérito Policial / Autos n°... , com fundamento na Lei Federal n° 9.807/99, combinada com as Leis Estaduais n° 13.495/00 e nº 15.692/05, solicita-lhe a inclusão de ....., brasileiro (a), solteiro (a), natural de ....., nascido (a) aos..... de ..... de ....., grau de instrução médio completo, filho (a) de ..... e....., portador (a) da Cédula de Identidade n° .... , residente na Rua ....., bem como seu/sua cônjuge..... e filhos/as..... no Programa Estadual de Assistência a Vítimas e Testemunhas e familiares de vítimas de crimes – PROVITA/MG, pelos motivos e fundamentos seguintes:

..... é testemunha / foi vítima de ilícito penal ocorrido na cidade de ....., às ..... horas, o qual ensejou a instauração do Inquérito Policial n° / ação penal de Autos n°.....

Durante a investigação criminal, verificou-se que o depoimento da referida testemunha / vítima possui relevante valor probatório. Contudo, em virtude de sua colaboração com o procedimento criminal, a testemunha / vítima vem sofrendo grave coação /ameaças a sua integridade física / psicológica, as quais acontecem sob a forma de ..... .

Haja vista as informações prestadas pela testemunha / vítima, é de se concluir que não há outros meios aptos a protegê-la e garantir sua incolumidade física e psíquica.

Por outro lado, a testemunha / vítima enquadra-se nos requisitos necessários para que seja incluída no programa, uma vez que não está sob custódia do Estado e por demonstrar interesse em colaborar com as investigações, apesar de temer por sua vida, motivo pelo qual se submete às condições estabelecidas na Lei Federal n° 9.807/99, nas Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, e no Decreto Estadual n° 43.273/03.

Considerando os fatos acima expostos e com fundamento nas legislações federal e estadual vigentes, solicita esta Promotoria de Justiça, como medida acautelatória para futura produção de prova a inserção de ....., no PROVITA/MG, como forma de preservar sua vida e buscar a verdade real.

....., ...de ..... de.....

Recomendação CGMP Nº 1, de 14 de junho de 2006

> Dispõe sobre a atuação dos Promotores de Justiça em inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais em que tenham vítimas ou testemunhas com pedido de inclusão no PROVITA/MG.

O Corregedor-Geral do Ministério Público, no uso das atribuições que lhe confere o art. 39, VII, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, e

Considerando as disposições da Lei nº 9.807/99, que estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre proteção de acusados ou condenados que

tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal;

Considerando as disposições da Lei Estadual nº 13.495/00, que institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais no Estado de Minas Gerais;

Considerando as disposições do Decreto Estadual nº 41.140/00, que regulamenta a instituição do Programa Estadual de Proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas - PROVITA/MG;

Considerando a necessidade de se agilizar o andamento dos processos em que figurem testemunhas e vítimas inclusas em programas de proteção, reafirmada pelo Grupo Nacional Promotor dos Direitos Humanos Rossini Alves Couto por ocasião da X Conferência Nacional dos Direitos Humanos, realizada em Brasília no dia 1º de junho do corrente ano;

Considerando a indispensabilidade legal do parecer do órgão do Ministério Público oficiante no inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou processo criminal em que haja vítima ou testemunha com pedido de inclusão no PROVITA/MG, quanto ao atendimento dos requisitos legais previstos no art. 2º da Lei nº 9.807/99;

Considerando a necessidade de que tais inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais gozem de maior celeridade em seu processamento, para que se minimizem as conseqüências traumáticas na vida das pessoas protegidas pelo PROVITA/MG, bem como para que o período de inclusão no programa seja otimizado, o que acarretará a redução de custos para o Estado e para a entidade mantenedora;

Recomenda aos Promotores de Justiça com atuação em inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais ou processos criminais em que tenham vítimas ou testemunhas com pedido de inclusão no PROVITA/MG que tomem todas as medidas necessárias para o célere processamento de tais feitos, bem como que emitam o parecer mencionado no art. 3º da Lei nº 9.807/99 com a maior brevidade possível.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2006

Antônio de Padova Marchi Júnior
Corregedor-Geral do Ministério Público

[1)] Cf. Piovesan, Flávia.**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 81.

[2)] Julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 (Flávia Piovesan, op. cit., p. 84

[3)] Vide Julgamento da Segunda Turma do STF, em 19/03/1996, Relator Min. Maurício Correa. HC nº 73044/SP-São Paulo-Habeas Corpus. Publicado no DJ, 20-09-96, pp. 34534. Ement. Vol.- 01842-02, pp. 00196. Julgamento da Primeira Turma do STF, Relator Min. Moreira Alves. Recurso Extraordinário n º 365950/São Paulo.

[4)] Cf. Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, op. cit., p. 87-89.

[5)] André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros admitem que o ius cogens abrange, dentre outros documentos internacionais: "[...] o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional sobre Direitos do Homem – é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos de 1966". Os professores ainda reconhecem a divergência doutrinária acerca da posição adotada, mas trazem à colação a decisão do Tribunal Internacional de Justiça, que, no "caso Barcelona Traction, admitiu expressamente que os direitos fundamentais do indivíduo constituem Direito Internacional imperativo" (op.cit, p. 283).

[6)] No mesmo sentido Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**..., op. cit., 98-99.

1.11.4. Modelo de recomendação

Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão de Ribeirão das Neves
Rua José Pedro Pereira, 175, bairro São Pedro, Ribeirão das Neves-MG

Recomendação nº 01/2008

Considerando que os técnicos do Centro de Apoio Técnico – CEAT – do Ministério Público constataram que há irregularidades no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP, situado em Ribeirão das Neves;

Considerando que os técnicos que realizaram o laudo técnico psicossocial apontaram as seguintes irregularidades no CAMP:
a) "falta de assistência jurídica regular aos internos carentes (art. 15, 16 e art. 41, VII, da LEP);
b) precariedade do serviço de assistência social (art. 22 e art. 41 VII da LEP);
c) não oferecimento de cursos de qualificação contínua para o servidor penitenciário (art. 77, § 1º da LEP e art. 49 da Resolução nº 14 CNPCP);
d) condições precárias de higiene e limpeza das celas (art. 9º da Resolução nº 14 do CNPCP);
e) inexistência de local para aquisição de produtos para higiene pessoal permitidos mas não fornecidos pela administração (art. 13 da LEP);
f) ausência dos seguintes profissionais na equipe de saúde: assistente social (art. 1º, IV da Resolução nº 07 de 14/04/2003 do CNCPC e art. 8º da Portaria Interministerial – Saúde e Justiça – nº 1777, de 09/09/2003);
g) inexistência de trabalho voltado para a reinserção social do condenado (art.23, V da LEP)";

Considerando que os técnicos constataram, ainda, que há falta de medicamentos e material hospitalar, condições precárias de higiene do local (especificamente banheiros), insuficiência nos atendimentos de reabilitação e insuficiência da assistência jurídica prestada;

Considerando que os expertos constataram que garrafas *pet* são utilizadas como coletores de urina, o que pode acarretar danos à saúde dos internos em razão da possibilidade dos mesmos contraírem infecções;

Considerando que a utilização de garrafas *pet* ao invés de bolsas coletoras próprias viola a dignidade da pessoa humana dos internos, em virtude de que, após o uso, permanecem expostas a todos que circulam pelo local;

Considerando que os técnicos do CEAT, que elaboraram o laudo de engenharia, concluíram que o CAMP apresenta as seguintes irregularidades:
a) "não existem equipamentos de prevenção e combate a incêndio (extintores e hidrantes);
b) o teto das celas do terceiro pavimento do prédio principal é de forro de gesso. Isso compromete a segurança das instalações, facilitando a fuga dos presos através do telhado;
c) as salas de aula e de Terapia Ocupacional não possuem janelas (ventilação e iluminação naturais), somente grades frontais;
d) existe infiltração no teto da cela nº 11 do prédio principal, sala de Terapia Ocupacional e cela nº 01 do prédio anexo. Sugerimos que seja feita manutenção em todo telhado dos dois prédios;
e) o banheiro da cela nº 01 (detentos portadores de mobilidade reduzida) não possui barras de apoio próximas aos vasos sanitários e chuveiros;
f) não existe banheiro na cela nº 02 do prédio anexo;
g) a cela nº 02 do prédio anexo possui cerca de 56,00 m². Para atender a Resolução nº 03 do CNPCP ela deveria comportar somente nove detentos, respeitando assim os 6,00 m² para cada um (atualmente comporta 12 detentos)".

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217-A (III), de 10 de dezembro de 1948), em seu art. 5º, estabelece que *"ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"*;

Considerando que, da mesma forma, o art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê que *"ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"*.

Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº

226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992;

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, em particular o disposto no art. 55, incumbe aos Estados promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdade fundamentais;

Considerando que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu art. 2º, 1, determina que *"cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição"*;

Considerando que a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23/05/1989, e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15/02/1991;

Considerando que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, confere aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma constitucional;

Considerando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal;

Considerando que a Constituição Federal garante o direito à vida (art. 5º, caput) e garante que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (art. 5º, inciso III);

Considerando que o mesmo art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral;

Considerando que é dever do Estado assegurar aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84);

Considerando que os laudos periciais elaborados pelos técnicos do Ministério Público demonstraram que o Estado de Minas Gerais, ao manter os presos encarcerados nas condições precárias e insalubres existentes no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP-, violou as normas de Direito Internacional, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, que tratam da proteção de direitos humanos e da preservação da dignidade da pessoa humana;

Considerando que, caso sejam mantidas as condições degradantes apontadas pelos técnicos do Ministério Público, o Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária violaria também as normas de Direito Internacional, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que tratam da proteção de direitos humanos, além de ofenderem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal);

Considerando que, caso não sejam sanadas as irregularidades demonstradas pelo laudo pericial e, por conseguinte, permaneçam as violações das normas de Direito Internacional, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional que tratam da proteção de direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana, Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária transgrediria também os princípios da juridicidade (legalidade + constitucionalidade) e da moralidade, previstos no art. 37, *caput*, da Carta da República;

Considerando que a violação aos princípios da constitucionalidade e da legalidade (= princípio da juridicidade) configura a prática de atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92;

Os Promotores de Justiça de Defesa do Cidadão, Drs. Fabrício Marques Ferragini e Fabrício José da Fonseca Pinto, e a Promotora de Justiça com atribuições na Execução Penal, Dra. Luciana Kéllen, no exercício das atribuições que são conferidas ao Ministério Público pelos arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III, da Constituição da República de 1988; 119, *caput*, e 120, incisos II e III, da Constituição Estadual de 1989; 27, *caput*, parágrafo único e inciso IV, da Lei nº 8.625/93; art. 67, VI, da Lei Complementar Estadual nº 34/97; e 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93,

RESOLVEM RECOMENDAR ao Sr. Subsecretário de Administração Penitenciária, Dr. Genilson Ribeiro Zeferino, que sejam sanadas as irregularidades apontadas nos laudos elaborados pelos técnicos do Ministério Público, no prazo de quarenta e cinco dias, em virtude da comprovação de que a manutenção dos presos no Centro de Apoio Médico Pericial – CAMP –, nas condições em que a unidade prisional se encontra, viola a dignidade da pessoa humana e provoca risco concreto à vida e saúde dos internos.

Ribeirão da Neves, 24 de abril de 2008.

Luciana Kelen Santos Pereira Guedes
Promotora de Justiça

Fabricio Marques Ferragini
Promotor de Justiça

Fabricio José da Fonseca Pinto
Promotor de Justiça

1.11.5. Pedido de inclusão de testemunha / Vítima no provita

(Modelo Simplificado)

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Deliberativo do PROVITA-MG.

O ..... , por meio de ..... infra-assinado, tendo em vista o Inquérito Policial/Autos n°....., com fundamento na Lei Federal n° 9.807/99, combinada com as Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, solicita-lhe a inclusão de ....., brasileiro (a), solteiro (a), natural de ....., nascido (a) aos..... de .....de ....., grau de instrução médio completo, filho (a) de ..... e ....., portador (a) da Cédula de Identidade n° ....., residente na Rua ....., bem como seu/sua cônjuge.....e filhos/as..... no Programa Estadual de Assistência a Vítimas e Testemunhas e familiares de vítimas de crimes – PROVITA/MG, pelos motivos e fundamentos seguintes:
..... é testemunha / foi vítima de ilícito penal ocorrido na cidade de ....., às ..... horas, o qual ensejou a instauração do Inquérito Policial n° / ação penal de Autos n°..... .
Durante a investigação criminal, verificou-se que o depoimento da referida testemunha / vítima possui relevante valor probatório. Contudo, em virtude de sua colaboração com o procedimento criminal, a testemunha / vítima vem sofrendo grave coação /ameaças a sua integridade física / psicológica, as quais acontecem sob a forma de ..... .
Haja vista as informações prestadas pela testemunha / vítima, é de se concluir que não há outros meios aptos a protegê-la e garantir sua incolumidade física e psíquica.
Por outro lado, a testemunha / vítima enquadra-se nos requisitos necessários para que seja incluída no programa, uma vez que não está sob custódia do Estado e por demonstrar interesse em colaborar com as investigações, apesar de temer por sua vida, motivo pelo qual se submete às condições estabelecidas na Lei Federal n° 9.807/99, nas Leis Estaduais n° 13.495/00 e 15.692/05, e no Decreto Estadual n° 43.273/03.
Considerando os fatos acima expostos e com fundamento nas legislações federal e estadual vigentes, solicita esta Promotoria de Justiça, como medida acautelatória para futura produção de prova a inserção de ....., no PROVITA/MG, como forma de preservar sua vida e buscar a verdade real.

..... , ... de ..... de .....

1.11.6. Modelos de peças processuais no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher

Modelo de pedido de reconsideração de medidas protetivas – I

Processo nº

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Promotora de Justiça que oficia perante a Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no exercício de suas atribuições legais, vem, por força das vistas, tomar ciência do indeferimento das medidas protetivas, expondo e requerendo:

Cuidam os autos de expediente apartado para análise das medidas cautelares protetivas de urgência, conforme previsão do art. 12, III da Lei nº 11.340/2006, no qual a vítima pede várias medidas cautelares, além de demonstrar claramente a situação fática, na qual é possível a ocorrência de novas violações morais, psicológicas e físicas.

Impõe-se o deferimento de medidas protetivas, com a finalidade de prevenir e erradicar a violência, gerando a possibilidade de que se decretem tais medidas, resguardando a mulher na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica (art.10 da Lei nº 11.340/06), independente de audiência das partes, (art. 19 da Lei nº 11.340/06).

Isto porque lidamos em situações em que no âmbito da família há crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o que autoriza o deferimento das medidas PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Assim, o afastamento do agressor do lar com a conseqüente separação de corpos, é medida imprescindível, eis que é inaceitável que a mulher vítima de Violência Doméstica, se veja obrigada a continuar a residir, contra a sua vontade, sob o mesmo teto em que o seu agressor, depois de ter sofrido todas as humilhações decorrentes de agressão física ou ameaça sofrida e o estar processando.

Também não se faz justo que, após praticar conduta criminosa contra a vítima, seja o agressor beneficiado permanecendo no lar e sendo afastada a vítima, se não sobrevém outra questão que torne imperioso o afastamento da ofendida, se ela assim não requer; Igualmente, se foi a vítima posta para fora de casa, deve ser determinada a sua recondução, sob pena de ver beneficiado o agressor que agiu com violência contra a pessoa.

Também, imprescindível é a decretação da proibição de proximidade e contato com a vítima, eis que, tendo a vítima pedido ao Estado proteção e amparo através das referidas medidas.

Urge lembrar, por fim, que é imperiosa a tomada de medidas que inibam o perigo e afiancem, efetivamente, a segurança da vítima, protegendo-a da ação do denunciado. A vítima que se socorre no Judiciário pedindo proteção cria, em última análise, uma responsabilidade do Estado em resguardar, em dar segurança jurídica e garantir os direitos fundamentais através do provimento jurisdicional.

Com isto, impõe-se a conseqüente necessidade de regulação/restrição ou suspensão das visitas aos dependentes, se houverem, independente de prova da paternidade do agressor, eis que o contato familiar ou o vínculo afetivo geram tais demandas.

Quanto à medida protetiva de decretação e arbitramento dos alimentos provisionais, tem-se como imprescindível a apreciação por este juízo, eis que a competência está fixada nos termos do art. 22, V, da Lei Maria da Penha para o arbitramento dos alimentos provisórios quando da ocorrência de uma separação motivada por violência doméstica. Isto porque à vítima de violência doméstica e seus dependentes é garantida a assistência integral e, ainda no art. 30 da Lei Maria da Penha, a especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Pelo exposto, requer o Ministério Público:

1.Seja reconsiderada a decisão quanto ao pedido de medidas protetivas, sendo imediatamente deferidas, para a segurança da vítima a separação de corpos com o conseqüente afastamento do agressor ou a recondução da

ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de contato por qualquer meio de comunicação e aproximação com a ofendida e seus familiares e das testemunhas.

2.Caso haja dependentes relacionados no termo de requerimento da ofendida, seja regulamentada a visita aos dependentes menores ou determinada por este Juízo a restrição ou suspensão, ou que seja realizada a visita por intermédio de familiares do agressor, devendo, ainda, ser a vítima intimada para juntar declaração ou prova acerca da capacidade contributiva do agressor, bem como a certidão de nascimento comprovando o vínculo de paternidade.

Local, data
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Pedido de reconsideração de medidas protetivas indeferidas, medidas cautelares criminais – II

Processo nº

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Promotora de Justiça que oficia perante a Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, no exercício de suas atribuições legais, vem, por força das vistas, tomar ciência do processado, sobretudo do INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS, expondo e requerendo:

Cuidam os autos de expediente apartado para análise das medidas cautelares protetivas de urgência, conforme previsão do art. 12, III da Lei nº 11.340/06, que analisadas por este Juízo, foram indeferidas.

Ocorre que as medidas protetivas previstas no art. 22 e 23 da Lei nº 11.340/06 são de natureza cautelar criminal, devendo prevalecer até quando forem necessárias para a garantia de proteção da vítima e devendo os critérios para o deferimento seguir uma análise diferenciada, calcada na proteção da vítima e seus familiares.

A Lei nº 11.340/06 introduziu nos arts. 22 e 23 as “medidas protetivas” como forma de aumentar a garantia de proteção às vítimas de violência doméstica. O objetivo principal diz respeito, obviamente, a sua integridade física, mas não foram esquecidas outras medidas muito importantes para as mulheres tentarem levar, no máximo possível, uma vida normal, digna e que possam lhe proporcionar tranqüilidade para continuar trabalhando, criando filhos, pagando suas contas, exercendo diversos atos importantes de sua vida civil.

Como foi absolutamente necessário dotar a mulher em situação de risco e de violência doméstica de mecanismos que a fortaleçam e que lhe possibilitem levar a vida adiante, houve por bem o legislador, em, de imediato, prever o deferimento imediato pelo juiz, assim que tomar conhecimento de sua condição e da gravidade do caso, de medidas protetivas, que incluem medidas, não somente criminal, mas adentrou na seara do direito civil, principalmente o direito de família, *ampliando a competência do juízo criminal, para tanto*.

O texto original do anteprojeto de Lei nº 4559/2004 chamava tais medidas de “medidas cautelares”. Entretanto, no texto final aprovado da Lei nº 11.340/2006 denominou-as “medidas protetivas”, tendo como conseqüência a diferenciação técnica entre o rito das medidas protetivas da nº 11.340/2006 e o rito das “medidas cautelares” prevista no Código de Processo Civil, até mesmo porque o objeto destas possui conteúdo inequivocamente civil.

Assim, temos que a mudança da nomenclatura quis, de forma bastante incisiva, dar às “medidas protetivas” o cunho de medidas cautelares de natureza criminal.

Analisando melhor a questão, não poderia ser outra a interpretação, uma vez que as “medidas protetivas” estão relacionadas, obrigatoriamente, à ocorrência de uma conduta delituosa, devendo ser combatida pelo direito penal.

Enquanto o deferimento dos requisitos das medidas cautelares civis se reveste dos temos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no caso das medidas protetivas prevista na Lei nº 11.340/2006 não há a presença do *fumus boni iuris* já que estamos diante de uma prática de um ato ilícito, assim como não há que se falar em fumaça de bom direito quando o que se vislumbra é uma prática criminosa.

Em verdade, o requisito presente que se constata com o já mencionado é o fumus commissi delicti, pois “Não se pode afirmar que o delito cometido é uma “fumaça do bom direito”, quando na verdade o que se espera é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, o fumus delicti, ou como bem observa Delmanto Júnior, o *fumus commissi delicti*.

Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto fumus delicti, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*.”

Tal situação pode ser analisada da mesma forma quando analisamos o outro requisito para a medida cautelar de natureza cível, ou seja, o *periculum in mora*. Vê-se claramente que tal requisito não está presente como essencial para o deferimento das medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006. O que se tem é uma situação de risco para a vítima, que precisa de proteção do Estado, uma vez que presente o requisito da medida cautelar criminal *periculum libertatis*.

As medidas protetivas precisam ser deferidas com a rapidez necessária para que o Estado consiga, efetivamente, dar proteção às vítimas de violência doméstica. Evidentemente, estamos diante de um caso relacionado à ocorrência de um crime, o outro requisito da medida cautelar criminal, ou seja, o *fumus comssi delicti*.

Com estas considerações, temos que as medidas protetivas não estão presas ao processo previsto para as medidas cautelares do Código de Processo Civil, nem a estas se igualam, em vista de sua natureza Criminal.

Entendemos, ainda, que, quando falamos de violência doméstica e familiar, é necessário pensar que tratamos momentos de crime dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça contra a mulher.

Por outro lado, o inquérito policial será moroso, como sempre se caracterizou de maneira geral, onde o tempo faz perder sentido a apuração dos fatos desta natureza. Que importa para a mulher a apuração de uma agressão física quando o inquérito é concluído após um ano? Podem argumentar que a medida cautelar adotada anteriormente tem este efeito de bloquear a ação do tempo. Alerta-se, porém, que a medida cautelar não tem a finalidade de resolver o conflito, apenas de evitar um mal maior ou o acontecimento de novos delitos.
Pelo exposto, requer o Ministério Público, a reconsideração do despacho que indefere as medidas protetivas, em vista de sua natureza genuinamente criminal, bem como o deferimento das medidas protetivas de urgência requeridas pela vítima e que seja certificada nos autos a existência do Inquérito Policial para apurar o presente feito.

Após, a decisão quanto à reconsideração, requer nova vista do feito, a fim de tomar as providências pertinentes.

Local, data PROMOTOR DE JUSTIÇA

Petição de recurso em sentido estrito quando da rejeição da denúncia

EXMO. SENHOR DR. JUIZ DE DIREITO

A Promotora de Justiça oficiante na Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher, tendo em vista a decisão que rejeitou a denúncia oferecida, vem, no prazo legal, recorrer em sentido estrito de tal decisão, nos termos do art. 581,I do Código de Processo Penal. Seguem em anexo as razões do recurso.

Requeiro, desde já, em sendo mantida a decisão recorrida, sejam os presentes autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para julgamento do recurso.

Local, data

Promotor de Justiça

Razões do Recurso em Sentido Estrito

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDA CAMARA,

ÍNCLITOS JULGADORES,

PRECLARO PROCURADOR DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através de seu órgão de execução em pleno exercício nesta *Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, no exercício de suas atribuições legais, nos autos Do Processo Crime supranumerado, não se conformando, *"data venia"*, com a r. Sentença de fls e fls, que *rejeitou a denúncia*, por acolher a retratação à representação feita pelas vítimas, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 581 do Código de Processo Penal, interpor o competente *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO*, para o reexame necessário por V. Exª da decisão exarada ou posterior apreciação pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, requerendo a apresentação das razões de seu inconformismo, nos seguintes termos:

O recorrido FULANO DE TAL se vê processado pela prática de lesão corporal e ameaça, tendo como vítima FULANA DE TAL, com imputação nas sanções do art. 147 c/c 129 § 9º do CPB.

A Denúncia não foi regularmente apreciada quando do oferecimento, tendo sido designada audiência para os fins do art. 16 da Lei nº 11.340/06, na qual, conforme termo de fls. vítima expressamente *informou livre e espontaneamente que não tem mais interesse no prosseguimento deste processo*'.

Decisão, às fls. rejeitou a Denúncia oferecida, baseada no desinteresse expressado pela vítima.

Vieram-me os autos para ciência, oportunidade na qual avio o presente recurso.

É o necessário relatório.

Da preliminar de nulidade:
A audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/2006 foi previsão legal cujo intuito inicial era o de proteger a vítima, nas hipóteses em que por medo ou outras razões emocionais, renunciavam ainda na fase inquisitiva.

A vítima não havia renunciado no feito, tampouco retratado da representação antes do oferecimento da Denúncia.

A lei visou retirar das mãos da vítima o prosseguimento da Ação Penal Pública Condicionada, por isto, só é admitida a renúncia, sob o manto protetivo do judiciário, na presença do Juiz de direito! Ora, é para renunciar que é necessária a audiência! Tendo a parte REPRESENTADO quanto ao delito de Ameaça, não há que se falar em renúncia!

Quanto à lesão corporal, é de se ver que trata-se de Crime cuja Ação Penal é Pública Incondicionada à representação de acordo com o art. 100 do Código Penal, ainda em vigor.

Impor, aí, uma Audiência para a "admissão da renúncia", nada mais é que sugerir, forçosamente, que a vítima renuncie, quando ela já deixou cristalino seu desejo de representar!!!

Entretanto, houve o juízo por bem realizar a audiência.

Portanto, deve ser considerada NULA a audiência realizada ao arrepio da Lei, eis que não prevista no Rito processual sumário. No rito especial da Maria da Penha, é prevista antes do oferecimento da Denúncia nos crimes de Ação Penal Pública Condicionada e não há previsão para os crimes de Ação Penal Pública Incondicionada.

Ademais, o rito da Lei nº 11.340/06 é diferenciado! A criação de uma legislação específica para os crimes de Violência Doméstica justifica-se na medida em que visa resguardar a celeridade no procedimento, e não pode, de forma alguma, ver seu trâmite igualado ao trâmite da Lei nº 9.099/95, por ausência de previsão legal e por ser a Lei nº 11.340/06 *ainda mais gravosa*, prescindindo de uma punição ainda mais imediata para que seja

efetivo o efeito pretendido pela Lei.

Tem-se, portanto, que no rito da Lei nº 11.340/06 *não cabe audiência* para induzir a vítima à *renúncia* ou desencorajá-la ao prosseguimento da Ação Penal, visto que este fato é juridicamente impossível diante da já oferecida Denúncia.

Oferecida a Denúncia, deve ser a mesma devidamente apreciada, recebida ou rejeitada por obediência aos termos do 41/43 do Código Processual Penal, em vista da ausência de previsão legal de qualquer outra medida.

Dito isto, impõe-se a nulidade dos atos praticados ao arrepio da Lei, tornando nulo e sem efeito qualquer ato processual posterior ao oferecimento da Denúncia.

Do recebimento tácito da Denúncia:

Ao despachar após a redistribuição, dando prosseguimento ao feito, foi tacitamente recebida a Denúncia.

O oferecimento da peça inicial acusatória pelo Ministério Público submete se, após a sua formalização, a estrito controle jurisdicional. Não há como fugir de sua apreciação, não há caminho processual alternativo.

O Código de Processo Penal não exige explicitude no ato de recebimento judicial da Denúncia, disto, conclui-se que não obsta, também, a formulação, de um juízo implícito de admissibilidade da Denúncia pela autoridade judiciária. Assim, o ato processual do Juiz que redistribui o feito, por conseqüência do oferecimento da Denúncia, por si só, designa-se um juízo de admissibilidade da mesma.

Mesmo porque, a exordial acusatória apresentava-se formalmente perfeita e não fôra anteriormente rejeitada por quaisquer das hipóteses previstas no art. 43 do CPP.

A atividade processual do Poder Judiciário, exercida liminarmente no âmbito do processo penal condenatório, objetiva, em essência, a própria tutela da intangibilidade do status libertatis do imputado.

O prosseguimento regular do feito pressupõe, pois, o recebimento tácito da Denúncia, mesmo porque o não recebimento da Denúncia, diante do seu oferecimento, é causa de nulidade relativa, conforme entende o Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E RECEPTAÇÃO. *NÃO RECEBIMENTO EXPRESSO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA*. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MARCO INTERRUPTIVO. ORDEM DE CITAÇÃO DA RÉ. *1. O NÃO recebimento expresso da denúncia é uma causa de nulidade relativa* e, por conseguinte, deve ser alegada no momento oportuno, sob pena de preclusão. 2. Suposta prescrição da pretensão punitiva ante a ausência de recebimento expresso da peça acusatória não configurada, pois a ordem de citação da ré cumpre a mesma finalidade. 3. Ordem denegada (HC 41925/SP, Sexta Turma, Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 18/08/2005, grifo nosso);

Assim, ou se confere o recebimento tácito à Denúncia nos autos deste feito, ante o seu prosseguimento, ou se atribui nulidade à audiência feita, por expressa inaplicabilidade, bem como aos seus atos subseqüentes.

Da impossibilidade da retratação:

É sabido que os delitos de vias de fato e lesão corporal são crimes de Ação Penal Pública Incondicionada e não se processam mediante representação. A fim de admitir a Ação Penal condicionada à representação, *teria o legislador feito a mudança expressa do Código Penal quando nele inseriu o parágrafo nono. Mas não o fez, como se vê:*

> *Lesão corporal*
> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> Pena - detenção, de três meses a um ano.
> § 9o Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de

> coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
> Pena - detenção, de três meses a três anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

A Doutrina abaliza a posição de que Lesão Corporal é crime de Ação Penal Pública Incondicionada:

> *Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal, em se tratando de lesão corporal leve a ação penal será de iniciativa pública incondicionada etc.* (Marcelo Lessa Bastos - Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006)

Não há que se discutir o óbvio.

A Lei nº 9.099/95, quanto aos crimes que a ela se submetem, diferenciava a aplicação quanto aos crimes de lesão corporal leve e culposa, quando estabeleceu em seu art. 88 que estes crimes dependem de representação, sendo, portanto, de ação penal pública condicionada, *porque os considerou de menor potencial ofensivo.*

Diferentemente, a nova Lei nº 11.340/06, por sua vez, ao determinar expressamente que não se aplica a Lei nº 9.099/95 para a violência doméstica contra a mulher, por força do art. 41 da Lei nº 11.340/06, que efetivamente afasta toda a lei anterior, inclusive o dispositivo em comento, por entender que está afastada do crime de violência doméstica a interpretação como crime de menor potencial ofensivo.

No entanto, apesar da Lei nº 11.340/06, em seu art. 16, determinar que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só será admitida a renúncia perante o juiz, tal situação não se aplica aos crimes de lesão corporal leve praticadas no âmbito doméstico, somente aos crimes em que o Código Penal expressamente determine que a ação seja condicionada à representação.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, observando-se os princípios que regem a matéria, e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, induz à conclusão de que os crimes de violência doméstica *não mais dependem da vontade das vítimas para seu processamento*. Significa dizer, em última análise, que os crimes de lesão corporal cometidos contra mulher na violência doméstica não dependem de representação, ou seja, voltaram a ser considerados de ação penal pública incondicionada.

> Nesses crimes, portanto, cometidos pelo marido contra a mulher, pelo filho contra a mãe, pelo empregador contra a empregada doméstica etc., não se pode mais falar em representação, isto é, a ação penal transformou-se em pública incondicionada (o que conduz à instauração de inquérito policial, denúncia, devido processo contraditório, provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc.). Esse ponto, sendo desfavorável ao acusado, não pode retroagir (isto é: não alcança os crimes ocorridos antes do dia 22.09.06). (G. N.) (Luiz Flávio Gomes em: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060911114324344949&query=violencia%20doméstica)

Ressalte-se, ainda, que a ação penal pública incondicionada é a regra geral, conforme dispõe o art. 100 do Código Penal, sendo exceção a lei que *expressamente a declare* privativa do ofendido. Assim como tem, também, natureza de Ação penal pública Incondicionada, o delito de Vias de Fato, por força do art. 17 da LCP.

Pelas razões expostas *não é possível a "desistência", renúncia ou retratação da ofendida, depois do oferecimento da Denúncia*, no caso de Ameaça, e, em hipótese nenhuma no caso de Lesão corporal ou vias de fato, mesmo que a desistência tenha sido feita em audiência ou por acordo entre as partes, sendo certo que não podem as partes transigir ao arrepio da Lei nº 11.340/06, muito menos negar o Judiciário a aplicação da lei e a efetividade do provimento jurisdicional pautado na legalidade e na observação irretocável do *Princípio do*

Devido Processo Legal, que deve nortear a condução processual.

URGE OBSERVAR QUE A SENTENÇA NÃO SE APOIOU NAS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS, QUAIS SEJAM OS DEPOIMENTOS DAS PARTES NO QUAL A MATERIALIDADE ESTÁ CONCISA, BEM COMO DA AUTORIA COM AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. EIS, PORQUE, TAMBÉM MERECE REFORMA O PROVIMENTO JURISDICIONAL.

Os elementos de prova colhidos nos autos sobre a ocorrência do fato delitivo, além da prova da materialidade e autoria, comprovam que o acusado, efetivamente, realizou a conduta delitiva pela qual foi denunciado.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR preconiza que o processo tem por finalidade solucionar o litígio à luz da verdade real, a qual será buscada pelo magistrado nas provas dos autos. Assim, concluímos que a finalidade da prova é solucionar o litígio que motivou a instauração do processo, de tal forma que, sempre que possível, a verdade real seja atingida e que o principal destinatário da prova é o juiz, que é o responsável por analisá-la e valorá-la. No caso em tela, a prova não foi relevada.

No processo penal brasileiro o princípio da livre apreciação da prova encontra-se consagrado no art. 157: *"o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"*. É necessário aplicar o livre convencimento motivado, apreciando as provas dos autos, sobretudo o Exame pericial, a fim de concluir a existência do fato típico que reclama justa punição pelo Estado.

A valoração dada pela vítima quando desiste do prosseguimento, não deve ser levada em conta, tend6 e0 v5sta que não há, neste processo, igualdade de partes. Não cabe à parte definir o quanto e como deve o agressor ser punido, eis que há sempre hierarquia entre vítima e autor do delito de violência doméstica. Esta é tarefa do Estado por excelência e nisto se fundam as razões para que o delito seja de Ação penal Pública Incondicionada, a fim de efetivar a punição pelo Estado do agressor doméstico.

Fosse mantida a condicionalidade da representação nos crimes de lesão corporal e vias de fato ou fosse possível a retratação ou renúncia após o oferecimento da Denúncia nos delitos de ameaça, não haveria escopo na criação da Lei, uma vez que as vítimas continuariam apanhando, os agressores continuariam com os benefícios de conciliação, transação penal e cestas básicas, e o Estado continuaria com um vergonhoso quadro de Violência Doméstica.

Maria da Penha tem, em si a fundamentação expressa de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, realizada na calada do âmbito doméstico e familiar, quando no § 2º do art. 3º a Lei afirma ser tarefa da Sociedade e do poder público criar condições necessárias aos efetivos direitos das mulheres em situação de violência doméstica, consigna ao aparelho estatal, nele incluso o Poder Judiciário, a tarefa de proteger a mulher, mais que proteger da lesão corporal, proteger da humilhação, da manipulação, da violência psicológica, da diminuição da auto-estima, da chantagem, do controle de suas ações por perturbação (previsão do art. 7º), fatos que ocasionam a desistência da ação pela vítima, como ocorre no presente feito.

Por fim, cumpre expor que o fato de *ter a vítima desistido de punir o agressor, não deve* tangenciar a aplicação errônea da Lei, eis que seu conhecimento jurídico é incompleto, insuficientemente e seu vínculo com o agressor tem fundamento emocional intenso, de modo que não pode balizar a importância da efetividade da norma penal, eis que envolvida emocionalmente com a questão própria dos autos.

DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL:

A jurisprudência tem se delineado no sentido de que a lesão corporal é crime de Ação Penal Pública Incondicionada, conforme se vê (g.n.), inclusive já em decisão Unanime, da Quinta Turma Do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 27 de Março de 2008:

> EMENTA – PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. *VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE*. A Lei nº 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada. *HABEAS CORPUS Nº 84.831 - RJ (2007/0135839-3) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER* IMPETRANTE : André Luiz De Felice Souza - Defensor Público Impetrado : Tribunal De Justiça Do Estado Do

> Rio De Janeiro Paciente : Marcos Enes Cardoso - QUINTA TURMA Do Superior Tribunal De Justiça, Por Unanimidade, 27 de Março de 2008.

Dele se extrai:

> EMENTA: “Habeas corpus”. art. 129, § 9.°, do Código Penal, nos termos da Lei nº 11.343/2006. Pedido defensivo de que seja observada a possibilidade de audiência de conciliação prévia ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº9.099/95. Pedido ainda de suspensão do feito até o julgamento do “writ”. Liminar concedida. Quanto aos pleitos defensivos, não merecem provimento. A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo claro de coibir a violência cometida contra a mulher em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 foi expressamente determinada neste Novo Diploma, em seu art. 41, de forma a afastar, de vez, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, que não vinham atendendo aos reclamos sociais. Ordem que se denega, cassando-se a liminar deferida, para que o feito prossiga em seus trâmites normais (fl. 45).
> [...]
> Improcedente é, no mais, a alegação do paciente de que estaria a sofrer constrangimento ilegal por não ter sido designada audiência prévia de conciliação. O art.16 da Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de realização dessa audiência apenas para os crimes de ação pública condicionada. Até o advento da Lei nº 9.099/95, na persecução criminal de lesão corporal leve, se procedia mediante ação pública incondicionada. A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88, passou, entretanto, a dispor que a ação penal, para esse crime, dependeria de representação para ser iniciada. Ocorre que, como visto, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 afastou, de modo categórico, a incidência da Lei nº 9.099/95. Por isso, há de se considerar nos casos de lesão corporal, com violência doméstica, que a ação penal será pública incondicionada, consoante previsto no próprio Código Penal. É, portanto, incompatível com o procedimento adotado para a persecução do crime atribuído ao paciente, a realização de sobredita audiência.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS:

No Conflito Negativo De Jurisdição, n° 1.0000.07.449600-1/000, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relatora a Exmª. Srª. Desª. Maria Celeste Porto, com a qual votaram de acordo os Desembargadores: Vieira De Brito e Hélcio Valentim, votou expressando a incondicionalidade da Ação Penal quanto aos delitos de Lesão Corporal, o que reproduzimos em parte:

> [...] enquadramento de tal conduta na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), porquanto a mesma, em sendo mais gravosa, só se aplicaria a delitos cometidos após sua entrada em vigor (dia 22/9/06).
> De fato, esse novo instrumento jurídico-penal, que embora não tenha criado nenhuma figura penal nova, trouxe consideráveis mudanças na legislação penal e processual penal relativas a delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, e surgiu para atender ao mandamento constitucional do § 8º, do art. 226, e também para satisfazer os termos da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil em 01.02.84.
> Assim, com o intuito de coibir a prática de crimes dessa natureza criou normas mais rigorosas, tais como, retirou os crimes do âmbito de incidência da Lei dos Juizados (Lei nº 9099/95); proibiu a aplicação de penas ou medidas alternativas previstas nessa lei, tais como cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa; a lesão corporal dolosa simples nestas hipóteses passou a ser pública incondicionada, etc.
> Como se vê, esse novo instrumento legal, por ser indiscutivelmente mais severo, só se aplica aos fatos praticados a partir do seu advento, e o processamento das condutas anteriores a essa data permanecerão sob a égide da lei anterior, com possibilidade de transação etc, nos seus juízos de origem.
> A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XL, preceitua que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'.
> E o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos ratifica: 'Ninguém pode ser condenado por suas ações ou omissões que, no momento de sua realização, não eram consideradas delitivas segundo o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento do cometimento do delito. »Se, posteriormente ao cometimento do delito, a lei a este impuser uma pena mais leve, o

> delinqüente disto deverá beneficiar-se.'

Também, na Apelação Criminal n° 1.0672.07.245986-6/001, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Exmo. Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho, com o qual votaram de acordo os Desembargadores Maria Celeste Porto e Pedro Vergara, votou expressando a integral constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, o que reproduzimos em parte:

> Com estas considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL PARA DECLARAR INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI nº 11.340/06 TAMBÉM DENOMINADA LEI MARIA DA PENHA, *CONFIRMANDO A VIGÊNCIA DE TODOS OS SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS*, DETERMINANDO AO MAGISTRADO MONOCRÁTICO A ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS, AFASTADO O ARGUMENTO DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA POR VIOLAÇÃO À CARTA MAGNA, PODENDO, SE ENTENDER NECESSÁRIO, DILIGENCIAR PARA INSTRUIR MELHOR O FEITO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO:

> **Ementa**: PROCESSO PENAL. Imputação ao acusado de cometimento dos crimes de lesões corporais e de ameaça, contra sua amásia. (a) Alegação de nulidade ante a não designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06. Afastamento. Primeiro, porque não se aplica ao crime de lesão corporal. Destarte, o crime de lesão corporal, quando cometido nas circunstâncias enunciadas no novo estatuto, é de ação pública incondicionada. Independe da vontade da ofendida - (cf. art. 41 da Lei nº 11.340/06). Ainda, não há que se falar na nulidade proclamada, porque, sendo aplicável no que diz respeito ao crime de ameaça, a não designação de audiência não traz prejuízo ao apelante. Tal audiência está prevista em lei como uma garantia para a própria vítima, para dificultar que seja coagida a desistir da representação já manifestada. Seria designada a requerimento da vitima ou com a finalidade de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente firmada em sede de Inquérito Policial. f) Alegação de nulidade por falta de fundamentação da sentença no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à não substituição desta por pena restritiva de direitos. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A r. sentença recorrida, nada obstante sucinta, tem fundamentação, nos exatos termos do art. 381, incisos III, do CPP e não pode ser confundida com sentença sem fundamentação. II - DIREITO PENAL. Crimes de lesões corporais e de ameaça. Contra mulher. Materialidade das lesões corporais devidamente comprovada, bem como a autoria, em relação aos dois delitos. Sentença condenatória mantida. NÃO PROVIMENTO DO APELO. Apelação Criminal 10667643100 - **Relator(a)**: Eduardo Braga - **Órgão julgador**: 8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP - **Data do julgamento**: 16/10/2007 - **Data de registro**: 26/10/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:

> Órgão SEGUNDA TURMA CRIMINAL – *TJDFT* - HBC – *HABEAS CORPUS nº. Processo* 2007.00.2.004002-2 - *Impetrantes* JOSÉ ALFREDO GAZE DE FRANÇA, CYNTHIA DE LACERDA BORGES - *Paciente* GILBERTO DE SOUZA DOURADO – EMENTA - HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONTEÚDO POLÍTICO E SOCIAL DA LEI NºNº11.340/2006. *DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS. NATUREZA DA AÇÃO PENAL*. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO À FAMILIA. EFETIVADADE DA LEI. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 1º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha enuncia o conteúdo político social da recém norma editada, em atenção aos reclamos de ontem da sociedade brasileira ante o elevado índice de casos de violência contra a mulher no seio familiar e doméstico, exigindo uma resposta penal eficaz do Estado. 2. A sociedade há muito tempo sente-se incomodada com as práticas violentas no seio familiar contra a mulher, cujas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 não foram suficientes para coibir e prevenir a violência contra a mulher. 3. A exegese que confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas é o da não vinculação da atuação do Ministério Público ao interesse exclusivo da ofendida tal como previsto no art. 88 da Lei nº 9.099/95. 4. Na busca da concretização dos fins propostos pela Lei nº 11.340/2006 prevalece o interesse público traduzido na coibição de violência doméstica, lastreada na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 5. *Essa orientação*

> *permite a compreensão do alcance, sentido e significado dos arts. 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 para reconhecer que os delitos de lesão corporal simples e lesão culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada*, reservando-se à aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor. 6. Ordem denegada. ACÓRDÃO - Acordam os Desembargadores da *SEGUNDA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO – Relatora, APARECIDA FERNANDES e ROMÃO C. DE OLIVEIRA – Vogal, sob a presidência do Desembargador ROMÃO C. DE OLIVEIRA, em DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília-DF, 28 de junho de 2007. (g.n.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS:

> Habeas Corpus. Lei nº 11.340/06. *Lesão Corporal Leve*. Ausência de Representação da Vítima Antes do Recebimento da Denúncia. Nulidade. Inocorrência. *Crime de Ação Penal Pública Incondicionada*. A Lei nº 11.340/06 afastou, por completo, a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, incluindo a exigência de representação assinalada no art. 88, para que a vítima não mais sinta-se pressionada a abrir mão do direito de processar o seu agressor. *A lesão corporal culposa e dolosa simples contra mulher em ambiência doméstica, familiar ou íntima, passou a ser, desde a edição da Lei Maria da Penha, de ação penal pública incondicionada, sendo, por isso, de todo descabido, que o magistrado, antes do recebimento da denúncia, intime a vítima para manifestar-se sobre eventual desejo de processar o seu agressor*. Ordem denegada. *Habeas-Corpus* nº 30.479-1/217 (200704548318), 2ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS (TJ-GO). ACÓRDÃO DO DIA 06/01/2008.

> CORREICAO PARCIAL. RECLAMACAO. VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR. REPRESENTACAO DA OFENDIDA. RETRATACAO. *INEXISTENCIA. AUDIENCIA PARA RATIFICACAO. DESNECESSIDADE*. 1 - NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, OFERECIDA A REPRESENTACAO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL E DESDE QUE INEXISTENTE MANIFESTACAO EXPRESSA OU TACITA DE QUE A OFENDIDA PRETENDE RETRATAR-SE, O JUIZ DEVE, DE PRONTO, DELIBERAR A RESPEITO DA DENUNCIA OFERTADA CONTRA O AGRESSOR. 2 - A AUDIENCIA DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 SO E NECESSARIA QUANDO A VITIMA DEMONSTRA SEU INTERESSE EM RETRATAR-SE DA REPRESENTACAO, SENDO DESNECESSARIA SUA REALIZACAO PARA RATIFICAR A REPRESENTACAO JA OFERECIDA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. 3 - RECLAMACAO IMPROVIDA. ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR SUA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, A UNANIMIDADE, CONHECER DA CORREICAO E A IMPROVER, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. 2A CAMARA CRIMINAL Goiânia - DJ 15070 de 24/08/2007 Recurso: 41-5/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702266668 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL

> CORREICAO PARCIAL. CRIME DE VIOLENCIA DOMESTICA. REALIZACAO DE AUDIENCIA PRELIMINAR. ART. 16 DA LEI nº 11.340/06. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTACAO. AUSENCIA DE RETRATACAO. A AUDIENCIA ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI NºNºMARIA DA PENHA, OBJETIVA A CONVALIDACAO DE ATO VOLITIVO DE ABDICACAO DE DIREITO *EXERCIDO ANTERIORMENTE* PELA OFENDIDA COM FITO NA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE DO SEU AGRESSOR, SENDO IMPRESCINDIVEL PARA A SUA REALIZACAO A RETRATACAO DA REPRESENTACAO DA VITIMA NA FASE PRE-PROCESSUAL. CORREICAO PARCIAL INDEFERIDA, A UNANIMIDADE DE VOTOS. ACORDAM OS INTEGRANTES DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR VOTACAO UNIFORME, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER E INDEFERIR A PRESENTE CORREICAO PARCIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR QUE A ESTE SE INCORPORA. CUSTAS DE LEI. 1A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15066 de 20/08/2007Processo nº 200702266706 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL Recurso 42-3/322 - CORREICAO PARCIAL

> CORREICAO PARCIAL. PEDIDO DE RECONSIDERACAO. NOS TERMOS DO ART. 16, DA LEI NºNº11.340/06, NAS ‘ACOES PENAIS PUBLICAS CONDICIONADAS A REPRESENTACAO DA OFENDIDA DE QUE TRATA ESTA

> LEI, SO SERÁ ADMITA A RENUNCIA A REPRESENTACAO PERANTE O JUIZ, EM AUDIENCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA COM TAL FINALIDADE, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA E OUVIDO O MINISTERIO PUBLICO'. DESTARTE, A AUDIENCIA MENCIONADA NAO E CONDICAO DE PROCEDIBILIDADE E APENAS DEVE SER REALIZADA SE A VITIMA MANIFESTAR DESEJO DE RETRATAR-SE, OCASIAO EM QUE SERA ORIENTADA PELAS AUTORIDADES MENCIONADAS DAS CONSEQUENCIAS DE SEU ATO. RECLAMACAO CONHECIDA E IMPROVIDA. ACORDAM OS COMPONENTES DA TERCEIRA TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, A UNANIMIDADE DE VOTOS, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER DA CORREICAO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. CUSTAS DE LEI. 2ª CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15086 de 18/09/2007 Recurso 43-1/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702290690 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO:

> EMENTA - LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA (ART. 129, § 9º DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI nº 11.340/2006) - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE - RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de caráter excepcional, só mostrando-se cabível na via estreita do *writ* quando se comprove *primus ictus oculi*, de modo inequívoco, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame. Com o advento da Lei nº 11.340/2006 o crime de lesão corporal leve que implique em VIOLÊNCIA DOMÉSTICA contra a mulher (art. 129, § 9º, do CP) passou ser de ação penal pública incondicionada, tornando-se a retratação da vítima, portanto, insuficiente para justificar o arquivamento da ação. HABEAS CORPUS - IMPETRANTE(S): DR. ANTONIO FERNANDO FERREIRA NOGUEIRA - PACIENTE(S): A. L. P. P. - Número do Protocolo: 44813/2007 - Data de Julgamento: 19-6-2007 PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência da DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (Relator), DRª. GRACIEMA R. DE CARAVELLAS (1ª Vogal) e DESª. SHELMA LOMBARDI DE KATO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM. O PARECER É PELA DENEGAÇÃO.

Dos pedidos:

Pelo exposto, caso Vossa Excelência, no juízo de retratação, entenda por manter a decisão ora combatida, requer sejam os autos remetidos àquele Colendo Tribunal, a fim de recorrer o Ministério Público em sentido estrito, requerendo o que se segue.

1. Seja acolhida a preliminar de nulidade da audiência realizada, por expressa inaplicabilidade da audiência do art. 16 norma aos crimes de Violência Doméstica de Ação Penal Pública Incondicionada, na incompatibilidade ressaltada pelo art. 16 da Lei nº 11.340/2006, tornando nula a audiência realizada, bem como todos os atos dela decorrentes.
2. Alternativamente, seja reconhecido o recebimento da Denúncia, de forma tácita no despacho que dá prosseguimento ao feito.
3. Alternativamente, seja reformada a Decisão que rejeita a Denúncia com base na retratação da vítima, que no caso é inócua, uma vez que já oferecida a Denúncia quando da retratação da representação pela vítima, precluso o prazo, devendo a Denúncia ser recebida e ser dado ao feito o processamento regular.

Termos em que, pede deferimento.

Local, data
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Requerimento de prisão preventivas do agressor

EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO

Processo nº

MM. Juiz,

O agressor, conforme certidão de fls... e fls... está da decisão que deferiu medidas protetivas em favor da vítima.

É fato que a vítima continua amedrontada, inclusive quanto à reação do agressor diante da ciência das medidas protetivas deferidas.

Na decisão supramencionada já se tinha ciência da “situação de perigo iminente”.

Uma vez que o escopo da Lei Maria da Penha é também de prevenir, além de punir e erradicar a violência e, diante das declarações da vítima às folhas 24, urge a tomada de medida protetiva mais apropriada à garantia do cumprimento da ordem judicial.

Disto, depreende-se a necessidade de decretação da Prisão Preventiva do mesmo a fim de garantir a ordem pública e a necessária proteção da vítima.

Disto isto, mostram-se ausentes os requisitos autorizativos da liberdade provisória porquanto *necessária a prisão preventiva* a fim de garantir a ordem pública, por ter sido praticado com violência contra a pessoa, nos termos do art. 323, V, do CPP.

O Código também admite a prisão preventiva nos casos do cometimento de crime doloso que envolver violência doméstica e familiar, a fim de assegurar a necessária proteção da vítima.

> Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no art. anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: [...]
> IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Há nos autos indícios suficientes da autoria e materialidade do crime, além da necessidade da Garantia da Ordem Pública, requisitos indispensáveis à manutenção da privação de liberdade do autor do fato.

Tem-se como privação da liberdade em função da garantia da ordem pública o entendimento dos tribunais superiores:

> No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (STF. 2a Turm. RHC 65.043. rel. Min. Carlos Madeira in RTJ 124/1033)

> A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social. *(STJ. RHC 2775-4. rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. julgado em 13/09/93)*

A Doutrina, por sua vez, acentua:

> Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. (Basileu. 'Comentários ao Código de processo Penal,' v.III, p.169/170)

A mais nova *JURISPRUDÊNCIA do TJMG* concorda:

> EMENTA: “HABEAS CORPUS” - *PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PARA APURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA* - DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA - *NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL ADOTADA PARA A GARANTIA DA MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL* - AUSÊNCIA DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS n° 1.0000.07.449127-5/000 - COMARCA DE RIO CASCA - PACIENTE(S): HELIO JACINTO GOMES - AUTORID COATORA: JD COMARCA RIO CASCA - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO RESENDE

Assim, deve ser decretada a PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR, vez que autoriza a Lei nº 11.340/06 a prevenção da violência doméstica, diante da iminência do cometimento de novo delito contra a vítima, com base no art. 10:

> Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, *as providências legais cabíveis*.
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste art. ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Pelo exposto, requer o Ministério Público:

Seja decretada a PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR como garantia à ordem pública e proteção à vítima, com base nos arts. 311, 312, 313, IV e 323, V, todos do Código de Processo Penal.

Local, data

Promotor de Justiça

1.11.7. Parecer ministerial tomando ciência de audiência designada para oitiva da vítima,requerendo seu cancelamento e o recebimento da denúncia, bem como a designação de interrogatório do acusado

MM. Juiz,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através de seu órgão de execução em pleno exercício nesta *Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, no exercício de suas atribuições legais, nos autos do processo criminal supranumerado, toma ciência do processado, expondo e requerendo:

A Lei nº 11.340/06 faz previsão da Audiência apenas quando se trata de crime de Ação Penal Pública condicionada à representação. A exigência de representação é uma medida despenalizadora, oriunda da Lei 9.099/95, inaplicável aos delitos de lesão corporal qualificados como Violência Doméstica, por expressa vedação legal, sob a perspectiva do princípio da individualização da pena.

À Lesão corporal cometida nos moldes de violência doméstica contra a mulher não se aplica o art. 88 da Lei nº 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves, tanto porque o delito do 129 § 9º tem a pena maior do que o limite da Lei nº 9099/95, quanto por obediência ao art. 41 da Lei nº 11.340/06, concluindo que a lesão corporal, por aplicação do art. 100 do CP, regra geral, tem Ação Penal Pública Incondicionada.
O art. 16 da Lei nº 11.340/06 faz previsão de audiência como *formalidade para* acatar a renúncia à representação, formalidade inquestionável na medida em que o principal argumento para essa postura se funda na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal da Lei nº 9.099/95, onde a mulher, fragilizada pela violência, se vê dependente de seu agressor - econômica ou emocionalmente – encontrava no Juizado Especial a "sedução judicial" para desistir dos processos e acabavam por acatar conciliações, sem receber qualquer orientação sobre seus direitos básicos.

Por isso, a audiência do art. 16, é bem-vinda nos casos em que a vítima *renuncia ou retrata-se da representação*, sendo sua intenção fiscalizar a vontade das vítimas, evitando que a retratação aconteça por ingerência e força do agressor, sendo que o papel do juiz na audiência não é simplesmente homologar o pedido da vítima e sim buscar a real motivação do pedido de desistência, a fim de estar o Estado atento para descobrir se a atitude da vítima é ou não espontânea.

No presente caso, o *termo de representação constante dos autos, que é ato jurídico perfeito e válido*. Ainda que por absurdo se considerasse lesão corporal como de ação penal condicionada, *a Denúncia haveria de ter sido recebida de plano, eis que às folhas 14 encontra-se a representação feita pela vítima. Exato é que não se exige para a representação um formalismo exagerado, então estaria suficiente à Denúncia.*

> *HABEAS CORPUS*. Crime contra os costumes. Ação penal condicionada. Representação.Para a representação não exige formalismo, sendo suficiente - como sucedeu no caso - a manifestação inequívoca de que se inicie o processo contra o acusado (RHC 54.018, RTJ 78/109; RHC 58.490, RTJ 98/670).

Em nosso sentir, a realização da audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/06 depois do oferecimento da denúncia – que foi feita com base em representação válida da vítima, encontra óbice em princípios constitucionais como o da Estrita Legalidade e Devido Processo Legal, além da aplicabilidade do princípio da adequação social na aplicação do art. 16 da Lei nº 11.340/06.

Daí, mesmo que se admitisse, *estaria a retratação da representação feita extemporaneamente, após o prazo decadencial de seis meses*. E por mais que se considerasse possível todo o tipo de aberração, *não é possível a retratação após o oferecimento da Denúncia, o que também contraria o Código Penal*, cuja aplicação subsidiária deve ser feita.

Este é um entendimento pacífico no macro-sistema legal internacional de proteção à mulher. Ainda que não se quisesse ou se concordasse com a aplicação da Lei nº 11.340/06, é sabido e ressabido que foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência*

contra a Mulher, que foi adotada pela Assembléia Geral da OEA, sendo certo que a dita *Convenção de Belém do Pará* tem força de Lei interna, conforme o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente.

Afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades, a convenção tem como normas: (art. 4º) que a mulher tem direito *a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos*; (art. 7º) que os Estados-partes, empenham-se em tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas legislativas, para modificar ou abolir leis e modificar práticas jurídicas que respaldem a tolerância da violência contra a mulher; e a estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, *um julgamento oportuno* e o acesso efetivo a tais procedimentos, até porque a "Lei Maria da Penha" revela o "status" de violação aos direitos humanos e maior potencial ofensivo.

Assim, *a referida Denúncia foi operacionalizada depois do oferecimento da representação válida, quando estavam presentes todas as condições de procedibilidade, sendo certo que já está em muito ultrapassado o prazo decadencial de seis meses da data do fato, estando* preclusa qualquer manifestação da vítima.

ANTE O EXPOSTO, a Promotoria de Justiça toma ciência da audiência designada, requerendo sua conversão para interrogatório, concedendo o juízo imediatas vistas da decisão que apreciar o presente pedido.

Local, data
Promotor de Justiça

1.12. Ementário de legislação pertinente

A Lei n° 11.645 de 10.03.08, que disciplinou inteiramente a matéria tratada na Lei n° 10.639/03, revogou a anterior, apenas para acrescentar a obrigatoriedade da cultura indígena (Lei n° 9394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

A hipótese é de revogação da lei anterior, nos termos do que estabelece o parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

> A Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a Lei anterior.

Confira o texto da Lei Nova:

LEI Nº 11.645, DE 10 DE MARÇO DE 2008

Altera a Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 26-A da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com aseguinte redação:

“Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos dahistória e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de março de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Fernando Haddad

Direitos Humanos

- Carta das Nações Unidas (1945)
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)
- Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (1969)
- Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da

Pena de Morte (1989)
• Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Tortura

• Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1975)
• Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)
• Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985)
• Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e de outras formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Castigo ou Punição (1999)
• Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências.

Documentos não vinculantes das Nações Unidas: (disponíveis no site: www.ohchr.org)

• Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988)
• Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos (1990)
• Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990)
• Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Juventude (Regras de Beijing) (1985)
• Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1977)
• Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade - Regras de Tóquio (1990)
• Diretrizes do ACNUR sobre os Critérios e Padrões Aplicáveis com respeito à Detenção de Solicitantes de Asilo (1999) (*www.acnur.org// - Base de Dados Legal de Documentos do ACNUR – Diretrizes e políticas – Asilo/Detenção)*

Direito Humano à Alimentação Adequada e Segurança Alimentar

• Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 - Institui o Cadastramento Único para Programas Sociais do Governo Federal.
• Decreto nº 5.079, de 12 de maio de 2004 - Dispõe sobre a composição, estruturação, competência e funcionamento do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA, e dá outras providências.
• Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004 - Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.
• Medida Provisória nº 163, de 23 de janeiro de 2004 - Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
• Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 - Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.
• Lei nº 15.982/2006 (Estado de Minas Gerais) - Dispõe sobre a Política Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional Sustentável e dá outras providências.
• Lei nº 1.008, de 2 de agosto de 2006 (Município de Sacramento) – Dispõe sobre a queima da palha da cana-de-açúcar e contém outras disposições.
• Lei nº 1.009, de 8 de agosto de 2006 (Município de Sacramento) – Dispões sobre o plantio de cana-de-açúcar no Município de Sacramento, fixando limites de área ser plantada.

Documentos não vinculantes:

• Diretrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional - Adotadas na 127ª Sessão do Conselho da FAO/ Novembro 2004
• Comentário Geral número 12- O direito humano à alimentação (art.11)

Discriminação Racial

• Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).
• Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
• Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 - Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.
• Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997 - Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
• Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003 - Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências

• Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003 - Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Documentos não vinculantes

• Diretrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional - Adotadas na 127ª Sessão do Conselho da FAO/ Novembro 2004

• Comentário Geral número 12- O direito humano à alimentação (art.11)

• Programa de proteção, auxílio e assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas - Provita

Legislação Federal

• Lei n° 9.807, de 13 de julho de 1999 - Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

• Decreto n° 3.518, de 20 de junho de 2000 - Regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos arts. 2o, § 2o, 4o, § 2o, 5o, § 3o, e 15 da referida Lei.

Legislação Estadual

• Lei n° 13.495, de 5 de abril de 2000 - Institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.

• Decreto n° 41.140, de 27 de junho de 2000 – Institui o Programa Estadual de proteção, Auxílio e Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – PROVITA/MG – e dá outras providências.

• Decreto n° 43.273, de 15 de abril de 2003 – Altera o Decreto estadual n° 41.140, de 27 de junho de 2.000, e dá outras providências.

• Lei n° 15.473, de 28 de janeiro de 2005 – Autoriza a criação do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado e dá outras providências.

• Lei n° 15.692, de 20 de julho de 2005 – Acrescenta dispositivos aos arts. 2° e 11 da Lei n° 13.495, de 5 de abril de 2000, que institui o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Infrações Penais.

• decreto n° 44.223, de 31 de janeiro de 2006 – Regulamenta a Lei n° 15.473, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado de Minas Gerais – PPCAAM.

Diversidade Sexual

• Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

• Instrução Normativa/INSS/DC nº 50, de 08 de maio de 2001.

• Lei nº 14170/2002 (Estado de Minas Gerais) - Determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual.

• Decreto 43683/2003 (Estado de Minas Gerais) - Regulamenta a Lei nº 14.170 de 15 de janeiro de 2002, que determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual.

Fiscalização da atividade policial

• Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 - Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

• Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

• Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 - Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre Normas Gerais para a Organização do Ministério Público dos Estados e dá outras Providências.

• Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

• Lei nº 15.301/2004 (Estado de Minas Gerais) – Institui as carreiras do Grupo de Atividades de Defesa Social do Poder Executivo.

• Resolução do Cnmp nº 20, de 28 de Maio de 2007 - Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

Documentos não vinculantes das Nações Unidas: (disponíveis no site: www.ohchr.org//)

• Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (1990)
• Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (1979)

Endereços e telefones úteis

Corregedoria-Geral de Polícia Civil
Rua Andaluzita, 131, 6° andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7166

Corregedoria da Polícia Militar
Rua Andaluzita, 131, 9° andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7151 – Fax: 3289 7088/89

Corregedoria da SEDS (Secretaria de Estado de Defesa Social)
Rua Andaluzita, 131, 1° andar, Cruzeiro – CAPITAL
CEP: 30310-030
Tel.: 3289 7005 – Fax: 3289 7004
e-mail: dcp@defesasocial.mpg.gov.br

Ouvidoria de Polícia
Av. Amazonas, 91, 4° andar, Centro - CAPITAL
CEP: 30180-000
Tel.: 3237 7789

SEDESE/Provita
Rua Martim de Carvalho, 94 – 9º andar
Santo Agostinho – CAPITAL
CEP 30190-090
Telefax: 31 33484210

Comissão de Direitos Humanos - ALMG
Rua Rodrigues Caldas, 30 – Gabinete 106
Santo Agostinho – CAPITAL
CEP: 30190-921
Tel.: 31 2108 7245

Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos (CONEDH)
Rua da Bahia, 1.148, 3° andar, Centro - CAPITAL
CEP: 30160-011
Tel.: 3224 6967

1.13. Jurisprudência

Da Prisão Preventiva

> No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (STF, 2a Turma - RHC 65.043 - rel. Min. Carlos Madeira in RTJ 124/1033)

> A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social. (STJ, RHC 2775-4, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 13/09/93)

> EMENTA: “HABEAS CORPUS” - PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PARA APURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA- DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA - NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL ADOTADA PARA A GARANTIA DA MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL - AUSÊNCIA DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS N° 1.0000.07.449127-5/000 - COMARCA DE RIO CASCA - PACIENTE(S): HELIO JACINTO GOMES - AUTORID COATORA: JD COMARCA RIO CASCA - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO RESENDE

Da Constitucionalidade da Lei Maria da Penha

> Na Apelação Criminal n° 1.0672.07.245986-6/001, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Exmo. Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho, com o qual votaram de acordo os Desembargadores Maria Celeste Porto e Pedro Vergara, votou expressando a integral constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, o que reproduzimos em parte: 'Com estas considerações, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL PARA DECLARAR INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI NºNº11.340/06 TAMBÉM DENOMINADA LEI MARIA DA PENHA, CONFIRMANDO A VIGÊNCIA DE TODOS OS SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS, DETERMINANDO AO MAGISTRADO MONOCRÁTICO A ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS, AFASTADO O ARGUMENTO DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA POR VIOLAÇÃO À CARTA MAGNA, PODENDO, SE ENTENDER NECESSÁRIO, DILIGENCIAR PARA INSTRUIR MELHOR O FEITO'.

Crime de Lesão Corporal Leve e de Ação Pública Incondicionada

> I EMENTA – PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE. A Lei nº 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada. HABEAS CORPUS nº 84.831 - RJ (2007/0135839-3) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE: André Luiz de Felice Souza - Defensor Público Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Paciente: Marcos Enes Cardoso - QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por Unanimidade, 27 de março de 2008. (grifo nosso)

Dele se extrai:

> EMENTA: “Habeas corpus”. Art. 129, § 9°, do Código Penal, nos termos da Lei nº 11.343/2006. Pedido defensivo de que seja observada a possibilidade de audiência de conciliação prévia ou, alternativamente, a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95. Pedido ainda de suspensão do feito até o julgamento do “writ”. Liminar concedida. Quanto aos pleitos defensivos, não merecem provimento. A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo claro de coibir a violência cometida contra a mulher em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 foi expressamente

> determinada neste Novo Diploma, em seu art. 41, de forma a afastar, de vez, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, que não vinham atendendo aos reclamos sociais. Ordem que se denega, cassando-se a liminar deferida, para que o feito prossiga em seus trâmites normais (fl. 45). […] "Improcedente é, no mais, a alegação do paciente de que estaria a sofrer constrangimento ilegal por não ter sido designada audiência prévia de conciliação. O art.16 da Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de realização dessa audiência apenas para os crimes de ação pública condicionada. Até o advento da Lei nº 9.099/95, na persecução criminal de lesão corporal leve, se procedia mediante ação pública incondicionada. A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88, passou, entretanto, a dispor que a ação penal, para esse crime, dependeria de representação para ser iniciada. Ocorre que, como visto, o art. 41 da Lei nº 11.340/06 afastou, de modo categórico, a incidência da Lei nº 9.099/95. Por isso, há de se considerar nos casos de lesão corporal, com violência doméstica, que a ação penal será pública incondicionada, consoante previsto no próprio Código Penal. É, portanto, incompatível com o procedimento adotado para a persecução do crime atribuído ao paciente, a realização de sobredita audiência.

> II - No Conflito Negativo De Jurisdição, N° 1.0000.07.449600-1/000, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relatora a Exmª. Srª. Desª. Maria Celeste Porto, com a qual votaram de acordo os Desembargadores: Vieira De Brito e Hélcio Valentim, votou expressando a incondicionalidade da Ação Penal quanto aos delitos de Lesão Corporal, o que reproduzimos em parte:
>
> 'enquadramento de tal conduta na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), porquanto a mesma, em sendo mais gravosa, só se aplicaria a delitos cometidos após sua entrada em vigor (dia 22/9/06). De fato, esse novo instrumento jurídico-penal, que embora não tenha criado nenhuma figura penal nova, trouxe consideráveis mudanças na legislação penal e processual penal relativas a delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, e surgiu para atender ao mandamento constitucional do § 8º, do art. 226, e também para satisfazer os termos da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil em 01.02.84. Assim, com o intuito de coibir a prática de crimes dessa natureza criou normas mais rigorosas, tais como, retirou os crimes do âmbito de incidência da Lei dos Juizados (Lei nº 9099/95); proibiu a aplicação de penas ou medidas alternativas previstas nessa lei, tais como cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa; *a lesão corporal dolosa simples nestas hipóteses passou a ser pública incondicionada, etc*. Como se vê, esse novo instrumento legal, por ser indiscutivelmente mais severo, só se aplica aos fatos praticados a partir do seu advento, e o processamento das condutas anteriores a essa data permanecerão sob a égide da lei anterior, com possibilidade de transação etc, nos seus juízos de origem. A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XL, preceitua que "a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". E o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos ratifica: "Ninguém pode ser condenado por suas ações ou omissões que, no momento de sua realização, não eram consideradas delitivas segundo o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento do cometimento do delito. Se, posteriormente ao cometimento do delito, a lei a este impuser uma pena mais leve, o delinqüente disto deverá beneficiar-se'.

II -TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO:

> **Ementa**: - PROCESSO PENAL. Imputação ao acusado de cometimento dos crimes de lesões corporais e de ameaça, contra sua amásia. (a) Alegação de nulidade ante a não designação da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06. Afastamento. Primeiro, porque não se aplica ao crime de lesão corporal. Destarte, o crime de lesão corporal, quando cometido nas circunstâncias enunciadas no novo estatuto, é de ação pública incondicionada. Independe da vontade da ofendida - (cf. art. 41 da Lei nº 11.340/06). Ainda, não há que se falar na nulidade proclamada, porque, sendo aplicável no que diz respeito ao crime de ameaça, a não designação de audiência não traz prejuízo ao apelante. Tal audiência está prevista em lei como uma garantia para a própria vítima, para dificultar que seja coagida a desistir da representação já manifestada. Seria designada a requerimento da vitima ou com a finalidade de confirmar sua retratação espontânea e anteriormente firmada em sede de Inquérito Policial. f) Alegação de nulidade por falta de fundamentação da sentença no tocante à fixação do regime inicial de cumprimento de pena e à não substituição desta

> por pena restritiva de direitos. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A r. sentença recorrida, nada obstante sucinta, tem fundamentação, nos exatos termos do art. 381, incisos III, do CPP e não pode ser confundida com sentença sem fundamentação. II - DIREITO PENAL. Crimes de lesões corporais e de ameaça. Contra mulher. Materialidade das lesões corporais devidamente comprovada, bem como a autoria, em relação aos dois delitos. Sentença condenatória mantida. NÃO PROVIMENTO DO APELO. Apelação Criminal 10667643100 - **Relator(a)**: Eduardo Braga - **Órgão julgador**: *8ª Câmara de Direito Criminal do TJSP* - **Data do julgamento**: 16/10/2007 - **Data de registro**: 26/10/2007.

III- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS:

> Órgão SEGUNDA TURMA CRIMINAL – *TJDFT* - HBC – *HABEAS CORPUS nº. Processo* 2007.00.2.004002-2 - *Impetrantes* JOSÉ ALFREDO GAZE DE FRANÇA, CYNTHIA DE LACERDA BORGES - *Paciente* GILBERTO DE SOUZA DOURADO – EMENTA - HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CONTEÚDO POLÍTICO E SOCIAL DA LEI NºNº11.340/2006. *DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS. NATUREZA DA AÇÃO PENAL*. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO À FAMILIA. EFETIVADADE DA LEI. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 1º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha enuncia o conteúdo político social da recém norma editada, em atenção aos reclamos de ontem da sociedade brasileira ante o elevado índice de casos de violência contra a mulher no seio familiar e doméstico, exigindo uma resposta penal eficaz do Estado. 2. A sociedade há muito tempo sente-se incomodada com as práticas violentas no seio familiar contra a mulher, cujas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 não foram suficientes para coibir e prevenir a violência contra a mulher. 3. A exegese que confere efetividade à repressão aos crimes de violência doméstica contra a mulher nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas é o da não vinculação da atuação do Ministério Público ao interesse exclusivo da ofendida tal como previsto no art. 88 da Lei nº 9.099/95. 4. Na busca da concretização dos fins propostos pela Lei nº 11.340/2006 prevalece o interesse público traduzido na coibição de violência doméstica, lastreada na garantia constitucional de ampla proteção à família e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 5. *Essa orientação permite a compreensão do alcance, sentido e significado dos arts. 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 para reconhecer que os delitos de lesão corporal simples e lesão culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada*, reservando-se à aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor. 6. Ordem denegada. ACÓRDÃO - Acordam os Desembargadores da *SEGUNDA TURMA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO – Relatora, APARECIDA FERNANDES e ROMÃO C. DE OLIVEIRA – Vogal, sob a presidência do Desembargador ROMÃO C. DE OLIVEIRA, em DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. *Brasília-DF*, 28 de junho de 2007. (grifo nosso)

IV- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS:

> *Habeas Corpus*. Lei nº 11.340/06. *Lesão Corporal Leve*. Ausência de Representação da Vítima Antes do Recebimento da Denúncia. Nulidade. Inocorrência. *Crime de Ação Penal Pública Incondicionada*. A Lei nº 11.340/06 afastou, por completo, a aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, incluindo a exigência de representação assinalada no art. 88, para que a vítima não mais sinta-se pressionada a abrir mão do direito de processar o seu agressor. *A lesão corporal culposa e dolosa simples contra mulher em ambiência doméstica, familiar ou íntima, passou a ser, desde a edição da Lei Maria da Penha, de ação penal pública incondicionada, sendo, por isso, de todo descabido, que o magistrado, antes do recebimento da denúncia, intime a vítima para manifestar-se sobre eventual desejo de processar o seu agressor*. Ordem denegada. Habeas-Corpus nº 30.479-1/217 (200704548318), 2ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS (TJ-GO). ACÓRDÃO DO DIA 06/01/2008.

V- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO:

> EMENTA: LESÃO CORPORAL LEVE QUALIFICADA (ART. 129, §9º DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E

FAMILIAR CONTRA A MULHER (LEI nº 11.340/2006) - PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE - RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa constitui medida de caráter excepcional, só mostrando-se cabível na via estreita do *writ* quando se comprove *primus ictus oculi*, de modo inequívoco, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame. Com o advento da Lei nº 11.340/2006 o crime de lesão corporal leve que implique em VIOLÊNCIA DOMÉSTICA contra a mulher (art. 129, § 9º, do CP) passou ser de ação penal pública incondicionada, tornando-se a retratação da vítima, portanto, insuficiente para justificar o arquivamento da ação. *HABEAS CORPUS* - IMPETRANTE(S): DR. ANTONIO FERNANDO FERREIRA NOGUEIRA - PACIENTE(S): A. L. P. P. - Número do Protocolo: 44813/2007 - Data de Julgamento: 19/6/2007 PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência da DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO, por meio da Turma Julgadora, composta pelo DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (Relator), DRA. GRACIEMA R. DE CARAVELLAS (1ª Vogal) e DESA. SHELMA LOMBARDI DE KATO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM. O PARECER É PELA DENEGAÇÃO.

4) AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI nº 11.340 É DESNECESSÁRIA QUANDO NÃO HÁ NOTÍCIA DE QUE A VITIMA QUEIRA SE RETRATAR.

I-CORREICAO PARCIAL. RECLAMACAO. VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR. REPRESENTACAO DA OFENDIDA. RETRATACAO. *INEXISTENCIA. AUDIENCIA PARA RATIFICACAO. DESNECESSIDADE*. 1 - NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, *OFERECIDA A REPRESENTACAO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL E DESDE QUE INEXISTENTE MANIFESTACAO EXPRESSA OU TACITA DE QUE A OFENDIDA PRETENDE RETRATAR-SE, O JUIZ DEVE, DE PRONTO, DELIBERAR A RESPEITO DA DENUNCIA OFERTADA CONTRA O AGRESSOR*. 2 - A AUDIENCIA DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI Nº. 11.340/06 SO E NECESSARIA QUANDO A VITIMA DEMONSTRA SEU INTERESSE EM RETRATAR-SE DA REPRESENTACAO, *SENDO DESNECESSARIA SUA REALIZACAO PARA RATIFICAR A REPRESENTACAO JA OFERECIDA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL*. 3 - RECLAMACAO IMPROVIDA. ACORDAM OS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR SUA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, A UNANIMIDADE, CONHECER DA CORREICAO E A IMPROVER, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. 2A CAMARA CRIMINAL Goiânia - DJ 15070 de 24/08/2007 Recurso: 41-5/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702266668 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12A VARA CRIMINAL.

II - CORREICAO PARCIAL. CRIME DE VIOLENCIA DOMESTICA. REALIZACAO DE AUDIENCIA PRELIMINAR. ART. 16 DA LEI nº 11.340/06. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTACAO. AUSENCIA DE RETRATACAO. A AUDIENCIA ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENUNCIA, DE QUE TRATA O ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA, OBJETIVA A CONVALIDACAO DE ATO VOLITIVO DE ABDICACAO DE DIREITO EXERCIDO ANTERIORMENTE PELA OFENDIDA COM FITO NA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE DO SEU AGRESSOR, SENDO IMPRESCINDIVEL PARA A SUA REALIZACAO A RETRATACAO DA REPRESENTACAO DA VITIMA NA FASE PRE-PROCESSUAL. CORREICAO PARCIAL INDEFERIDA, A UNANIMIDADE DE VOTOS. ACORDAM OS INTEGRANTES DA PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, POR VOTACAO UNIFORME, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER E INDEFERIR A PRESENTE CORREICAO PARCIAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR QUE A ESTE SE INCORPORA. CUSTAS DE LEI. 1A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15066 de 20/08/2007. Processo nº 200702266706 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12ª VARA CRIMINAL. Recurso 42-3/322 - CORREICAO PARCIAL.

III -CORREICAO PARCIAL. PEDIDO DE RECONSIDERACAO. NOS TERMOS DO ART. 16, DA LEI nº 11.340/06, NAS ‘ACOES PENAIS PUBLICAS CONDICIONADAS A REPRESENTACAO DA OFENDIDA DE QUE TRATA ESTA LEI, SO SERÁ ADMITA A RENUNCIA A REPRESENTACAO PERANTE O JUIZ, EM AUDIENCIA ESPECIALMENTE DESIGNADA COM TAL FINALIDADE, ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA E OUVIDO O MINISTERIO PUBLICO’. DESTARTE, A AUDIENCIA MENCIONADA NAO E CONDICAO DE PROCEDIBILIDADE E APENAS

DEVE SER REALIZADA SE A VITIMA MANIFESTAR DESEJO DE RETRATAR-SE, OCASIAO EM QUE SERA ORIENTADA PELAS AUTORIDADES MENCIONADAS DAS CONSEQUENCIAS DE SEU ATO. RECLAMACAO CONHECIDA E IMPROVIDA." "ACORDAM OS COMPONENTES DA TERCEIRA TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CAMARA CRIMINAL DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS, A UNANIMIDADE DE VOTOS, ACOLHENDO O PARECER MINISTERIAL, EM CONHECER DA CORREICAO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. CUSTAS DE LEI. 2A CAMARA CRIMINAL GOIANIA DJ 15086 de 18/09/2007 Recurso 43-1/322 - CORREICAO PARCIAL Processo 200702290690 REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO REQUERIDO: JD DA 12A VARA CRIMINAL.

Crime de Ameaça

AMEAÇA - Agente que profere palavras e faz gestos intimidativos, utilizando-se de facas - Configuração - Exclusão da imputabilidade pela embriaguez - Prova da dependência plena - Necessidade: - Inteligência: art. 147 do Código Penal - Configura-se o delito do art. 147 do CP na hipótese em que o agente profere palavras e faz gestos intimidativos, utilizando-se de facas contra a vítima que, temerosa, aciona imediatamente a Polícia, uma vez que demonstra, desse modo, ter levado a sério as ameaças irrogadas, sendo certo que a alegação de embriaguez não tem o condão de excluir a imputabilidade penal, porque presumida voluntária se inexistentes evidências, mesmo indiciárias, de dependência plena. - Ementa oficial: Ameaça. Autoria admitida pelo réu. Palavras e gestos intimidativos. Vítima, com 68 anos de idade, que ficou temerosa e foi procurar a polícia. Ação procedente. Pena aplicada com moderação. Apelo improvido.*(Apelação nº 1.262.615/6, Julgado em 27/07/2.001, 7ª Câmara, Relator: Pinheiro Franco, RJTACRIM 54/41)*

Desnecessidade de Testemunhas no Crime de Lesão Corporal Leve Praticado dentro do Lar, para o Oferecimento de Denúncia.

DENÚNCIA - Lesão corporal praticada pelo marido contra a esposa, no recôndito do lar - Peça clara que relata fato penalmente típico - Recebimento - »Necessidade - Existência de testemunhas - Irrelevância: - Deve ser recebida a denúncia pelo crime de lesão corporal na hipótese em que é clara ao descrever os fatos com todas as suas circunstâncias, relatando fato típico, com razoável supedâneo no termo circunstanciado, cujo teor conta com laudo de exame de corpo de delito, presente o fumus boni juris necessário para a instauração da Ação Penal, sendo desnecessária a existência de testemunhas presenciais, especialmente tratando-se de crime desta natureza, praticado pelo marido contra a esposa no recôndito do lar.*(Apelação nº 1.252.641/7, Julgado em 10/04/2.001, 14ª Câmara, Relator: San Juan França, RJTACRIM 54/69)*.

Da Responsabilidade Penal do Dependente Químico

RESPONSABILIDADE PENAL - Dependência química - Análise das condições em que o agente se encontrava ao tempo da ação ou omissão - Necessidade: - Inteligência: art. 98 do Código Penal - A dependência química, em si, não retira a responsabilidade penal do agente, devendo ser analisado em quais condições ele se encontrava ao tempo da ação ou omissão. *(Apelação nº 1.266.993/3, Julgado em 11/07/2.001, 6ª Câmara, Relatora: Angélica de Almeida, RJTACRIM 54/123)*

INCIDENTE DE VERIFICAÇÃO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - Existência de elementos de dúvida sobre a capacidade penal - Instauração - Necessidade: - Inteligência: art. 16 da Lei Federal nº 6.368/76 - A instauração do incidente de verificação de dependência toxicológica é de prudente discricionariedade do Magistrado, mas, havendo elementos de dúvida sobre a capacidade penal, não existem argumentos que afastem a superior necessidade de averiguação do elemento básico da culpabilidade. *(Apelação nº 1.254.981/2, Julgado em 03/04/2.001, 3ª Câmara, Relator: Lagrasta Neto, RJTACRIM 53/127)*.

Aplicação do *Sursis*

SURSIS - Benefício mais favorável do que a pena alternativa - Ocorrência: - A aplicação do sursis é mais favorável ao réu do que a aplicação da pena alternativa. *(Apelação nº 1.241.307/1, Julgado em 03/04/2.001, 3ª Câmara, Relator: Ciro Campos, RJTACRIM 54/174)*.

Valor do Depoimento de Policiais

> *I - PROVA - Depoimento de Policiais - Valor*: - Os depoimentos de Policiais devem ser aceitos como verdadeiros se possuem eco nos demais elementos trazidos para o bojo do Processo. *(Apelação nº 1.247.431/9, Julgado em 05/03/2001, 12ª Câmara, Relator: Junqueira Sangirardi, RJTACRIM 53/56)*.

> *II- PROVA - Depoimento de Policial - Valor: - Inteligência: art. 10, caput, da Lei Federal nº 9437/97-* Os depoimentos dos Policiais, prestados sob compromisso e compatíveis com o conjunto probatório, merecem credibilidade, como o de qualquer pessoa, até prova em contrário. *(Apelação nº 1.233.509/5, Julgado em 22/03/2001, 15ª Câmara, Relator: Vidal de Castro (Presidente), RJTACRIM 53/139)*.

> III- PROVA — Palavras da vítima e de Policial — Valor: - Inteligência: art. 226 do Código de Processo Penal — Merecem total credibilidade as palavras da vítima e o depoimento de Policial quando guardam coerência e harmonia entre si. (Apelação nº 1.323.129/7, Julgado em 05/12/2/002, 8ª Câmara, Relator: René Nunes, RJTACRIM 63/134).

2. Atuação especializada nos conflitos agrários/fundiários

Autores/Organizadores:
Procurador de Justiça Afonso Henrique de Miranda Teixeira
Procurador de Justiça Luís Carlos Martins Costa
Patrícia Guimarães Botelho
Raquel Dias de Souza

Introdução

O vexatório quadro fundiário do País sempre foi objeto de variados debates, notadamente por se apresentar como uma das mais cruéis causas da odiosa concentração da renda nacional, do êxodo rural e da conseqüente ocupação desordenada das capitais e de outros centros atrativos.

A concentração fundiária e a pujante prática agrícola da monocultura sinalizam um perverso quadro de comprometimento do adequado abastecimento alimentar, o que deve ser enfrentado pela sociedade brasileira no âmbito da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais atinentes, ponderando-se e harmonizando-se, notadamente, os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, os Direitos e Garantias Fundamentais, os Princípios Gerais da Atividade Econômica e o Meio Ambiente.

Com efeito, o Ministério Público Estadual, sempre na vanguarda da tutela dos direitos humanos primários, fez inserir em sua Lei Orgânica (v. art. 61, IV, Lei Complementar estadual nº 34/94, alterada pela Lei Complementar nº 61/01) as atribuições na área de conflitos agrários, no contexto da Promotoria Especializada de Defesa dos Direitos Humanos, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça criado o respectivo Centro de Apoio, visando precipuamente ao fiel cumprimento das honrosas missões atribuídas no art. 82, III, do Código de Processo Civil, com a alteração operada pela Lei nº 9.415/96.

Lado outro, atenta à necessidade do enfrentamento das questões agrárias no Estado, a Corte Superior do Tribunal de Justiça/MG, fazendo valer o preceito constitucional insculpido no art. 126 da CF, criou a Vara de Conflitos Agrários, com competência em todo o Estado de Minas Gerais, que foi regulamentada pela Resolução nº 398/2002, alterada pela Resolução nº 438/2004, objetivando a prestação jurisdicional uniforme no território mineiro. Conseqüentemente, o Ministério Público, ao exercer o poder/dever outorgado pela sociedade no Pacto Social Supremo, “deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os movimentos sociais, ser o canal das demandas sociais; ser instrumento de transformação social; seus promotores de justiça serem trabalhadores sociais”, como categoricamente afirma o brilhante e combativo Promotor Justiça Marcelo Pedroso Goulart[1)], do Ministério Público do Estado de São Paulo, labuta oportunizada pela macrodestinação constitucional e pela mobilidade institucional.

Com tais premissas de atuação, o Ministério Público revela o quanto pode contribuir para as indispensáveis mudanças sociais, trabalhando nos efeitos, sem abstração das causas, sempre procurando reduzir as desigualdades que imperam nos cinco séculos de nossa existência.

- 2.1. Síntese das atribuições
- 2.2. Atuação na área cível
- 2.3. Atuação na área penal
- 2.4. Atuação na esfera dos interesses coletivos e individuais homogêneos
- 2.5. Ementário de legislação pertinente
- 2.6. Técnicas de atuação - Modelos de peças processuais
- 2.7. Jurisprudência

[1)] GOULART, Marcelo Pedroso.**Ministério Público e Democracia**. São Paulo: Direito, 1998.

2.1. Síntese das atribuições

Resumo das atribuições do Ministério Público especializado na resolução dos conflitos agrários/fundiários:

I – intervir, desde o início, nas ações que envolvam litígios fundiários (Lei nº 6.383/76) e coletivos pela posse da terra rural, zelando pela observância dos direitos humanos dos rurícolas e de suas famílias, especialmente de crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e gestantes;
II – fiscalizar, nas áreas de conflito agrário, o cumprimento, de maneira cumulativa, dos requisitos relativos à função social da propriedade rural em questão;
III – zelar pelo respeito ao meio ambiente nos locais de conflito fundiário, adotando as medidas necessárias com vista à preservação da função socioambiental da terra rural;
IV – zelar pelo respeito à legislação trabalhista, notadamente no que concerne ao trabalho infantil, forçado e/ou em condições degradantes;
V – atuar preventivamente na garantia da paz social, com o fim de coibir a violência no campo, valendo-se da instauração dos procedimentos legais, e adotar as medidas cabíveis;
VI – mediar os conflitos agrários existentes, buscando solução conciliatória entre os envolvidos;
VII – promover e defender os direitos humanos das pessoas acampadas e assentadas, adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis;
VIII – adotar medidas que assegurem o direito humano à terra rural e o direito humano à alimentação adequada;
IX – desenvolver ações conjuntas com órgãos públicos e com entidades da sociedade civil visando à prevenção e mediação dos conflitos agrários.

2.2. Atuação na área cível

A reforma agrária, política pública de grande relevo para a efetivação dos Princípios Fundamentais da República (arts. 1º, 3º e 4º da CF/88), dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º da CF/88) e dos Direitos Sociais (arts. 6º e 7º da CF/88), tem sido focada apenas em seu aspecto fundiário, ou seja, desapropriação de imóveis rurais com pagamento através de TDAs, parcelamento e implantação de assentamentos. Todavia, tal modelo tem encontrado diversos entraves, o que, por conseqüência, conduz à sua parcial ineficiência.

Lado outro, há que ser registrada a importância da agricultura familiar, que representa cerca de 10% do PIB nacional e produz 60% dos alimentos que chegam à mesa das famílias brasileiras, sendo o instituto jurídico da posse a principal fonte de obtenção e permanência no imóvel rural como meio de produção.

Com efeito, a atuação do Ministério Público nos conflitos coletivos pela posse da terra rural deve se dar no sentido de garantir aos trabalhadores rurais tutela jurisdicional fincada nos comandos constitucionais, especialmente no tocante à imperiosa observância do princípio da função social, possibilitando o acesso à posse da terra a milhares de famílias.

- 2.2.1. Atuação nos interditos possessórios
- 2.2.2. Atuação nos feitos dominiais

2.2.1. Atuação nos interditos possessórios

Legitimação interventiva

Prefacialmente, impende registrar que a intervenção do Ministério Público nas ações que versam sobre conflito coletivo pela posse da terra rural é medida imposta por norma imperativa (*jus cogens*), que adveio com a alteração efetuada no art. 82, III, CPC, através da edição da Lei nº 9.415/96, impondo, por conseguinte, a nulidade do feito em caso de não-intervenção, em consonância com o que estabelece o art. 84, c/c o art. 246, também do CPC.

Conflito coletivo pela posse da terra rural – Caracterização

A Lei nº 9.415/96 operou relevante alteração no art. 82, III, do Código de Processo Civil quando, em razão dos conflitos sociais caracterizados pela luta pela terra, consagrou a legitimação interventiva do Ministério Público nas lides que versem sobre conflito coletivo pela posse da terra rural.

Tal dispositivo não só estabelece os parâmetros ou condicionantes para a intervenção ministerial, mas também vem a determinar a competência do juízo, notadamente quando estamos diante da criação de Varas Estaduais de Conflitos Agrários, a exemplo dos Estados de Minas Gerais, Pará, Santa Catarina, dentre outras unidades da Federação.

Destacam-se do dispositivo alguns elementos determinantes da legitimação interventiva no âmbito do chamado interesse social: conflito coletivo, posse e terra rural, sem afastar a intervenção em razão da hipossuficiência da parte.

O conflito coletivo caracteriza-se como uma modalidade de conflito social, a exemplo do que também ocorre com o chamado interesse individual homogêneo (v. art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), cuja característica mais efusiva consiste na pluralidade subjetiva de, pelo menos, uma das partes demandantes. No caso específico do que se convencionou chamar de conflitos agrários, temos por coletivo o conflito quando várias pessoas, unidas entre si por uma relação jurídica base, via de regra, através da constituição de movimentos sociais organizados, objetivam implementar a reforma agrária, possibilitando a todos o acesso a terra.

Com efeito, exige-se que a ocupação do imóvel rural decorra de unidade psicológica ou mobilização por movimentos sociais, a exemplo do que vem ocorrendo em alguns julgados, conforme se extrai do Feito nº 2.0000.00.471938-2/001 do TJMG, *in verbis*:

> Tratando-se de conflito coletivo de terra rural, que se caracteriza por envolver grande número de possuidores num dos pólos passivos da relação processual, sendo comum a mobilização de trabalhadores pelos movimentos sociais, torna-se, senão impossível, extremamente dificultosa a identificação de todos os requeridos, sendo a exigência processual suprida pela citação editalícia de todos aqueles não identificados.

Portanto, o que qualifica determinado conflito como coletivo é, além da presença de uma pluralidade de pessoas em um dos pólos da relação processual, também a existência de um liame subjetivo entre elas, muitas vezes caracterizado por vinculações a movimentos sociais organizados, com o objetivo comum de ocuparem imóveis rurais, como instrumento de pressão para a implementação da reforma agrária. Há que ser exigida relativa concomitância ou continuidade nos atos de ocupação, de modo que as ações isoladas no tempo, sem nenhum vínculo ou relação com fato de origem comum, não caracterizariam a coletividade descrita na Lei.

A ocupação coletiva apresenta contorno de união na montagem do acampamento, na administração da área ocupada, como plantio, educação, vigilância, apresentando-se os ocupantes como integrantes de um grupo organizado e, inexoravelmente, voltado à reforma agrária.

A posse (de terra rural) caracteriza-se não somente por atos de exteriorização do domínio, dentro da concepção clássica do instituto, devendo ser analisados, ainda que em juízo de prelibação, os elementos a ela intrínsecos e caracterizadores da função social, princípio inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 170, II) e minudenciado no art. 186 do aludido Pacto.

A norma também exige que o imóvel tenha a configuração de rural. O conceito de zona ou área rural é determinado por exclusão. Isso ocorre porque cabe ao município, através de lei, delimitar sua área urbana, sendo considerada rural toda a área excluída da zona urbana. Noutro giro, a caracterização do imóvel como rural pode decorrer da sua destinação, passando o urbano para a residualidade, em acatamento ao disposto no art. 4º, I, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), *in verbis*:

> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: I – Imóvel Rural, o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada; [...]

No que tange, especificamente, à intervenção do Ministério Público e à conseqüente modalidade interventiva, ainda há que ser destacada a freqüente hipossuficiência da parte passiva na lide, uma vez que, ordinariamente, constitui-se de pessoas que não gozam de direitos fundamentais primários e que buscam erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, iniciando tal sofrível caminhada com a ocupação de imóvel ou com a resistência para se manterem no espaço que ocupam, em frente aos poderosos interesses que envolvem os proprietários de bens imóveis em nosso País. A fragilidade detectada no âmbito do direito subjetivo/material há que ser transportada para o direito adjetivo/processual, de forma que seja buscado o desejado equilíbrio entre as partes, para que possam ser efetivados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Os interditos possessórios

- ação de Reintegração de Posse;
- ação de Manutenção de Posse; e
- ação de Interdito Proibitório.

Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias:[1)]

> Reintegração de posse: É o remédio processual adequado à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho, sendo privado do poder físico sobre a coisa. A pretensão contida na ação de reintegração de posse é a reposição do possuidor à situação pregressa ao ato de exclusão da posse, recuperando o poder fático de ingerência socioeconômica sobre a coisa.
>
> Manutenção de posse: Se no esbulho há efetiva privação do exercício direto sobre a coisa, muitas vezes pode o possuidor ser perturbado ou severamente incomodado no exercício da posse, sem que tal agressão seja intensa o suficiente para excluí-lo do poder físico sobre o bem. O interdito de manutenção de posse pretende exatamente interromper a prática dos atos de turbação, impondo-se ao causador da moléstia a obrigação de abster-se da prática de atos contrários ao pleno e livre exercício da posse do autor, garantindo a permanência do estado de fato.
>
> Interdito proibitório: O interdito proibitório pode ser conceituado como a defesa preventiva da posse, diante da ameaça de iminentes atos de turbação ou esbulho, objetivando impedir a consumação do ato de violência temido (art. 932, CPC). O possuidor, inibido pelo fundado receio de sofrer agressão próxima, dirige-se ao magistrado, a fim de pleitear uma liminar que obrigue o réu a abster-se de concretizar a agressão, mediante imposição de preceito proibitório, com a cominação de pena pecuniária – multa diária –, em caso de transgressão do preceito. (p. 129)

Para Humberto Theodoro Júnior:[2)]

> Ação de reintegração de posse (antigo *interdicto recuperandae possessionis* dos romanos) tem como fito restituir o possuidor na posse, em caso de esbulho. Por esbulho deve-se entender a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo.
>
> Ação de manutenção de posse (que corresponde aos *interdicta retinendae possessionis* do direito romano) destina-se a proteger o possuidor contra atos de turbação de sua posse. Seu objetivo é fazer cessar o ato

> do turbador, que molesta o exercício da posse, sem contudo eliminar a própria posse.
>
> Interdito proibitório é uma proteção possessória preventiva, uma variação da ação de manutenção de posse, em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada.

Conforme Alexandre Freitas Câmara:[3)]

> A *ação de reintegração de posse* é a via adequada para obtenção de tutela da posse quando esta sofreu um esbulho. Define-se o esbulho como a moléstia à posse que a *exclui integralmente, de tal modo que o possuidor deixa de o ser*. Assim sendo, ocorre esbulho quando há perda total da posse, molestada injustamente por outrem.
>
> Será adequada a utilização da *ação de manutenção de posse* como forma de obter tutela da posse contra a turbação. Esta espécie de moléstia à posse pode ser definida como *todo ato praticado contra a vontade do possuidor, que lhe estorve o gozo da coisa possuída, sem dela o excluir completamente*. Difere a turbação do esbulho, pois, pelo fato de que neste ocorre a perda total da posse, enquanto naquela a posse se mantém, com as limitações impostas pela turbação.
>
> É adequada a utilização do interdito proibitório quando ainda não ocorreu moléstia à posse do demandante, existindo apenas uma ameaça de esbulho ou turbação. Trata-se esta, pois, de demanda preventiva, destinada a impedir que a posse seja molestada, enquanto os outros dois interditos destinam-se a proteger uma posse já violada.

Para Sílvio de Salvo Venosa:[4)]

> Ocorrendo esbulho, a ação é de reintegração de posse. Esbulho existe quando o possuidor fica injustamente privado da posse. Não é necessário que o desapossamento decorra de violência.
>
> O interdito proibitório é utilizado para a simples ameaça à posse. A turbação é ofensa média à posse, socorrida pela ação de manutenção. O titular tem o exercício de sua posse prejudicado, embora não totalmente suprimido.
>
> O interdito proibitório é remédio concedido ao possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse (art. 932 do CPC).

Abordagem clássica da posse

Em virtude, notadamente, da falta de especialização na prestação jurisdicional e da intervenção do Ministério Público, tivemos, por décadas, abordagens puramente privadas dos conflitos agrários/fundiários, aplicando-se indiscriminadamente o direito privado, ou seja, o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil vigente, procedimentos indesejáveis e de exclusão do Direito Agrário.

Observância do princípio da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, 170, III, e 186 da CF/88)

A intervenção ministerial nos conflitos pela posse da terra rural deve pautar-se essencialmente pela verificação dos vetores de tal princípio, caracterizados pela produtividade, respeito à legislação ambiental e social, exploração voltada ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores, ressaltando que tais comandos constitucionais são perfeitamente aplicáveis à seara possessória, tendo em vista que a Constituição Federal conhece da posse agrária, como se extrai do *caput* do seu art. 191.

Esclarece José Afonso da Silva que "[…] a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens".[5)]

Para Jaques Távora Afonsin:

> À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.[6)]

Posto isso, como se extrai de vários despachos iniciais do Juízo de Conflitos Agrários de Minas Gerais, devem ser colacionados aos autos elementos probatórios, *v.g.*, no tocante à:

• produtividade do imóvel rural (art. 186, I, da CF/88, e arts. 6º e 9º, I, ambos da Lei nº 8.629/93), apresentando o respectivo Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) atualizado, bem como a ficha do gado porventura nele apascentado, seja ele do(s) requerente(s) ou do possuidor direto;
• situação ambiental do imóvel (art. 186, II, da CF/88 e art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.269/93), demonstrando se há averbação da reserva legal em certidões de inteiro teor das matrículas e/ou transcrições imobiliárias, bem como eventuais licenças ambientais para exploração da terra e da água, concedidas para si ou em favor do arrendatário;
• regularidade das relações trabalhistas (carteira de trabalho, recolhimento do INSS, etc) mantidas com os eventuais empregados que laboram no imóvel, sejam ou não eles subordinados ao requerente (art. 186, III, da CF/88 e art. 9º, III, da Lei nº 8629/93);
• eventuais medidas implementadas no sentido do favorecimento da saúde, lazer e educação do requerente (proprietário, possuidor e/ou arrendatário) e dos trabalhadores (função bem-estar – art. 186, IV, da CF/88, e art. 9º, IV, da Lei nº 8.629/93).

Também é necessário que se colacione aos autos planta de situação e localização do imóvel no respectivo município, com seus limites e confrontações (indicar as propriedades vizinhas), principais vias de acesso e o local onde se encontram efetivamente os requeridos, além de indicar as atividades agropastoris desenvolvidas pelo(s) requerente(s) – ou terceiros – em toda a área, identificando-as.

Com efeito, devem ser cientificados o INCRA, o Ministério do Trabalho, o IBAMA, o ITER, o IEF, o IGAM, a PMMG e a Polícia Ambiental local acerca do conflito instalado, solicitando-se à autarquia federal (INCRA) informações sobre a eventual existência de decreto expropriatório do imóvel rural e/ou procedimento administrativo de desapropriação; ao IBAMA e ao IEF informações acerca de eventual ocorrência de ilícito ambiental no imóvel; e ao IGAM informações quanto à regularidade do uso de recursos hídricos no imóvel.

De se registrar que, quando se constata *intensa produtividade do imóvel*, pode-se estar diante da chamada produtividade ilícita, uma vez que, ao se sacrificar o ser humano e/ou o meio ambiente, pode haver configuração de ilícito civil, caracterizado também pela teoria do abuso do direito ou prática de atos de emulação, instituto objetivamente consagrado no art. 187 do Código Civil de 2002. As hipóteses em testilha freqüentemente ocorrem em monoculturas (cana-de-açúcar, eucalipto, etc).

Competência/atribuições – Resolução nº438/04/TJMG e LC nº34/94

A competência para dirimir conflitos agrários no Estado de Minas Gerais é da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, consoante o estabelecido na Resolução TJMG nº 438/2004, que prescreve, em seu art. 2º:

> Art. 2º O Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários, com sede em Belo Horizonte, tem jurisdição em todo o Estado de Minas Gerais e competência para processar e julgar as ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terras rurais, mencionadas no art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil, e as que lhe são conexas.

De se ressaltar que tal competência também abrange as chamadas ações discriminatórias concernentes a terras devolutas estaduais sobre as quais incidem conflito coletivo agrário.

As atribuições ministeriais para intervenção nos interditos possessórios pertinem à Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, que funciona junto ao aludido Juízo, tendo sido criada pela Lei Complementar nº 34/94, consoante o disposto em seu art. 61, IV, alterada pela LC nº 61/01.

Competência da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, pelas atribuições da Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários e pela competência da Justiça Federal

Devem os órgãos de execução locais e/ou Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários de Belo Horizonte, atentos a fatos tão relevantes socialmente, peticionar ao juízo no qual eventualmente tramite feito versando sobre conflito coletivo pela posse da terra rural, bem como respectivas discriminatórias, pleiteando o deslocamento da competência para a Vara Estadual de Conflitos Agrários, que tem competência absoluta *ratione materiae*, cientificando o Centro de Apoio Operacional de Conflitos Agrários.

Lado outro, há que ser observada a competência da Justiça Federal – que, em Minas Gerais, possui Vara Especializada (12ª Vara Federal de Belo Horizonte) – quando a hipótese fática convergir para o art. 109, I, da Constituição Federal. As situações mais comuns de competência da Justiça Federal são: a) expedição de decreto presidencial destinando o imóvel rural para fins de reforma agrária; b) existência de ação na Justiça Federal relativa ao imóvel objeto de conflito; c) manifestação da União demonstrando seu interesse na causa (v. Lei nº 9.469/97).

De registrar que compete à Justiça Federal *decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas* (Enunciado 150 da Súmula do STJ). Nesse prisma, perfaz-se de notória importância manifestação perante o juízo, requerendo a remessa dos autos à Justiça Federal, com a conseqüente revogação de eventual ordem judicial prolatada nos autos da possessória.

Oitiva prévia do Ministério Público

O Ministério Público deve ser previamente instado a manifestar-se diante de pleito de concessão de liminar, ou seja, antes do juízo de prelibação. Isso porque as liminares apresentam cunho satisfativo. Do contrário, a norma insculpida no art. 82, III, do CPC, que trata da intervenção obrigatória do Ministério Público, seria materialmente violada, caso tal intervenção ocorresse após o juízo antecipatório, pois seria praticamente ineficaz. Em face da existência de diversos julgados a esse respeito, a seguir colacionados, a Resolução nº 438/04-TJMG passou assim prescrever:

> Art. 10. Recomenda-se, ressalvadas as situações de extrema urgência, a prévia oitiva do Ministério Público antes da decisão liminar, bem como no curso da lide, a cientificação dos órgãos envolvidos nos conflitos agrários, a fim de que possam prestar as informações pertinentes e eventual auxílio técnico administrativo para a composição dos conflitos.

Conflitos possessórios envolvendo remanescentes de comunidades de quilombos

O regramento jurídico envolvendo a territorialidade dos remanescentes das comunidades quilombolas está previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

> Art. 68 – Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o estado emitir-lhes o título respectivo.

Os arts. 215, § 1º, e 216, § 1º e § 5º, da CF/88 também tratam da questão, ao prescreverem:

> Art. 215
> […]
> §1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional;
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira […];
> §1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação […];
> §5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos

> quilombos.

À normatização transcrita também devem ser acrescidos os Decretos nº 4.887/2003 e nº 5.051/2004 e as disposições da IN nº 20/2005-INCRA.

A compreensão das questões respectivas deve passar necessariamente pelo processo hermenêutico, calcado na interpretação sistemática e teleológica, sobretudo dos dispositivos constitucionais, não bastando exegese literal, já que vinculada a investigações antropológica, sociológica e histórica. Nesse contexto, quilombo é mais que expressão geográfica na qual, em certa época, escravos ou não, foragidos ou não, resistiam a recaptura e se insurgiam contra o regime escravocrata e as perversas conseqüências. Ponto central que envolve a questão do território quilombola encontra-se na expressão *que estejam ocupando*.

Não se apresenta concebível que a Constituição Federal cingiu-se apenas aos aspectos temporal e espacial da questão quilombola, quando direta (art. 68, ADCT) e reflexamente (arts. 215, § 1º, e 216, §1º e § 5º) regulou a matéria; evidentemente, considerou os aspectos sociológicos e históricos (em analogia à ocupação dos índios). É preciso, portanto, identificar os remanescentes de quilombos e os próprios quilombos, vetores daquilo que a Constituição estabeleceu como que estejam ocupando (v. art. 2º do Decreto nº 4.887/03), de modo a envolver o território necessário ao pleno exercício dos direitos culturais e a difusão das manifestações culturais (art. 215, CF/88), bem como a proteção do patrimônio cultural tutelado (art. 216, CF/88).

Com efeito, a expressão *terras que estão ocupando* compreende o todo necessário à sobrevivência e também às manifestações culturais e religiosas dos remanescentes das comunidades quilombolas.

O próprio auto-reconhecimento deve revelar a extensão territorial tutelada pelo art. 68 do ADCT, cuidando de uma territorialidade cultural *sui generis*.

O texto constitucional prescreve "[...] é reconhecida a propriedade definitiva", como induvidosa afirmação de propriedade antecedente, constituída pela ocupação e pela condição de ser remanescente de comunidade de quilombo, com oponibilidade erga omnes, como corolário típico dos direitos reais e da própria dimensão constitucional. Entretanto, o ordenamento jurídico impõe o reconhecimento coletivo da propriedade, por estarmos diante de remanescente de comunidade, caracterizada, também, pela indivisibilidade e inalienabilidade (v. art. 17, Decreto nº 4.887/03).

Quando o texto constitucional determina devendo o Estado *emitir-lhes os títulos respectivos*, impõe, evidentemente, um dever, prevalecendo sobre bens públicos e particulares.

A responsabilidade pela titulação, nessa linha, dependerá diretamente da respectiva competência administrativa sobre as terras ocupadas, quando públicas (v. art. 12, Dec. nº 4.887/03). Quando disser respeito a terras legitimamente registradas como de domínio particular, competirá à União e aos Estados a desapropriação por interesse social, com as respectivas indenizações das benfeitorias.

Sobre o tema, indica-se o laborioso e brilhante Parecer nº AGU/MC-1/2006, da lavra do ilustre Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, datado de 24 de novembro de 2006 e aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa.

Com tais considerações, tem-se que, após a identificação, reconhecimento, delimitação e demarcação da área, eventual conflito possessório haverá que ser solucionado observando-se a titularidade preexistente da propriedade. Devido ao notório interesse público incidente e à impossibilidade de ocorrência de prescrição aquisitiva, o pleito possessório aviado contra os indivíduos remanescentes de comunidade quilombola deverá ser julgado improcedente, restando ao "proprietário" indenização indireta, se hígido seu título.

Com efeito, nos conflitos coletivos envolvendo comunidade remanescente de quilombos, além da investigação quanto ao cumprimento da função social da propriedade/posse, deve-se colacionar elementos probatórios visando aquilatar a incidência, em especial, do art. 68, ADCT: auto-reconhecimento (Decreto nº 4.887/03), delimitação e demarcação do território pelo INCRA. Somente após a adoção das providências respectivas, poder-se-á exercer o juízo de prelibação na abordagem da liminar, se, por óbvio, pleiteada pela parte.

[1)] ROSENVALD, Nelson, e FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos Reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 122/129.
[2)] Theodoro JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Procedimentos especiais. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 131.
[3)] CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara.**Lições de Direito Processual Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. v.3. p. 388-389.
[4)] VENOSA, Sílvio de Salvo.**Direito Civil**: direitos reais. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 128/130.
[5)] SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 256.
[6)] ALFONSIN, Jaques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. In: DRESCH DA SILVEIRA, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Santánna (Org.).**O Direito Agrário em debate**. Livraria do Advogado, POA, 1998. p. 280.

2.2.2. Atuação nos feitos dominiais

O Ministério Público também deve intervir nas ações discriminatórias relativas a terras devolutas, observando que, caso versem a respeito de área sobre a qual incidam conflitos agrários, a competência será da Vara de Conflitos Agrários, devendo-se providenciar a remessa dos autos a tal juízo especializado. Em tais demandas fundiárias, deve ser observado o caráter de preferência e de prejudicialidade das ações discriminatórias sobre qualquer outra (art. 23 da Lei nº 6.386/76), bem como o ônus da prova quanto à higidez de seu domínio e o legítimo destaque do patrimônio público, que concerne ao particular, conforme consagrado na Apelação Cível nº 2001.01.00.031421-6/MG, TRF da 1ª Região, Relatora Selene Maria de Almeida, adiante colacionada.

2.3. Atuação na área penal
Considerações

A construção e a consolidação de uma sociedade democrática passam, necessariamente, por mudanças nos paradigmas econômicos correntes, notadamente quando a concentração da renda impinge significativa exclusão social. Constata-se que o compromisso pactuado no texto constitucional não tem logrado êxito finalístico, conduzindo a movimentações sociais de luta e tensão para a efetivação das diretrizes constitucionais, em especial as que se referem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse talante, há que ser destacado o papel dos movimentos sociais de trabalhadores rurais, que, em regra, buscam a concretização dos mandamentos constitucionais em franco embate contra a estrutura fundiária e a sublimação do alcunhado *agronegócio*.

Com efeito, alastram-se os chamados conflitos agrários, com reflexos, inclusive, na área urbana, cuja abordagem na seara civil já vem recebendo a impositiva formatação constitucional. Na *esfera penal*, urge enfrentarmos o desafio de conciliar os consectários gravosos da ordem repressiva penal com a correta exegese dos fatos atribuídos aos membros e às lideranças dos movimentos sociais ligados à terra, submetendo-os imperiosamente ao Pacto Social Supremo, como qualquer processo interpretativo do direito objetivo. Nesse prisma, cogente se perfaz o enfrentamento da questão da penalização de tais ações individuais e coletivas, quando viabilizadoras dos princípios, direitos e garantias fundamentais, inexoravelmente postergados pelo Estado brasileiro por séculos e ainda sob a vigência da Constituição Cidadã de 1988. O aparente conflito entre as normas pertinentes à proteção do patrimônio e aquelas relativas ao princípio da dignidade humana deve ser dirimido, sobretudo, com a superação da intolerância e da discriminação, com a compatibilização entre os diversos regramentos do ordenamento jurídico sistematizado, com a exclusão da norma incompatível, em especial, com o ordenamento constitucional. Nesse sentido, o Direito penal deve ater-se às questões com pertinência e razoabilidade, ao ajustar a conduta à tipificação formal, sem esquecer-se da análise da tipicidade material, valorando a importância do bem-jurídico na situação concreta, para a consecução de seus nobres e relevantes objetivos. Assim, rechaçará a pecha de que sua finalidade precípua é a de manter o que está posto, abstraindo-se dos influxos sociais pulsantes e de conhecimento notório.

A propósito, lúcidas as lições de Luiz Roberto Barroso:

> […] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de *integridade moral* a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo. É um *respeito à criação*, independentemente da crença que se professe quanto *à sua origem*. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as *condições materiais de subsistência*. o desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua *afirmação* como o símbolo de um *novo tempo*. Ele representa a superação da *intolerância, da discriminação, da exclusão social*, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, *o diferente*, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.[1)]

Assim, o Direito penal *não pode ser visto como simples exercício de aplicação de penas a infratores, a que mantenha a ordem posta e não é instrumento do que está ditado. A fome não faz de famintos, criminosos*, na precisa abordagem de Cláudio Fontelles.[2)]

- 2.3.1. Atipicidade nas condutas de ocupação
- 2.3.2. A intervenção policial em questões possessórias
- 2.3.3. Combate à formação e às ações de milícias

[1)] BARROSO, Luiz Roberto.**Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. PIP, nº 11, set./2001. p. 67.

[2)] ONTELLES, Cláudio. As Ocupações de Terras e o Direito Penal. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 12 e segs.

2.3.1. Atipicidade nas condutas de ocupação

Na esfera penal dos conflitos possessórios, o direito seletivo tem encontrado vasto campo de atuação, impondo-se como instrumento de sobreposição do poder econômico, apresentando-se, portanto, como uma das perversas faces da violência. Aos trabalhadores rurais, no exercício da cidadania de chamar a atenção do Estado para a necessidade de concretização da reforma agrária, têm sido imputados, em regra, os seguintes fatos formalmente típicos:

- violação de domicílio – art. 150, CP;
- alteração de limites – art. 161,*caput*, CP;
- esbulho possessório – art. 161, II, CP;
- dano – art. 163, CP;
- apologia de crime ou criminoso – art. 287, CP;
- quadrilha ou bando – art. 288, CP;
- resistência – art. 329, CP;
- desobediência – art. 330, CP;
- exercício arbitrário das próprias razões – art. 345, CP;
- delito descrito no art. 20, *caput*, da Lei nº 4.947/66.

Entretanto, hoje não poucos têm se manifestado pela atipicidade de tais condutas, embasados em significativos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Oportuno colacionarmos adiante trechos das brilhantes razões de arquivamento – confirmadas pela Procuradoria-Geral de Justiça – formuladas pelos cultos Promotores de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Apoio Comunitário e Conflitos Agrários da Capital, no emblemático inquérito policial (0093.03.003006-3), Comarca de Buritis/MG, instaurado em face da ocupação da Fazenda do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, no ano de 2002, os quais foram agraciados com o prêmio de melhor arrazoado forense, oferecido pela Associação Mineira do Ministério Público. A saber:

O que se extrai dos autos e dos objetivos do movimento social agrário ao qual pertencem os Denunciados (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), a ocupação teve por finalidade pressionar o governo a implementar programa de reforma agrária previsto na Constituição Federal (Título VII, Capítulo III), o que, como de conhecimento comum, constitui fim lícito e legítimo, expressão do direito de cidadania, conforme anunciado em alguns votos do Ministro Luís Vicente Cernicchiaro, no Superior Tribunal de Justiça, cujos trechos serão adiante transcritos.

Não bastasse, como de há muito é público e notório, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, ao contrário do que é veiculado pela chamada imprensa *chapa-branca*,[1] é um movimento social agrário, de caráter nacional, que tem por finalidade, em apertada síntese, melhorar as condições de vida de todos os brasileiros, minorando as diferenças socioeconômicas e promovendo a justiça social, o que, segundo acreditam, será possível através da reforma agrária. Para atingir esse fim, o movimento tem, como forma de luta mais importante, a ocupação pacífica de terras que não atendam integralmente a função social (CF/88, art. 186). Cediço também que a reforma agrária só avançará se houver mobilizações massivas, com ocupações, com a luta direta, com a ação das massas. A propósito, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando ainda atento sociólogo, ensinava, de forma inesquecível, que as transformações políticas dependem da rotinização das lutas: "a ativação da sociedade urbano-industrial requer, mais do que nada, a substituição da ideologia do compromisso por outra que rotinize o conflito e permita legitimar socialmente a idéia de que sem movimento, luta e tensão será impossível fazer uma genuína transformação política".[2]

De uma análise mais aprofundada e isenta do MST, importante ressaltar que, como movimento que pretende profunda transformação social, sua luta não acaba com a conquista da terra. Daí se constata a preocupação do movimento no setor de produção, com o desenvolvimento da cooperação agrícola; no setor de educação, com a formação de professores, a realização de programas de alfabetização, criação de escolas; no setor de direitos humanos, etc. Em última análise, infere-se com clareza solar a real pretensão do MST, qual seja:

> […] é a efetivação das diretrizes constitucionais, em atenção ainda aos princípios da dignidade humana e da cidadania, fundamentos da República (art. 1º, II e II, da Constituição), e aos seus objetivos

> fundamentais, tal como traçado no Texto Constitucional: construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem discriminações (art. 3º, I, III, e IV).[3)] E por ser legal, legítima e indispensável ao fortalecimento da própria democracia, sua atuação é reconhecida, inclusive internacionalmente, tendo o MST sido agraciado com o Prêmio Nobel Alternativo, concedido pela Fundação *The Rigtt Livelihood Awards*, da Suécia, no Parlamento Sueco, em Estocolmo, em 9/12/91, por sua visão e trabalho que contribuiu para fazer a vida mais plena, dignificando nosso planeta e elevando a humanidade; com o Prêmio Internacional Rei Balduíno Para o Desenvolvimento 1996, concedido pelo Rei da Bélgica pelo papel essencial que esta associação desempenhou na execução da reforma agrária, permitindo, assim, através do regresso à terra, incentivar os mais desfavorecidos dos Brasileiros, dando-lhes um novo projeto de vida e uma dignidade recuperada.
>
> Com o Prêmio Alceu Amoroso Lima na área de Direitos Humanos, concedido pelo Centro Alceu Amoroso Lima para a Liberdade, da Universidade Cândido Mendes (RJ) ao Setor de Educação do MST, em 16/08/1999; com o Prêmio Itaú-Unicef de Educação e Participação (2º lugar), em 11/12/1995, pelo programa de educação desenvolvido nos assentamentos da reforma agrária.

Com o Prêmio Paulo Freire de Compromisso Social, concedido pelo Conselho Federal de Psicologia de São Paulo, em 5/10/2000; entre outros "[...] Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República" (*Habeas Corpus* nº 5.574/SP. Rel. Ministro William Patterson. Julgamento em 8 de abril de 1997).

Do brilhante voto do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, extraímos:

> A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.
>
> Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.
>
> A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro gera direitos.
>
> É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.
>
> Reivindicar, por reivindicar, insista-se é direito. O Estado não pode impedi-lo.*O modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade tão ao gosto dos doutrinadores alemães.
>
> A postulação da reforma agrária, manifestei, em *Habeas Corpus* anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado há anos vem remetendo a implantação da reforma agrária.
>
> Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do Magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

No *Habeas Corpus* nº 4.399-SP (STJ, 6ª Turma. Relator Ministro William Patterson. Julgamento em 12/03/1996), o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro já manifestara entendimento no mesmo sentido, como se vê de parte de seu voto:

O r. despacho de prisão preventiva, com fundamentação alentada, projeta uma realidade social. Divisou, na conduta da paciente a insubordinação às regras jurídicas. Do ponto de vista formal, isto acontece. Não, entretanto a configuração do esbulho possessório, ou de alteração de limites. O fato precisa ser analisado em seu contexto, coordenado à sua motivação. Aceito as considerações do MM. Juiz de Direito, encampadas pelo v. acórdão. Todavia, com o devido respeito, confiro-lhes configuração jurídica diferente. Invoque-se a Constituição da República, especificamente o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – cujo Capítulo II registra como programa a ser cumprido a Reforma Agrária (art. 184 usque 191).

Evidente, essa norma tem destinatário. E como destinatário, titular do direito (pelo menos – interesse) à concretização da mencionada reforma.

A demora (justificada, ou injustificada) da implantação gera reações, nem sempre cativas à extensão da norma jurídica.

A conduta do agente do esbulho possessório é substancialmente distinta da conduta da pessoa com interesse na reforma agrária.

Atualmente, a culpabilidade é cada vez mais invocada na Teoria Geral do Delito. A sua intensidade pode, inclusive, impedir a caracterização da infração penal.

No esbulho possessório, o agente dolosamente, investe contra a propriedade alheia, a fim de usufruir um de seus atributos (uso) ou alterar os limites do domínio para enriquecimento sem justa causa. No caso dos autos, ao contrário, diviso pressão social para concretização de um direito (pelo menos – interesse).

No primeiro caso, contraste de legalidade compreende aspectos material e formal.

No segundo, substancialmente, não há ilícito algum. Formalmente, e é só nesse nível, poder-se-á debater o modus faciendi. Esse debate tem seu foro próprio no julgamento do mérito da causa.

Aqui, e por ora, incumbe analisar o direito reclamado, qual seja de os Pacientes continuarem em liberdade. A ordem pública precisa ser recebida no contexto histórico. E também assim o modo de atuação das pessoas.

É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante as leis.

Sabe-se, as chamadas classes sociais menos favorecidas não têm acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de programa posto na Constituição da República.

Quadrilha ou bando, a teor do disposto no art. 288 Código Penal é delito que visa a prática de crimes.

Ordem pública, clamor público precisam ser recebidos com cautela. Podem ser gerados artificialmente, para dar a idéia de inquietação na sociedade.

Clamor público, ademais, não se confunde com reações (às vezes organizadas) de proprietários de áreas que possam vir a ser desapropriadas pela reforma agrária.

[...] Vejo a necessidade de reforma no referido despacho. Não vislumbro, substancialmente – não obstante o aspecto formal do respeitável despacho de prisão preventiva -, no caso concreto, demonstração de existência de crime de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver, do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a perturbar, por perturbar a propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja a implantação da reforma agrária. Infelizmente, presos aos limites processuais – volto a dizer – sinto-me jungido, exclusivamente, a apreciar a negativa de liminar.

Violação de domicílio:

> Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
> Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.
> § 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.
> § 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.
> § 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:
> I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;
> II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.
> § 4º - A expressão casa compreende:
> I - qualquer compartimento habitado;
> II - aposento ocupado de habitação coletiva;
> III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
> § 5º - Não se compreendem na expressão casa:
> I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do nº II do parágrafo anterior;
> II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

De plano, é de ver-se que o próprio legislador penal, no § 4º do art. 150 do Código Penal, tomou como critério definidor de *casa a habitação* de qualquer compartimento, a *ocupação* de aposento de habitação coletiva e o "exercício" de profissão ou atividade em compartimento não aberto ao público, indicando que a intimidade protegida por esse preceptivo legal, que se encontra no Capítulo IV do Código Penal – *e cuja objetividade jurídica é a liberdade individual e não a propriedade-, se estabelece pela efetiva relação entre a pessoa e determinado espaço, a qual não se garante pela mera propriedade*. Daí já ter a jurisprudência penal, de modo iterado, decidido que: "A incriminação da violação do domicílio visa à proteção da moradia, e não o direito de propriedade, eis que é o interesse do Estado em garantir a liberdade individual, ou seja, o interesse reconhecido de cada um viver livre de qualquer intromissão em sua casa ou lar" (TACRIM-SP. AC. Rel. José Habice. RJD 8/168). No mesmo sentido: TACRIM-SP. AC. Rel. Azevedo Franceschini. JUTACRIM 1/48.

A sede da propriedade rural deve ser habitada por seus proprietários ou ser o local onde estes efetivamente exerçam suas atividades profissionais, de modo que se viole a intimidade. De todo modo, a prevalecer o equívoco de se achar que a mera propriedade faz presumir a relação de intimidade nascida da relação com o espaço, ter-se-ia que admitir que os mais abastados têm *mais intimidade* do que os menos aquinhoados, sendo certo que a intimidade é uma promanação da personalidade dos seres humanos, que são *iguais perante a lei*. Aliás, ainda no sentido de que a ocupação de propriedades rurais não configura o crime de violação de domicílio, já decidiram nossos tribunais: A propriedade rural não está compreendida no conceito de domicílio, por mais amplo que se considere (TACRIM-SP. HC. Rel. Reis Freire. RT 516/357).

Alteração de limites – Art. 161, CP

Alteração de limites:

> Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

Para Roberto Delmanto Júnior, o delito em testilha:

> […] exige, para a sua configuração, o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de suprimir e deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal de linha divisória, acrescido do seguinte elemento subjetivo

> expressamente exigido pelo tipo: para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia. Na atividade de ocupação de terras rurais, os trabalhadores [...] de forma alguma pretendem tomá-la para si... mas, sim de forçar o Governo a desapropriá-la, pagando a devida indenização, de acordo com o preconizado nos arts. 184 a 191, da Constituição da República, não há que se falar em ilícito penal contra a propriedade, muito embora possa restar configurado ilícito civil pela turbação ou esbulho... Por outro lado, é importante não confundir essa atividade com a atuação dos chamados grileiros, muitas vezes a mando de terceiros que invadem terras, inclusive do Estado, aí sim, para apoderar-se delas, perpetrando um verdadeiro crime contra a propriedade.[4)]

Esbulho possessório – Art. 161, § 1º, II, CP

Esbulho possessório:

> II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.
> § 2º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.
> § 3º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Esse tipo penal constitui-se no mais comum na obtusa tentativa de marginalizar os trabalhadores rurais sem terra, daí, por conseguinte, haver inúmeros pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à atipicidade das condutas de ocupações, fundados, basicamente, na inexistência de elemento subjetivo do tipo, ou seja, intuito de esbulho, despojamento da posse ou desapossamento, com fins de enriquecimento ilícito, uma vez que imbuídos da intenção de pressionar o Estado para a realização da reforma agrária.[5)]

Dano – Art. 163, CP

Dano:

> Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
> Dano qualificado
> Parágrafo único - Se o crime é cometido:
> I - com violência à pessoa ou grave ameaça;
> II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;
> III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;
> IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:
> Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Bastante comum a lamentável prática de atribuir aos trabalhadores a conduta formalmente descrita de dano, embora, na hipótese, incidam a teoria da tipicidade conglobante, excluindo a tipicidade material, e a excludente da antijuridicidade, consistente no estado de necessidade.

Acerca do tema, Roberto Delmanto Júnior, na obra citada, colaciona irrefutáveis considerações sobre a inexistência do crime.

Apologia de crime ou criminoso – Art. 287, CP

Apologia de crime ou criminoso: “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

Tal delito, que pressupõe, por óbvio, fazer apologia, louvor, enaltecimento de fato criminoso ou de autor de crime, evidentemente não se restará configurado nas condutas relacionadas com as ocupações coletivas de imóveis rurais, uma vez que, como exaustivamente tratado, estamos diante de ações viabilizadoras de direitos fundamentais. Como conseqüência, não poderão ser alcançados por tal norma penal aqueles que, embora não participem das ocupações, externam seus pensamentos e entendimentos sobre as questões agrárias, bem

como os líderes dos movimentos sociais rurais respectivos.

Quadrilha ou bando – Art. 288, CP

Quadrilha ou bando:

> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

A imputação do delito formalmente previsto como o de formação de quadrilha ou bando também é freqüente aos trabalhadores rurais em decorrência de suas movimentações sociais para implantação da política pública da reforma agrária. Nesse sentido, consigna Roberto Delmanto Júnior na obra citada:

> Aliás, a usual imputação de formação de quadrilha ou bando a membros de um movimento que tem fins legítimos e dos mais nobres, apoiado pela grande maioria da população, é a mais perniciosa de todas, sobretudo diante da gravidade de suas penas, a qual traz sérias implicações acerca das modalidades de prisão provisória, sem esquecer, também, que os seus eventuais líderes não podem ser objetivamente responsabilizados pelos excessos praticados por alguns sem terra durante uma invasão, em meio a centenas de milhares de miseráveis em situação idêntica.

Como expressamente previsto no tipo, é necessário associar-se, agregar-se ou unir-se para ou com a finalidade de cometimento de crimes. Configura-se, em tese, como delito formal – não necessitando, para a consumação, do cometimento de delito – e permanente, cuja consumação se protrai no tempo.

Na abordagem em testilha, como visto, os trabalhadores rurais associam-se para o exercício da cidadania, não para o cometimento de crimes. No mesmo sentido, sabemos da existência de movimentos sociais com mais de 20 anos de atuação pela reforma agrária, sendo que as lamentáveis tentativas de imputar tal prática delituosa aos trabalhadores rurais comumente ocorrem no momento em que acontece uma ocupação (quando esta está ocorrendo ou quando consumada). Daí por que se pode afirmar que o Direito penal tem sido usado para evitar manifestações sociais e proteger o patrimônio privado, em detrimento de direitos e garantias fundamentais emergentes do princípio da dignidade humana, como a liberdade de ir e vir e de associar-se.

A propósito:

> Não caracterização de quadrilha ou bando – Movimento dos Sem Terra – Associação para a prática de crimes não comprovada – Invasão de propriedades com a finalidade de pressionar autoridades – Expediente que, apesar de pertubar a ordem pública, importa ilícito civil – Absolvição mantida. (Ap. 272.550-3 – Andradina, 5ª C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v.u., JUBI 54/01). (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 940)

Resistência – Art. 329, CP

Resistência:

> Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:
> Pena - detenção, de dois meses a dois anos.
> § 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
> Pena - reclusão, de um a três anos.
> § 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Extrai-se do dispositivo que, para a configuração do crime em tela, é imprescindível que os trabalhadores rurais tenham recebido ordem judicial e que pratiquem violência ou ameaça contra o funcionário competente para

executá-la, caracterizando conduta positiva ativa, o que afasta a possibilidade de ocorrência delitiva em caso de passividade, ainda que com o objetivo de que a ordem formal e substancialmente legal não seja cumprida.

Segundo os ensinamentos de Roberto Delmanto Júnior, na obra citada:

> [...] para que este delito se configure, é necessário haver, por parte de quem tenha efetivamente recebido a ordem judicial para desocupar as terras invadidas, a prática de violência, em nosso entender, contra pessoa, ou, então, ameaça, que não se confunde com simples impropérios, não tipificando esse crime a chamada *resistência passiva*, à qual recorria Mohandas Karamehand Gandhi, na luta a favor da independência e contra o racismo na Índia, entre 1915 a 1947.

Nesse sentido:

> Resistência. Delito não configurado. Ausência de prova inconteste de que se tenha o acusado oposto com violência e ameaças à sua prisão. Absolvição decretada. Inteligência do art. 329 do CP. É indispensável, para a configuração do crime de resistência, a prova inconteste de que o agente se opôs à realização do ato com violência e ameaças. Sem essa prova o crime não se define. (TJSP – RT 525/356).

Desobediência – Art. 330, CP

> Desobediência: Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Prefacialmente, insta ressaltar a necessidade de aprofundamento da análise do elemento subjetivo consistente no dolo. Na esmagadora maioria das vezes, as famílias contra as quais é dirigida a ordem judicial não tem para onde ir, sendo certo que, ainda que vivendo em precárias condições nos acampamentos, tem ali um atendimento mínimo às suas necessidades primárias, como moradia e alimentação.

Extrai-se do comando formal penal em testilha que o destinatário da norma é somente a quem a ordem judicial é dirigida, não havendo a possibilidade de alcançar eventuais líderes, em razão de que a responsabilidade penal é personalíssima.

Exercício arbitrário das próprias razões – Art. 345, CP

Exercício arbitrário das próprias razões:

> Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
> Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

A atipicidade do delito em foco também se impõe em relação às condutas de ocupação de imóveis rurais, seguindo a mesma linha de entendimento quanto aos demais tipos formais analisados, notadamente na abordagem do elemento subjetivo, na medida em que as ocupações de terras, em geral, visam a concretizar um direito que, embora deflua da Constituição Federal, depende inexoravelmente da atividade administrativa do poder público. Nesse giro, não se pode conceber o exercício arbitrário de um direito que ainda não foi efetivamente incorporado ao patrimônio de seu titular. De registrar ainda que se trata de delito de ação penal privada (salvo se houver emprego de violência contra a pessoa) e de menor potencial ofensivo, não admitindo, portanto, prisão em flagrante, quando o *autor* se compromete a comparecer ao Juizado Especial Criminal.

Delito descrito no art. 20, caput, da Lei nº 4.947/66

A Lei nº 4.947/66 fixa normas de Direito Agrário, estabelecido em seu art. 20:

> Art. 20 – Invadir, com a intenção de ocupá-los, terras da União, dos Estados e dos Municípios.

> Pena detenção de seis meses a três anos.
> Parágrafo Único: Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas a reforma agrária.

Mesmo diante de uma superficial análise do dispositivo em tela, verifica-se que, a exemplo do que também ocorre com o delito de esbulho, o elemento anímico consubstanciado na intenção de ocupar terras, aqui as públicas, é indispensável à caracterização e tipificação formal, o que, como visto, afasta sua incidência sobre as ações de movimentos sociais que visam à efetivação da reforma agrária, através do exercício do direito de pressionar os governos nas respectivas esferas.

O parágrafo único do aludido art. 20 da Lei nº 4.947/66, que fixa normas de direito agrário, faz expressa referência ao elemento anímico e, à evidência, dirige-se a potenciais sujeitos ativos que não sejam aqueles destinatários da reforma agrária, quais sejam, os diversos tomadores de terras públicas, conhecidos por grilheiros.
Sobre o tema:

> Tratando-se de terras destinadas a assentamento, não há crime na ocupação praticada por trabalhadores rurais carentes de abrigo que lhes assegura condições mínimas de sobrevivência, circunstância que caracteriza estado de necessidade, a impor a concessão de 'habeas corpus' para trancamento da ação penal contra eles intentada. (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant'Anna, j. 03.06.1997).

---

[1] propósito da conduta de tal imprensa, que, sempre a serviço das elites e do capital financeiro, vem buscando satanizar o MST e outros movimentos sociais congêneres, vale lembrar a antiga lição do professor Fernando Henrique Cardoso, que, já no ano de 1979, dizia, in verbis: "precisamos de uma política de comunicações sociais que levante com força a questão do controle do sistema de comunicações pelos públicos que sofrem o impacto dele. Esses públicos são variados, mas neles se destaca a maioria composta pelos trabalhadores, pelos assalariados da classe média e pelas maiorias marginalizadas" (cf., Souza, Eduardo Ferreira de. in **Do Silêncio à Satanização**. Revista Caros Amigos, jan./2002).
[2] CARDOSO, F. H. **Autoritarismo e Democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
[3] GARCIA, José Carlos.**De Sem-rosto a Cidadão**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
[4] Delmanto JÚNIOR, Roberto.**O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal**. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 28, São Paulo: RT, 1999. Disponível em: <http://www.delmanto.com>. Acesso em: 10 mar. 2008.
[5] Sobre o tema: Roberto Delmanto Júnior, obra citada; Rogério Greco. In: **Curso de Direito Penal** – Parte Especial, v. III, pág. 144, ed. Impetus, 3 ed., 2007; Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, in A ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social, **Revista de Direito Comparado**, v. I, agosto/2000; Afonso Henrique de Miranda Teixeira, In: A intervenção policial em questões possessórias - tese aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público – **Anais**, Belo Horizonte, 2006; e STJ, no HC nº 5574/SP, 08/04/97.

2.3.2. A intervenção policial em questões possessórias

As movimentações de trabalhadores rurais com a nítida intenção de pressionar o estado a concretizar a tão sonhada reforma agrária não se consubstanciam em ilícitos penais, podendo converter-se em ilícitos civis, a serem eventualmente judicializados.

O desforço imediato, ou legítima defesa da posse, previsto no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, pressupõe o uso da própria força, ou seja, sem apelar para a autoridade.

Lado outro, os delitos atribuídos aos sem terra são, em regra, de menor potencial ofensivo, não se admitindo, portanto, a prisão em flagrante.

Por isso, conclui-se:

> a) os conflitos possessórios, em regra, não apresentam aspectos penais, razão pela qual, em princípio, não demandam a intervenção policial, já que se situam no âmbito do direito constitucional de exercício de legítima pressão para a implantação de políticas públicas e concretização de princípios norteadores do Pacto Social de 1988;
> b) a intervenção policial, nesses casos, somente poderá ocorrer havendo ordem judicial, ainda na hipótese do desforço imediato previsto no art. 1.210, § 1°, do Código Civil.

Sobre o tema, indica-se a leitura do artigo jurídico "A Intervenção Policial em Questões Possessórias", da lavra de Afonso Henrique de Miranda Teixeira, aprovado como tese no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, publicada às fls. 499/507 dos *Anais – XVI Congresso Nacional do Ministério Público – Ministério Público e Justiça Social*.

Pressupondo, portanto, a existência de ordem judicial, ainda assim a ação do Oficial de Justiça e eventual auxílio da força policial devem ser revestidos de cautelas e procedimentos especiais. A esse respeito, em informações prestadas no Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.593.983-5/001, 18ª Câmara Cível do TJMG, o Juízo Agrário da Comarca de Belo Horizonte pontuou:

> No campo da *experiência*, de cuja *vivência* poucos têm podido, com autoridade, doutrinar ou especular, pois seu conteúdo é de data nova, sabemos que o cumprimento de decisões drásticas como a de desocupação liminar de grupos sociais organizados não é tarefa que se exaura no tempo de secar a tinta do comando inscrito. É lida para mais de mês ou meses, conforme a recalcitrância do movimento. É tarefa delicada a que a força policial se garante de pormenorizado planejamento e cuidadosa execução. Está em risco a incolumidade física e a dignidade humana de uma coletividade – mesmo que uma coletividade de 'invasores'. Nisso não há revelado nenhum particular prestígio à conduta de qualquer das partes isoladamente, mas objetiva fazer cessar a violência ínsita ao conflito, no exercício das próprias razões.

Para o cumprimento de decisões judiciais, convém serem observadas as Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva, formuladas em decorrência de reuniões realizadas no Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos, nos dias 22 de fevereiro e 11 de abril de 2008, que contaram com a participação de diversos representantes dos Estados Federados e que atuam na resolução de conflitos, nos seguintes termos:

• Da Autoridade Competente para Execução das Medidas

Havendo necessidade do uso da força pública para o cumprimento das ordens judiciais decorrentes de conflitos coletivos sobre a posse de terras rurais, os atos deverão ser executados com apoio da Polícia Militar e/ou Polícia Federal, observada a respectiva esfera de competência, em virtude da sua função institucional e do treinamento específico.

• Das Providências Iniciais

Ao receber a ordem de desocupação, o representante da unidade policial articulará com os demais órgãos da

União, Estado e Município (Ministério Público, Incra, Ouvidoria Agrária Regional do Incra, Ouvidoria Agrária Estadual, Ouvidoria do Sistema de Segurança Pública, Comissões de Direitos Humanos, Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Ordem dos Advogados do Brasil, Delegacia de Polícia Agrária, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e demais entidades envolvidas com a questão agrária/fundiária), para que se façam presentes durante as negociações e eventual operação de desocupação.

• Dos Limites da Ordem Judicial

O cumprimento da ordem judicial ficará limitado objetiva e subjetivamente ao que constar do respectivo mandado, não cabendo à força pública, responsável pela execução da ordem, ações como a destruição ou remoção de eventuais benfeitorias erigidas no local da desocupação.

A força pública limitar-se-á a dar segurança às autoridades e demais envolvidos na operação. Se o Oficial de Justiça pretender realizar ação que não esteja expressamente prevista no mandado, o comandante suspenderá a operação, reportando-se imediatamente ao juízo competente. Trata-se de ato administrativo vinculado.

O comandante da operação tem direito de ter acesso ao mandado judicial que determinou a manutenção, reintegração ou busca e apreensão para conhecer os limites da ordem judicial.

• Da Documentação dos Atos de Desocupação

As operações deverão ser documentadas por filmagens, o que deve ser permitido pela polícia aos representantes de qualquer das entidades presentes ao ato.

• Do Planejamento e da Inspeção

A corporação responsável pelo cumprimento dos mandados judiciais de manutenção, reintegração e busca e apreensão promoverá o planejamento prévio à execução da medida, inspecionando o local e colhendo subsídios sobre a quantidade de pessoas que serão atingidas por ela, como crianças, adolescentes, mulheres grávidas, idosos e enfermos.

Considera-se iniciada a execução da ordem judicial a partir do momento em que forem levantados os dados para o planejamento.

As informações serão repassadas aos demais órgãos envolvidos com o cumprimento da medida, reportando-se ao Magistrado responsável pela expedição da ordem sempre que surgirem fatores adversos.

O responsável pelo fornecimento de apoio policial, com o intuito de melhor cumprir a ordem judicial, adotará as seguintes providências, com a participação dos demais envolvidos na solução do conflito:
I - contactar os representantes dos ocupantes, para fins de esclarecimentos e prevenção de conflito;
II - comunicar à Ouvidoria Agrária Regional do Incra para tentar viabilizar área provisória para a qual os acampados possam ser removidos e prédios para eventual guarda de bens, bem como os meios necessários para a desocupação;
III - comunicar ao Juiz eventual presença, no local, de pessoas estranhas às identificadas no mandado, requerendo-lhe orientações sobre os limites da ordem.

• Da Efetivação da Medida

As ordens judiciais serão cumpridas nos dias úteis, das 6 às 18 horas, podendo esse horário ser ultrapassado para a conclusão da operação. A autoridade policial responsável comunicará o cumprimento da medida judicial aos trabalhadores, ao requerente e aos demais envolvidos com antecedência mínima de 48 horas.

A comunicação deverá conter:
I - a comarca, o juízo e a identificação do processo em que foi determinada a medida;
II - o número de famílias instaladas na área a ser desocupada;
III - a data e a hora em que deverá ser realizada a desocupação;
IV - a identificação das unidades policiais que atuarão no auxílio ao cumprimento da ordem judicial.

• Do Uso de Mão-de-Obra Privada para a Remoção

A polícia não permitirá, nem mesmo com utilização de mão-de-obra privada, desfazimento de benfeitorias existentes no local ou desmontagem de acampamento durante o cumprimento da ordem judicial, salvo pedido de retirada voluntária de objetos pelos desocupados da área objeto da lide.

• Do Uso de Meios Coercitivos para a Desocupação

A tropa responsável pela desocupação restringirá o uso de cães, cavalos ou armas de fogo, especificamente ao efetivo encarregado pela segurança da operação, controle e isolamento da área objeto da ação, devendo todo armamento utilizado na operação ser previamente identificado e acautelado individualmente.

Os policiais que participarem da operação devem estar devida e claramente identificados, de maneira que se torne possível sua individualização.

O uso de tropa dependerá de prévia disponibilização de apoio logístico, tais como assistência social, serviços médicos e transporte adequado, que deverá ser solicitado, por ofício, à autoridade judicial competente.

A tropa deverá ser orientada quanto aos limites do poder de polícia, com base no interesse social e na preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do art. 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal, observando-se que o direito de propriedade somente estará assegurado quando estiver cumprindo a função social (CF/88, art. 5º XXII e XXIII).

• Da Transparência das Informações

Toda informação sobre a execução de mandados judiciais de manutenção e reintegração de posse coletiva deve ser fornecida de forma clara, objetiva e concisa. As perguntas que forem feitas aos policiais deverão ser respondidas adequadamente.

• Da Conotação Social da Ação

O efetivo policial a ser lançado no terreno deve ser esclarecido sobre a ação a ser desenvolvida, com observação de que, apesar de ser de natureza judicial, tem conotação social, política e econômica, necessitando, em decorrência, de bom senso do policial para que sejam respeitados os direitos humanos e sociais dos ocupantes.

Os policiais devem ainda ser orientados sobre os limites do poder de polícia, com base no interesse social e na preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do art. 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal.

• Do Relatório Final

Cumprido o mandado de manutenção, reintegração de posse ou busca e apreensão, o comandante da operação encaminhará ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a Ouvidoria Agrária Regional do Incra relatório circunstanciado sobre a execução da respectiva ordem.

De ressaltar a impertinência e inadequação formal da tentativa de atribuir-se o crime de desobediência (art. 330, CP) aos policiais instados pelo Poder Judiciário a cumprir ordem judicial, em face de eventual demora na execução, geralmente em decorrência do imprescindível planejamento. Isso porque tal delito está previsto no capítulo dos crimes perpetrados pelo *particular* contra a administração, o que, por óbvio, não ocorre. Poder-se-ia, em tese, incidir o delito de prevaricação (art. 319, CP), para o qual é exigido o elemento subjetivo consistente na satisfação de sentimento ou interesse pessoal, o que dificilmente ocorrerá em se tratando de cumprir ordem contra trabalhadores rurais sem terra. A propósito, confira-se *Ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social*, de Fernando A. N. Galvão da Rocha.

2.3.3. Combate à formação e às ações de milícias

Na vertente penal dos conflitos agrários exsurgem lamentáveis condutas marginais e que se consubstanciam na formação de nítido estado paralelo, consistentes na formação de *milícias armadas* por parte de produtores e dos que se auto-intitulam *produtores rurais*, com o intuito de impedir movimentações sociais de trabalhadores rurais sem terra, em especial, de desocupar imóveis rurais utilizando-se, geralmente, de forte aparato de armas de fogo, inclusive de explosivos. Tais condutas, além de perniciosas e penalmente relevantes, subtraem da apreciação judiciária os complexos e pulsantes conflitos agrários/fundiários.

2.4. Atuação na esfera dos interesses coletivos e individuais homogêneos

A promoção de medidas viabilizadoras de direitos fundamentais, como o acesso à educação, deve ser ativada mediante o instrumental objetivamente previsto na legislação, notadamente através da instauração de procedimentos preparatórios ou de inquéritos civis, que podem ensejar o ajustamento de conduta ou a propositura de ações civis. Nessa esfera de atuação, a aproximação com as áreas especializadas na defesa da criança e do adolescente e na do idoso apresenta-se com total pertinência e eficácia, a exemplo de ações já propostas objetivando a disponibilização de transporte escolar e/ou de unidades escolares na zona rural.

2.5. Ementário de legislação pertinente

Constituição da República – 1988

> *Art. 1º* A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
> *I – a soberania*;
> *II – a cidadania*;
> *III – a dignidade da pessoa humana*;
> *IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*;
> *V – o pluralismo político*.
> *Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*
> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> […]
> XXII – É garantido o direito de propriedade:
> […]
> XXXIII – A propriedade atenderá a sua função social.
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I – soberania nacional;
> II – propriedade privada;
> III – função social da propriedade privada; […]
> VII – redução das desigualdades sociais;
> VIII – busca do pleno emprego.
> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
> Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
> I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
> II – a propriedade produtiva.
> Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.
> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I – aproveitamento racional e adequado;
> II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III – observância das disposições que regulam a relação de trabalho;
> IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
> Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
> Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
I - as formas de expressão;
II - os modos de criar, fazer e viver;
III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
[...]
§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.
ADCT
Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Constituição Estadual de Minas Gerais – 1989

Art. 113 - O Juiz de Direito exerce a jurisdição comum estadual de primeiro grau e integra a carreira da magistratura nas comarcas e juízos e com a competência que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias determinar.

> Parágrafo único - Compete ao Juiz de Direito julgar mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição do Prefeito, da Câmara Municipal ou de sua Mesa Diretora, ou de autarquia ou fundação pública municipais.
> Art. 114 - Para conhecer e julgar conflito fundiário, será, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, designado Juiz de entrância especial, com competência exclusiva para questão agrária.
> Parágrafo único - Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz se fará presente no local do litígio.

Fontes Históricas

LEIS

• *Lei de 26 de junho de 1375*. Obriga a prática da lavoura e o semeio da terra pelos proprietários, arrendatários, foreiros e outros, e dá outras providências.

RESOLUÇÕES

• *Resolução nº 76* – Reino – de consulta da mesa do Desembargo do Paço de 17 de julho de 1822. Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral Constituinte.

ALVARÁS

• *Alvará de 3 de março de 1770*
(Sesmarias – Procedimentos)
• *Alvará de 5 de outubro de 1795*
(Diploma Final das Sesmarias)

CARTAS RÉGIAS

• *Carta Régia de 27 de dezembro de 1695*. Carta de Sua Majestade escrita ao Governador e Capitão Geral deste Estado, Dom João de Alencastro, sobre os ouvidores, criados de novo, examinarem as sesmarias que se tem dado se estão cultivadas. (Sesmarias – 4×1 légua = 2400 ha)
• *Carta Régia de 7 de dezembro de 1697*. Carta de Sua Majestade escrita ao Governador e Capitão Geral deste Estado, Dom João de Alencastro, sobre as sesmarias. (Sesmarias – 3×1 légua)

Leis Complementares

• *Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993*. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.
• *Lei Complementar nº 88, de 23 de dezembro de 1996*. Altera a redação dos arts. 5º, 6º, 10 e 17 da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.
• *Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998*. Institui o Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, e dá outras providências.

Leis Ordinárias

• *Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 – Lei de Terras*. Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples titulo de posse mansa e pacífica: e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

> Art. 1º - Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.
> […]
> Art. 3º São terras devolutas:
> § 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

> § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo, não incursas em comisso por falta do cumprimento da condições de medição, confirmação e cultura.
> § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei.
> § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimados por esta lei.
> [...]
> Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo posseiro.

• Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre a sua aplicação.

> Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.
> Art. 2º Considera-se de interesse social:
> I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
> II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;
> III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:
> IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
> V - a construção de casa populares;
> VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
> VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;
> VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

• *Lei nº 4.947, de 11 de abril de 1966*. Fixa as normas de Direito Agrário, dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, e dá outras providências.
• *Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965*. Institui o Código Florestal. (Texto consolidado com alterações posteriores)
• *Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967*. Dispõe sobre a proteção à fauna, e dá outras providências.
• *Lei nº 5.672, de 2 de julho de 1971*. Modifica o § 2º do art. 10 da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966 (Normas de Direito Agrário), e o § 2º do art. 11 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o lançamento e cobrança do imposto sobre a propriedade territorial, e dá outras providências. (Revisão das áreas dos módulos e dos preços atribuídos à terra nua a pedido da administração pública ou entidades de classe.)
• *Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971*. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências.
• *Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971*. Quadro das restrições para aquisição de terras por estrangeiros, incidentes sobre pessoas, imóveis e territórios.
• *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.
• *Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972*. Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências.
• *Lei nº 5.954, de 3 de dezembro de 1973*. Autoriza o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a doar imóveis remanescentes de núcleos de colonização e de projetos de reforma agrária, nas condições que especifica.
• *Lei nº 5.972, de 11 de dezembro de 1973*. Regula o Procedimento para o Registro da Propriedade de Bens

Imóveis Discriminados Administrativamente ou Possuídos pela União.
• *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto de Índio.
• *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.
• *Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências.
• *Lei nº 6.431, de 11 de julho de 1977*. Autoriza a doação de porções de terras devolutas a municípios incluídos na região da Amazônia Legal, para os fins que especifica, e dá outras providências.
• *Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979*. Dispõe sobre a Faixa de Fronteira, altera o Decreto-lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e dá ouras providências.
• *Lei nº 6.739, de 5 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais, e dá outras providências. (Cancelamento de registros. Situações jurídicas constituídas a que se refere o art. 5º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971).
• *Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979*. Altera o disposto nos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), e dá outras providências. (Tributação – ITR)
• *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, e dá outras Providências.
• *Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981*. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências.
• *Lei nº 6.925, de 29 de junho de 1981*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975, e dá outras providências. (Ratificação de títulos expedidos pelos estados na Faixa de Fronteira e doação de áreas a municípios).
• *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
• *Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981*. Dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2º do art. 589 do Código Civil, e dá outras providências.
• *Lei nº 7.754, de 14 de abril de 1989*. Estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios e dá outras providências.
• *Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política agrícola.
• Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

> Art. 6º - Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.
> [...]
> Art. 8º - Ter-se-á como racional e adequado o aproveitamento de imóvel rural, quando esteja oficialmente destinado à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivam o avanço tecnológico da agricultura.
> Art. 9º - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta Lei, os seguintes requisitos:
> I – aproveitamento racional e adequado;
> II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
> § 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta Lei.
> § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.
> § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.
> § 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.
> § 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do

> trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

• *Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências.
• *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recurso Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.
• *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências.
• *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
• *Lei nº 9.636, de 15 maio de 1998*. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.
• *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.
• *Lei nº 9.871, de 23 de novembro de 1999*. Estabelece prazo para as ratificações de concessões e alienações de terras feitas pelos Estados na faixa de fronteira, e dá outras providências.
• *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e dá outras providências.
• *Lei nº 10.228, de 29 de maio de 2001*. Acrescenta artigo à Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política agrícola, a fim de estabelecer procedimentos relativos ao cadastramento e à recuperação de áreas desertificadas.
• *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.
• *Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001*. Altera dispositivos das Leis nº 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
• *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. *Código Civil Brasileiro*:

> Art. 1228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
> § 1° O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
> [...]
> § 3° O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
> .....
> Art. 1.196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.
> .....
> Art. 1.210 – O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

• *Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. (arts. 59, 66 e 67)

• Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nos 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
• Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências.

Nomas Estaduais

• Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993. Dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
• Decreto nº 34.801, de 28 de junho de 1993. Regulamenta a Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993, que dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
• Deliberação Normativa COPAM nº 88, de 13 de setembro de 2005. Dispõe sobre normas para o licenciamento ambiental nos projetos de assentamento para fins de reforma agrária e dá outras providências.
• Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994. Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências.
• Lei Estadual nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993. Dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
• Decreto nº 34.801, de 28 de junho de 1993. Regulamenta a Lei nº 11.020, de 8 de janeiro de 1993, que dispõe sobre as terras públicas e devolutas estaduais e dá outras providências.
• Deliberação Normativa *COPAM nº 88*, de 13 de setembro de 2005. Dispõe sobre normas para o licenciamento ambiental nos projetos de assentamento para fins de reforma agrária e dá outras providências.
• *Resolução 438/TJMG, 24 de junho de 2004*. Altera a Resolução nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários.

Decretos-Lei

• *Decreto-lei nº 0058, de 10 de dezembro de 1937*. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.
• *Decreto-lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940*. Regula as concessões de terras e vias de comunicação, bem como o estabelecimento de indústrias na faixa de fronteira.
• *Decreto-lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940*. Estabelece novas normas para o aforamento dos terrenos de marinha e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 2.610, de 20 de setembro de 1940*. Interpreta disposições do decreto-lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.
• *Decreto-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941*. Esclarece e amplia o decreto-lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940.
• *Decreto-lei nº 7.724, de 10 de julho de 1945*. Submete ao regime de aforamento as terras devolutas dentro da faixa de sessenta e seis quilômetros ao longo das fronteiras, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 7.916, de 30 de agosto de 1945*. Dispõe sobre a distribuição das terras devolutas nos Territórios Federais e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 9.063, de 15 de março de 1946*. Modifica a data de início da contagem do prazo a que se refere o § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 7.724, de 10 de julho de 1945.
• *Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946*. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966*. Altera dispositivos sobre lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, institui normas sobre arrecadação da Dívida Ativa correspondente, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 178, de 16 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a cessão de imóveis da União Federal para as finalidades que especifica.
• *Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, e dá outras providências. (Concessão de direito real de uso).
• *Decreto-lei nº 300, de 28 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre as penalidades pela falta de pagamento da contribuição sindical rural.
• *Decreto-lei nº 494, de 10 de março de 1969*. Regulamenta o Ato Complementar nº 45, de 30 de janeiro de

1969, que dispõe sobre a aquisição de propriedade rural por estrangeiro.
• *Decreto-lei nº 554, de 25 de abril de 1969*. Dispõe sobre desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais para fins de reforma agrária, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 789, de 26 de agosto de 1969*. Dispõe sobre o enquadramento sindical rural e sobre o lançamento e recolhimento da contribuição sindical rural.
• *Decreto-lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970*. Cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (Ibra), o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda) e o Grupo Executivo da Reforma Agrária (Gera), e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971*. Declara indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais terras devolutas situadas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo de rodovias da Amazônia Legal, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.166, de 15 de abril de 1971*. Dispõe sobre enquadramento e contribuição sindical rural.
• *Decreto-lei nº 1.175, de 11 de junho de 1971*. Dispõe sobre o recolhimento da contribuição sindical, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.179, de 6 de julho de 1971*. Institui o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste (Proterra), altera a legislação do imposto de renda relativa a incentivos fiscais, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975*. Dispõe sobre o processo de ratificação das concessões e alienações de terras devolutas na Faixa de Fronteiras, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.766, de 28 de janeiro de 1980*. Dispõe sobre a dação de imóveis em pagamento de débitos relativos ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, à Taxa de Serviços Cadastrais, à Contribuição Sindical Rural, e à Contribuição de que trata o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.963, de 14 de outubro de 1982*. Dispõe sobre recursos do Programa Nacional de Política Fundiária, sobre financiamento de projetos de construção de casa para o trabalhador rural, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 1.989, de 28 de dezembro de 1982*. Dispõe sobre contribuição devida ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, e cálculo referente à taxa prevista no Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 2.375, de 24 de novembro de 1987*. Revoga o Decreto-lei nº 1.164, de 1º de abril de 1971, dispõe sobre terras públicas e dá outras providências.
• *Decreto-lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987*. Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências.

Decretos

• *Decreto de 25 de novembro de 1808*. Permite a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brasil.
• *Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854*. Manda executar a Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850. (Terras Devolutas do Império)
• *Decreto nº 10.105, de 5 de março de 1913*. Aprova o novo regulamento de terras devolutas da União.
• *Decreto nº 61.435, de 3 de outubro de 1967*. Regulamenta o disposto na Seção III do Capítulo III, do Título III, arts. 84 a 86, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.
• *Decreto nº 62.504, de 8 de abril de 1968*. Regulamenta o art. 65 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, o art. 11 e parágrafos do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências.(Desmembramento de Imóveis Rurais)
• *Decreto nº 63.058, de 30 de julho de 1968*. Regulamenta o art. 65 e seus parágrafos da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, combinado com o art. 11 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966. (Concessão de financiamentos a herdeiros e legatários)
• *Decreto nº 68.153, de 1º de fevereiro de 1971*. Aprova o Regulamento Geral do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.
• *Decreto nº 68.524, de 16 de abril de 1971*. Dispõe sobre a participação da iniciativa privada na implantação de projetos de colonização nas zonas prioritárias para a Reforma Agrária, nas áreas do Programa de Integração nacional e nas terras devolutas da União na Amazônia Legal.
• *Decreto nº 72.106, de 18 de abril de 1973*. Regulamenta a Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, que institui o Sistema Nacional de Cadastro Rural, e dá outras providências.
• *Decreto nº 74.965, de 26 de novembro de 1974*. Regulamenta a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que

dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País, ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.
• *Decreto nº 80.511, de 7 de outubro de 1977*. Regulamenta a Lei nº 6.431, de 11 de julho de 1977, que autoriza a doação de porções de terras devolutas a municípios incluídos na região da Amazônia Legal, para os fins que especifica, e dá outras providências.
• *Decreto nº 82.935, de 26 de dezembro de 1978*. Dispõe sobre o dimensionamento do módulo rural para efeito de enquadramento sindical, e dá outras providências.
• *Decreto nº 84.685, de 6 de maio 1980*. Regulamenta a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, que trata do imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências.
• *Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992*. Dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
• *Decreto nº 578, de 24 de junho de 1992*. Dá nova regulamentação ao lançamento dos Títulos da Dívida Agrária.
• *Decreto nº 1.298, de 27 de outubro de 1994*. Aprova o Regulamento das Florestas Nacionais e dá outras providências.
• *Decreto nº 2.614, de 3 de junho de 1998*. Altera a redação do Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
• *Decreto nº 2.680, de 17 de julho de 1998*. Altera a redação e acresce dispositivo ao Decreto nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda.
• *Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999*. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
• *Decreto nº 3.420, de 20 de abril de 2000*. Dispõe sobre a criação do Programa Nacional de Florestas – PNF, e dá outras providências.
• *Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001*. Regulamenta a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e dá outras providências.
• *Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002*. Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências.
• *Decreto nº 4.449, de 30 de outubro de 2002*. Regulamenta a Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos das Leis nºs. 4.947, de 6 de abril de 1966; 5.868, de 12 de dezembro de 1972; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 6.739, de 5 de dezembro1979; e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
• *Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003*. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR, e dá outras providências.
• *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
• *Decreto nº 4.892, de 25 de novembro de 2003*. Regulamenta a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998, que criou o Fundo de Terras e da Reforma Agrária, e dá outras providências.
• *Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais.
• Decreto nº 4449, de 30 de outubro de 2002. Regulamenta a Lei nº 10267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos das Leis das Leis nos. 4.947, de 6 de abril de 1966; 5.868, de 12 de dezembro de 1972; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 6.739, de 5 de dezembro de 1979, e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
• Decreto nº 5570, de 31 de outubro de 2005. Dá nova redação a dispositivos do Decreto no 4.449, de 30 de outubro de 2002, e dá outras providências.

Instrução Normativa

• Instrução Normativa nº 49/2009 – INCRA. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

Resolução

• Resolução CONAMA nº 387, de 27 de dezembro de 2006. Estabelece procedimentos para o licenciamento Ambiental de Projetos de Assentamentos de Reforma agrária, e dá outras providências.
• Resolução 438/TJMG, 24 de junho de 2004. Altera a Resolução nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários.
• Resolução 620/TJMG, de 27 de novembro de 2009. Altera a competência da Vara de Conflitos Agrários de Belo Horizonte prevista na Resolução nº 438, de 21 de junho de 2004.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse**: e sua conseqüência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro. 2002. 229p.

ALFONSIN, Jacques Távora. A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. In: **Questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

ALFONSIN, Jaques Távora. Os conflitos possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. In: DRESCH DA SILVEIRA, Domingos Sávio; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de Araújo. **O acesso à terra no estado democrático de direito**. Alto Uruguaia: URI, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. PIP, nº 11, set./2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de direito processual civil**. v. III 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARDOSO, F. H. **Autoritarismo e democratização**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. O movimento dos trabalhadores rurais sem terra em face do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 28. São Paulo: RT, 1999 Disponível em: http://www.delmanto.com. Acesso em: 10 mar. 2008.

DRESCH, Renato Luís. A repercussão da Função Social da Propriedade nas Ações Possessórias. In: **A nova lei agrária**. Curitiba: Juruá, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. A justiça dos conflitos agrários no Brasil. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

FONTELLES, Cláudio. As Ocupações de Terras e o Direito Penal. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

GARCIA, José Carlos. **De Sem-rosto a Cidadão**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**. São Paulo: Direito, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Tomo I.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto. **Função social da propriedade**. Dimensões ambiental e trabalhista. Brasília: Nead, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da função social da propriedade**. Belo Horizonte. 2003. Disponível em: http://www.carmenrocha.com.br/artigos/artigos.asp. Acesso em: 10 mar. 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Poder judiciário e construção democrática no Brasil**. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: http://www.carmenrocha.com.br/artigos/artigos.asp. Acesso em: 10 mar. 2008.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. A ocupação coletiva em imóvel rural que não cumpre sua função social. In: **Revista de Direito Comparado**. v. 5, ago. 2000.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: RT, 1994.

TEIXEIRA, Afonso Henrique de Miranda. A Intervenção Policial em Questões Possessórias. In: **Anais – XVI Congresso Nacional do Ministério Público**. Belo Horizonte, 2006.

TEIXEIRA, Afonso Henrique de Miranda. Reserva para a Segurança Alimentar. In **Revista MPMG Institucional**. 12 ed. Belo Horizonte, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Procedimentos especiais. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3v.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Legitimidade dos movimentos populares no estado democrático de direito – as ocupações de terras. In: **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

XAVIER, Flávio Santánna (Org.). **O direito agrário em debate**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1998.

2.6. Técnicas de atuação - Modelos de peças processuais

Peças Objetivando o Deslocamento do Feito para a Vara de Conflitos Agrários e para a Justiça Federal

- 2.6.1. Reintegração de Posse - 1
- 2.6.2. Reintegração de Posse - 2
- 2.6.3. Agravo de Instrumento - Limites subjetivos da lide/necessidade de citação editalícia
- 2.6.4. Agravo de instrumento – Prévia intervenção/ausência de vistoria e de audiência prévia/função social
- 2.6.5. Agravo de instrumento – Litisconsórcio Facultativo/Função Social
- 2.6.6. Agravo de instrumento – Deslocamento/Justiça Federal
- 2.6.7. Ação civil pública – Criança e adolescente
- 2.6.8. Arquivamento – Atipicidade – Conduta de ocupação de imóvel rural

2.6.1. Reintegração de Posse - 1

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE .....

Autos nº .....

MM. Juiz,
Versam os aludidos autos sobre Ação de Reintegração de Posse ajuizada por .....em face de trabalhadores rurais que teriam ocupado imóvel rural, nesta Comarca, com a expedição de ordem liminar reintegratória por esse Juízo.
Entretanto, tem o Ministério Público que trata-se de conflito coletivo pela posse da terra rural, cuja competência *ratione materiae* é da Vara de Conflitos Agrários com sede em Belo Horizonte, a teor do art. 2º, da Resolução nº 438/2004, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (cópia anexa).
Posto isso, pugna o Ministério Público pela imediata remessa dos autos ao juízo competente, com a consequente revogação do ato decisório. Termos em que,
E. deferimento.

.....
Promotor de Justiça

2.6.2. Reintegração de Posse - 2

PROMOTORIA DE JUSTIÇA CONFLITOS AGRÁRIOS

Autos nº

MM. Juiz,
Em .... de .... de ..., como atesta o documento de fls... , o Presidente da República editou decreto expropriatório da Fazenda....., objeto desta lide, autorizando o INCRA a promover a respectiva ação de desapropriação.
Infere-se, portanto, que a aludida propriedade encontra-se mitigada, não apenas pelo decreto expropriatório, mas também pela expectativa do ajuizamento da ação correspondente à sanção governamental que ensejará, por certo, a imissão de posse do INCRA no mencionado imóvel.
Em recente Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça ..., cuja juntada requeremos, decidiu-se que:
"Compete à Justiça Federal decidir sobre o interesse manifestado por Autarquia Federal no sentido de figurar como assistente de uma das partes em litígio, em ação de reintegração de posse envolvendo imóvel rural".
Logo, a simples intervenção do INCRA demonstrando seu interesse jurídico no deslinde de ação possessória, com espeque na condição insculpida no art. 5º, Lei nº 9.469/97, sobretudo em razão da publicação de Decreto Presidencial declarando de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel em questão, autoriza o deslocamento da competência desse r. Juízo à Vara da Justiça Federal competente para o processamento e julgamento do interesse autárquico.
Enfim, à Justiça Federal compete processar e julgar as causas que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autora, rés, assistentes ou opoentes (art. 109, I, da CF)
Ante o exposto, opina o Ministério Público:
a) que esse r. juízo decline da competência para processar e julgar a presente ação possessória para a respectiva Vara da Justiça Federal;
b) em conseqüência disso, opina pelo recolhimento do mandado de reintegração, comunicando-se o juízo deprecado.
É o Parecer.

Belo Horizonte, ... de ..... de .....

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

2.6.3. Agravo de Instrumento - Limites subjetivos da lide/necessidade de citação editalícia

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS
Comarca de Belo Horizonte/MG
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº
Autor:
Réus:
Objeto do Conflito: Fazenda ..... (Comarca de .....)
Assunto: Agravo de Instrumento
COLENDA CÂMARA,
DOUTO PROCURADOR,
O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls.., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº.....) proposta por ..... em face de ...., que determinou o cumprimento de mandado de reintegração de posse contra todos os atuais ocupantes do imóvel, integrantes ou não da lide, desrespeitando frontalmente os limites subjetivos da coisa julgada.
Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.
Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por ..... em face de ....., aduzindo, em apertada síntese, que é proprietário do imóvel rural denominado "Fazenda .....", situado na comarca de ....., no lugar denominado ...., Comarca de ...../MG, com área de ..... hectares. Afirma que a fazenda está devidamente cercada, existindo atividade de plantio e criação de gado. Relata, ainda, que no dia .... de ..... de....., parte do imóvel, cerca de .....hectares, foi ocupada pelos requeridos, atingindo parte da reserva florestal, pelo que, requer a procedência do pedido, inclusive em sede de liminar (....). Juntou os documentos de fls.
Recebida a inicial, o d. Magistrado da comarca deferiu liminarmente a pretensão inicial do Autor, tendo sido cumprido o mandado de reintegração em ..... (fls....), oportunidade em que se realizou a citação pessoal dos requeridos nominados na inicial, bem como de ....., ..., ..., ..., e ....., todos ocupantes do imóvel no momento da desocupação (consoante se verifica na certidão lavrada pelo Oficial de Justiça à fl. .).
Contestação apresentada às fls....
Às fls....., o Autor noticiou nova ocupação dos requeridos na área, ocorrida em ....., e requereu a expedição de novo mandado de reintegração, que foi regularmente cumprido (fls.).
Em decisão de fls....., o d. Magistrado da comarca de ..... determinou a remessa dos autos à Vara de Conflitos Agrários.
Autor peticionou novamente requerendo a expedição de outro mandado de reintegração, diante de nova ocupação ocorrida em ..... (fls..).
O Órgão Ministerial opinou pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, ou, em sendo o caso, revogação da liminar concedida, com subseqüente realização de inspeção judicial no imóvel e designação de audiência de conciliação (fls.....).
O INCRA encaminhou laudo de vistoria da fazenda objeto do litígio (fls...), que classificou o imóvel como grande propriedade improdutiva (fls.....).
Às fls...., juntou-se "Auto de Constatação", no qual verifica-se que a Fazenda ..... encontra-se ocupada por diversas famílias, existindo roças prontas para plantio e barracas de lona plástica.
No dia ..., após proceder à vistoria da fazenda (fls.....), realizou-se audiência na Comarca de ....., não tendo havido acordo, oportunidade em que entendeu o Magistrado não haver necessidade de instrução, já estando o processo devidamente formalizado para sentença.
O Órgão Ministerial novamente manifestou-se às fls...., opinando pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (não se comprovou o cumprimento da função social), ou, caso assim não se entendesse, pela improcedência do pedido.
Em alegações finais, os requeridos reiteraram a contestação, pleiteando a improcedência do pedido por falta de cumprimento da função social, pedindo ainda a indenização por benfeitorias (fls....).
O autor ratificou seu pedido inicial, afirmando ser a propriedade produtiva e insuscetível de desapropriação de acordo com decisão administrativa já proferida pelo INCRA (fls....).

Em sentença proferida às fls....., o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial de reintegração de posse, revogando a liminar anteriormente deferida, por não estar sendo cumprida a função social da propriedade no referido imóvel, estando assim, excluída qualquer proteção possessória.
Inconformado, o requerente interpôs recurso de apelação às fls...., tendo os requeridos apresentado resposta às fls.....
O Ministério Público atuante em Segunda Instância, apresentou parecer às fls...., opinando pelo desprovimento do recurso, com a manutenção da decisão primeva pelos próprios fundamentos.
Em acórdão prolatado às fls....., a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado deu provimento ao recurso interposto pelo requerente, julgando procedente os pedidos iniciais, confirmando a liminar e determinando a expedição do competente mandado de reintegração de posse.
Após cumprimento do mandado de reintegração (auto acostado às fls..), o processo foi baixado e arquivado (fls..).
Às fls....., petição do autor informando nova ocupação do imóvel, requerendo o desarquivamento do feito e o cumprimento do mandado de reintegração.
Mandado de reintegração novamente cumprido, conforme certidão de fls.....
Às fls..., petição do autor informando a terceira ocupação consecutiva do imóvel, ocorrida em ....., e requerendo novamente o cumprimento do mandado de reintegração.
O Ministério Público manifestou-se às fls...., opinando pelo regular cumprimento da decisão de reintegração, a qual, entretanto, deve respeitar os limites subjetivos da coisa julgada, alcançando apenas aqueles ocupantes que foram devidamente citados e integraram a lide.
Em decisão de fls...., o d. Magistrado a quo, mantendo entendimento anterior, determinou o cumprimento da decisão transitada em julgado contra todos os ocupantes do imóvel, estendendo irregularmente os limites subjetivos da coisa julgada.
Inconformado, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE
O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em ....., sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em... (fl. ...), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em .....

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO
A atribuição de efeito suspensivo à devolução ora operada é medida indispensável à realização da JUSTIÇA, tendo em vista que a decisão objurgada amplia os limites subjetivos da coisa julgada, submetendo pessoas que não integraram o pólo passivo da demanda, aos efeitos de decisão judicial coercitiva, criando constrições erga omnes, e, portanto, arbitrárias.
Restará comprovado adiante que o magistrado de 1º grau submeteu aos efeitos da decisão judicial pessoas que sequer integraram a lide, não tendo participado do devido processo legal, nem garantidos o contraditório e a ampla defesa. Além disso, o juízo *a quo* presumiu, sem qualquer base fática ou legal, que os atuais ocupantes do imóvel em litígio seriam sempre aqueles que integraram a lide, independentemente da constatação fática (BO de fls....) de que, ao menos os ocupantes identificados, são pessoas diferentes.
Assim, diante da iminência do cumprimento da ordem de desocupação, que apresenta contornos subjetivos mais amplos do que os abrangidos pela lide, imprescindível a suspensão dos efeitos da decisão objurgada, concedendo-se o necessário efeito suspensivo ao presente recurso, até provimento final, restringindo os efeitos da decisão judicial às partes que efetivamente participaram do processo.

DAS RAZÕES RECURSAIS
A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada, ao estender os efeitos subjetivos da coisa julgada a todos aqueles que estivessem ocupando o imóvel, independente de terem sido ou não citados, fundou-se em presunção desprovida de qualquer base jurídica. Vejamos.
O Magistrado *a quo*, assim decidiu:
"Com relação aos réus do presente feito, a nova ocupação é atentatória à dignidade da justiça. Quanto aos novos ocupantes referidos no parecer ministerial, por certo são estimulados pelos primeiros.
Por isso que determino a expedição de mandado de reintegração contra todos que se encontram na área ocupada."(fls. .....)
Faz-se necessário ressaltar que não se questiona a autoridade da coisa julgada na ação possessória, sendo o Ministério Público favorável ao imediato cumprimento da decisão de reintegração. O que se discute neste

recurso é a extensão ilimitada e arbitrária que se deu ao mandado de reintegração de posse expedido, que passou a submeter a seus efeitos pessoas que não integraram a lide.
De fato, apesar da ação de reintegração de posse ter sido proposta especificamente contra os réus nominados na inicial ....., ..., ..., ..., ..., e ..... também foram citados os seguintes ocupantes do imóvel: ....., ..., ..., (conforme se verifica na certidão lavrada pelo Oficial de Justiça quando da citação à fl. .....).
Além daqueles que foram citados, outras pessoas ocuparam o imóvel, conforme auto de constatação de fls. 217/218. Não tendo ocorrido a citação pessoal desses outros ocupantes, nem a citação editalícia quanto aos réus incertos e não sabidos, e não tendo tal ato sido suprido pelo comparecimento espontâneo destes no feito, podemos concluir que qualquer outra pessoa que se encontre ocupando o imóvel em apreço e que não foi devidamente citada, não integrou a lide, não se submetendo aos efeitos da coisa julgada. É o caso de ....., ... e ....., todos arrolados no Boletim de Ocorrência Policial de fls..... como atuais ocupantes do imóvel (dentre outros) os quais, repita-se, são terceiros em relação ao presente processo, já que não foram citados, sequer por edital.
Em casos envolvendo conflito coletivo pela posse da terra rural, em que existe um número indeterminado de pessoas integrantes de diversos movimentos sociais, com intensa mutabilidade entre acampamentos e ocupações, mostra-se imprescindível a citação editalícia dos réus incertos e não sabidos, e mesmo daqueles identificados e que não foram citados pessoalmente, sob pena de não ser possível executar *in totum* o mandado de reintegração, que terá limites impostos pela própria extensão subjetiva da decisão.
Entender de outra maneira, sustentando que uma decisão judicial, prolatada em processos que envolvam conflitos coletivos pela posse da terra rural, mesmo sem citação editalícia, vincularia terceiros estranhos à lide, é o mesmo que colocar o imóvel litigado imune a qualquer ato que ameaçasse a posse autoral, criando uma imunidade absoluta, com efeitos *erga omnes*, de caráter perpétuo, o que seria um absurdo jurídico.
Assim, diante da ausência de citação pessoal e/ou editalícia de todos os ocupantes da área objeto do litígio, faz-se necessário adequar a decisão vergastada aos estreitos limites subjetivos da coisa julgada, em observância ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

DOS PEDIDOS
Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que o mandado de reintegração de posse, expedido em acórdão favorável ao proprietário do imóvel, alcance apenas os réus nominados que integraram o pólo passivo da demanda, respeitando-se os limites subjetivos da coisa julgada, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil.
Advogado do requerente:
Advogado dos requeridos:

Belo Horizonte, ...

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

2.6.4. Agravo de instrumento – Prévia intervenção/ausência de vistoria e de audiência prévia/função social

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS
Comarca de Belo Horizonte/MG
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº
Autores:
Réus:
Objeto do Conflito: Fazenda …….. (Comarca de ……..)
Assunto: Agravo de Instrumento
COLENDA CÂMARA,
DOUTOR PROCURADOR,
O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls. 526/528, prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº ….), proposta por …… e Outro em face de …… e Outros, deferiu liminar de reintegração de posse contra todos os ocupantes do imóvel.
Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.
Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por …. e Outro em face de …. e Outros, aduzindo, em apertada síntese, que são senhores e possuidores do imóvel rural denominado "Fazenda ….", situado na comarca de …./MG, com área de … hectares, onde cultivam café (… hectares) e plantam eucalipto (…hectares), além de explorar a pecuária (….hectares de pastagem). Afirmam que no dia … o imóvel foi ocupado pelos requeridos. Face o exposto, requereram a procedência do pedido, inclusive em sede de liminar, e a condenação em perdas e danos […]. Juntaram os documentos de fls…
O d. Juízo da Comarca de … recebeu a inicial às fls… e deferiu a liminar de reintegração de posse.
Em seguida, acatando manifestação ministerial de fls.., a i. Juíza da Comarca revogou decisão anterior e declinou da competência para a Vara de Conflitos Agrários, por tratar-se de conflito coletivo pela posse da terra rural (fls…).
Recebida a inicial, o d. Magistrado Titular da Vara de Conflitos Agrários, Dr. …., após constatar a inexistência de situação urgente, bem como o fato de que a prova até então apresentada não demonstrava, em sede de cognição sumária, o cumprimento da função social do imóvel, determinou a emenda à inicial, além de ordenar as diligências alinhavadas no r. despacho de fls….
Às fls……, atendendo à determinação judicial, os Requerentes colacionaram novos documentos aos autos (procuração, CCIR de 2003/2004/2005, Guia de contribuição sindical, notas fiscais de venda de café e carvão referente ao período de 2006/2007, nota fiscal de venda de bovinos, memorial descritivo do imóvel, ficha de vacinação do IMA, livro de registro de empregados, guias de recolhimento de FGTS e de previdência social,.
Em ……, divergindo da posição adotada pelo d. Juiz Titular da Vara de Conflitos Agrários, o i. Juiz Substituto, sem oportunizar o prévio parecer ministerial, ausente a vistoria e a audiência de justificação e, ainda, não comprovado o cumprimento da função social da propriedade, reconheceu a posse dos agravados, deferindo-lhes a liminar pleiteada (fls..).
Inconformado, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE
O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em …, sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em …. (fls….-verso), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em ….

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO
Caso se concretize, a decisão guerreada ensejará lesão grave e de difícil reparação, de modo que a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo torna-se medida indispensável à realização da JUSTIÇA.
Restará comprovado adiante que o magistrado substituto de 1º grau, ao deferir a antecipação da tutela, sem prévia intervenção do Ministério Público, sem realização de vistoria e de audiência de justificação, incorreu em *error in procedendo*.
Ainda, sob o manto do Estado da Justiça Social, a lesão à dignidade humana decorrente da retirada abrupta e

irreversível dessas famílias restará configurada e, via de conseqüência, maculado o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de passagem, premissa norteadora de toda e qualquer interpretação legal e conseqüente prestação jurisdicional.
Ademais, o *periculum in mora* é visível, tendo em vista que a retirada forçada da área ocupada por mais de trinta famílias, dentre elas, mulheres, crianças e idosos, com o desmanche de seus abrigos – considerando que o direito à moradia, nos termos do art. 6º da Lei Maior é direito social -, implicará lesão grave e irreparável.
Cumpre ainda destacar que a decisão guerreada é daquelas que a doutrina denomina de satisfativa, embora seja em caráter liminar, de sorte que, no caso em apreço, ponderando-se os valores e princípios pertinentes, constata-se que, à luz do primado da proporcionalidade, o princípio da dignidade humana deve se sobrepor, ao menos neste momento, evitando-se, assim, a retirada abrupta e irreversível das famílias acampadas no imóvel.
Até porque, a questão vertida nesses autos é por demais complexa, devendo ser resolvida em sede de cognição judicial exauriente e não sumária, como o fez o ilustre juiz substituto *a quo, concessa venia*. Nesse sentido, temos decisão proferida pela I. Juíza Heloísa Combat, prolatada em …., em sede de Agravo de Instrumento nº 034863038, a qual deferiu efeito suspensivo ao recurso aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Finalmente, à vista da data em que foi concedida […], com certeza a decisão liminar ainda não foi cumprida, podendo ser imediatamente suspensa por este E. Tribunal, sem prejuízo do *status quo*.

DA NULIDADE DA DECISÃO ATACADA FACE À AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E À FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA EXTREMA URGÊNCIA
O art. 127 da Constituição Federal preconiza que compete ao Ministério Público a defesa do regime democrático, bem como da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo certo que, para tanto, a Lei Adjetiva Civil, em seu art. 82, estabelece as causas de obrigatória intervenção ministerial no processo, dentre as quais, nos litígios que versarem sobre interesse público primário, ou seja, o interesse social.
Pois bem. É cediço que as causas que envolvem conflito coletivo pela posse da terra evidenciam notório interesse social, posto que, a par de em um de seus pólos termos inúmeras famílias que lutam pela efetivação das premissas fundamentais inerentes à dignidade humana e insculpidas no texto constitucional, temos, ainda, como um dos cernes da causa, o cumprimento da função social, consoante estabelece o art. 186 da Constituição Federal, razões pelas quais, é inafastável a intervenção ministerial nesses litígios (art. 82, III, CPC).
Doutro lado, o disposto no art. 82, III, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado de forma ampla, garantindo a participação ministerial desde o início dos processos referentes a conflitos coletivos pela posse da terra, antes mesmo da apreciação de pleito liminar (vide art. 10, da Resolução nº 438/2004, do TJMG), bem como em tempo oportuno e útil após sua apreciação, pois, somente desse modo ter-se-á a intervenção do Ministério Público de modo a garantir-lhe a tutela do interesse expresso no citado art. 127 da Lei Maior.
Assim, tal atuação deve ser viabilizada, não só em seu aspecto formal, com a simples intimação do Ministério Público, como também de modo a propiciar a efetivação dos objetivos que a justificam.
Ressaltamos que, em plena harmonia com o art. 82, III, do CPC, o art. 83, I, também da Lei Adjetiva Civil, impõe a fundamental ciência ao *parquet* de todos os atos processuais nos casos em que intervém, em especial, no que concerne aos atos de caráter decisório, ressaltando-se que tal ciência deve se dar em tempo oportuno, ou seja, adequado para eficácia de eventual utilização da via recursal, sob pena de se ter por esvaziado o objetivo da própria intervenção ministerial.
Feitas essas considerações, forçoso concluir que o procedimento das ações possessórias é concebido, atualmente, como meio de tornar o processo um legítimo instrumento para a realização do bem comum.
O Ministério Público deve atuar nas ações possessórias que trazem em um dos pólos dezenas de famílias que buscam condições mínimas de sobrevivência, merecendo, pois, atenção especial do Estado conforme determina a Carta Magna em seu art. 226, e, assim, fazendo prevalecer a proteção à dignidade humana, à entidade familiar e à função social da propriedade (Constituição Federal, art. 1º, III e art. 5º, XXIII).
Nessa linha, trazemos à colação excertos da decisão prolatada pelo i. Desembargador Mariné da Cunha, nos autos do Agravo de Instrumento nº 421.175-0:

> A meu ver, de acordo com o art. 82, III, do CPC, é imprescindível a intervenção do Ministério Público no presente feito, por envolver questão de evidente interesse público, não só pelo fato de várias pessoas, famílias inclusive, estarem, supostamente, ameaçando o direito à moradia e à propriedade, bem como o cumprimento da função social de tal instituto, mas, também, em virtude da séria possibilidade de que, de tal invasão, possam decorrer sérios conflitos, inclusive com ameaça à vida e à integridade física das partes, conforme vem ocorrendo, freqüentemente, pelo Brasil afora e tem sido noticiado pela imprensa.

> Assim, a falta de intervenção do Parquet poderia levar à nulidade processual, não podendo ser deferida a liminar pleiteada, antes que o representante da entidade se manifeste.

O Desembargador Saldanha da Fonseca quando ainda Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 426.670-0, em 19.05.2004, asseverou:
"A falta de intimação do Ministério Público para intervir na ação como 'custos legis' importa a nulidade dos atos processuais desde a audiência de justificação realizada à revelia do 'parquet', a teor do disposto nos arts. 84 e 246 do CPC[...]"
Como se tudo isso não bastasse, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, realçando sua vanguardista atuação na solução dos conflitos agrários, editou a Resolução nº 438/2004, a qual alterou a de nº 398/2002, que regulamenta o funcionamento da Vara de Conflitos Agrários, sendo que em seu art. 10, assim dispõe:

> Recomenda-se, ressalvadas as situações de extrema urgência, a prévia oitiva do Ministério Público antes da decisão liminar, bem como no curso da lide, a cientificação dos órgãos envolvidos nos conflitos agrários, a fim de que possam prestar as informações pertinentes e eventual auxílio técnico administrativo para a composição dos conflitos.

Com efeito, para que se dê efetividade aos arts. 82, III, do Código de Processo Civil, imperioso que a intervenção ministerial ocorra antes do juízo de prelibação da tutela liminar, dado o seu conteúdo satisfativo e a irreversibilidade da desocupação, razão pela qual, certamente foi editada a norma aludida.
Referida norma é cristalina quando excepciona a prévia oitiva do Ministério Público antes da apreciação da liminar, apenas naqueles casos em que a situação é de extrema urgência. A regra geral é a oitiva prévia do Ministério Público nas ações possessórias. Apenas em casos excepcionais, em que devidamente fundamentada na decisão judicial a peculiaridade da situação que caracterize a extrema urgência, é autorizada a modificação do procedimento padrão e uniforme da Vara Especializada de Conflitos Agrários, que estabelece a prévia oitiva do Ministério Público, bem como a presença do Juiz no local do conflito, a fim de realizar vistoria no imóvel e audiência de conciliação e justificação.
Pois bem. Dito isso, observa-se que os presentes autos encerram lamentáveis constatações que, como se verá, maculam a administração dos conflitos agrários submetidos à apreciação judicial. Vejamos.
Não há como negar a nulidade do feito a partir da decisão concessiva da liminar, inclusive, tendo em vista a ausência de prévia intervenção do *parquet*, bem como da vistoria e da audiência de justificação, além da falta de fundamentação da decisão judicial que caracterize a extrema urgência justificadora da concessão da liminar em afronta ao procedimento específico da Vara Agrária.
Os autores, em momento algum, comprovaram urgência tamanha que justificasse a concessão da liminar sem prévia oitiva do Ministério Público.
Assim, resta evidente a nulidade absoluta da decisão liminar e, conseqüentemente, dos atos procedimentais que a sucederam.
Por isso, o Ministério Público ora recorre, vez que, como demonstrado, há nulidade por violação de norma imperativa que impõe a prévia intervenção do *parquet*, antes da análise da liminar, em demandas que envolvam conflito coletivo pela posse da terra rural.

DA AUSÊNCIA DE PRÉVIA VISTORIA E DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO
A Constituição Federal em seu art. 126, parágrafo único, preconiza que sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional deve o magistrado se dirigir ao local do conflito.
O princípio da eficiência, de natureza constitucional, condiciona a prestação jurisdicional especializada da Vara de Conflitos Agrários à imprescindível presença do Magistrado no local do conflito, a fim de que este possa aferir, *in locu*, a validade e eficácia dos documentos acostados aos autos, bem como a realidade fática que envolve a situação submetida à sua análise.
Este é um procedimento uniforme que vem sendo adotado pela operosa e eficiente Vara Agrária em todos os processos, inclusive os relativos a interditos proibitórios.
A concessão da liminar possessória sem a designação de audiência de conciliação, precedida de vistoria do imóvel, importa em mitigação da especialidade de jurisdição própria da Vara Agrária, quebrando a isonomia procedimental já de há muito adotada pela Vara Especializada.
Nesse contexto, a Resolução nº 438/2004, que alterou a Resolução nº 398/2002, em seu art. 5º, estatui:
"Art. 5º. Recebidos os autos e havendo urgência, o Juiz da Vara de Conflitos Agrários deslocar-se-á ao local do

conflito, tomando as providências que entender pertinentes."
Forçoso concluir que se trata de norma cogente, ou seja, imperativa, a qual impõe ao magistrado, e somente a ele, nos casos urgentes, o comparecimento ao local do conflito antes da apreciação da antecipação de tutela. Aqui, o intuito é viabilizar a vistoria, de modo a se verificar se presentes se fazem os requisitos dos arts. 186 da Carta Magna e 927 do Código de Processo Civil, bem como de se perquirir acerca da provável repercussão social da decisão judicial a ser tomada.
Se no Estado Democrático de Direito não é admissível a figura inacessível do magistrado, mister que o julgador se aproxime daqueles que são a razão de seu ofício e veja de perto as circunstâncias inerentes à prestação jurisdicional.

Acerca do processamento e julgamento das ações possessórias, sobretudo no que se refere à concessão de liminares, é de grande interesse recorrer aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> Adverte a boa doutrina e jurisprudência que todo cuidado é de ser dispensado pelo juiz à prova documental in casu, já que, versando o interdito sobre fatos, como soem ser a posse, o esbulho, a turbação e a respectiva data, dificilmente seus pressupostos vêm retratados em verdadeiros documentos. É freqüente a tentativa de apoiar-se o pedido de liminar em títulos de domínio, declarações particulares de terceiros e reprodução de peças de outros processos (prova emprestada).
> Nada disso, em princípio, tem força probante para autorizar a expedição do mandado liminar de que cogita o art. 928, do CPC.
> [...]
> Os títulos de domínio, outrossim, não revelam, de ordinário, nenhuma influência sobre a liminar possessória, posto que o que se discute, nessas ações, é o fato da posse, e não o direito de propriedade sobre a coisa. (Curso de Direito Processual Civil. v. III, 25 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 124)

No caso vertido nesses autos, conforme já mencionado, várias famílias – homens, mulheres, crianças e idosos – ocupam o imóvel objeto da presente reintegração de posse. Além de suas moradias, há que se considerar o risco iminente de lesão à dignidade dessas pessoas.
Ora, a prévia vistoria do imóvel, bem como a designação de audiência de justificação comprovariam a realidade acima exposta, o que, poderia levar o ilustre magistrado a quo a decidir diversamente em sede liminar. Nesse contexto, forçoso concluir que o *error in procedendo* ensejou prejuízo aos requeridos, em razão do que, deve ser reconhecida a nulidade da decisão atacada.
Nesse sentido, colacionamos despacho do Eminente Desembargador Mariné da Cunha, nos autos do Agravo de Instrumento nº 421.175-0:

> Além disso, não se pode perder de vista que a posse é o poder de fato sobre a coisa, o exercício fático de um ou alguns poderes inerentes à propriedade, pelo que não pode ser suficientemente demonstrada sua existência através da mera prova documental – o que apenas se admite em relação ao domínio -, de forma que, em casos como o presente, é fundamental a realização de audiência de justificação de posse, a fim de que se possa verificar se estão efetivamente presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar possessória, a qual deverá ser acompanhada pelo Ministério Público. (grifo nosso)

Impende ressaltar, ainda, a importância dos acordos e conciliações obtidos em audiência pela Vara Agrária, sempre com a ajuda do ITER e do INCRA, órgãos fundamentais à solução dos conflitos, inclusive com a possibilidade de compra dos imóveis em litígio pelo INCRA, favorecendo a permanência dos movimentos sociais em determinadas áreas, de modo a garantir a seus integrantes a mínima dignidade.

Além disso, o lema "conciliar é legal", foi desenvolvido e incentivado pelo próprio Poder Judiciário, buscando alternativas mais efetivas e eficientes à solução célere dos conflitos. Desta forma, a tentativa de conciliação deve preceder a todas as outras, objetivando sempre a pacificação social.
DO MÉRITO
A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada foi prolatada de forma precipitada, desrespeitando a isonomia procedimental da Vara Agrária.
O d. Magistrado Substituto, ao deferir a liminar pleiteada sem prévia oitiva do Ministério Público e sem designação de audiência de justificação, não fundamentou sua decisão em qualquer situação de extrema

urgência.
Isso seria imprescindível, sobretudo diante do fato de que o Juiz Titular da Vara de Conflitos Agrários já havia se manifestado nos autos, determinando a juntada de novos documentos.
Mas, ressalte-se, a mera juntada de documentos indiciários de cumprimento da função social da propriedade não é suficiente para a concessão da liminar de reintegração de posse.
A eficácia probatória dos referidos documentos está condicionada à sua comprovação durante a visita judicial ao imóvel, pois, só assim, o Magistrado poderá coletar suas impressões pessoais acerca do poder de fato que os requerentes alegam ter sobre o imóvel. A posse, sendo poder de fato sobre a coisa, só pode ser comprovada diante da realidade fática.
Não bastasse isso, os documentos juntados pelos requerentes apenas indicam a existência de atividade econômica no imóvel. Entretanto, diante da grande extensão territorial do imóvel (... hectares), a área plantada (cerca de .. hectares) e de pastagem (cerca de.. hectares), ainda é bastante inferior à área total da propriedade.
A análise dos autos demonstra que apenas metade do imóvel, cerca de..... hectares são explorados. E os outros .... hectares? Como não há reserva legal averbada, presume-se que é uma área passível de exploração que não está sendo utilizada.
Outro fator importante é o fato de o imóvel não ter reserva legal averbada. *In casu*, o simples fato da propriedade produzir carvão vegetal, torna imprescindível a devida averbação da área de reserva legal, bem como da apresentação dos documentos expedidos pelos órgãos ambientais competentes autorizando a extração e produção de carvão vegetal, que não foram colacionados aos autos.
Além disso, há notícia nos autos de autuações administrativas ambientais contra o requerente, proprietário do imóvel (fls.....).
Sendo assim, impende registrar que a documentação apresentada, unilateral, não comprova o cumprimento da função sócio-econômica do imóvel objeto da lide. Ora, não há outra conclusão plausível senão a do descumprimento da função social da propriedade.
Nesse momento, de se registrar que somente a observância da integralidade do art. 186 da Carta Magna enseja a conclusão de cumprimento da função social em seus três aspectos, de modo que, ausente a comprovação do aproveitamento racional e adequado do imóvel, da utilização correta dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições acerca das relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores, a negativa da tutela possessória é a medida adequada.
Assim, à vista do que consta no processado, a única constatação plausível é que, ao menos nessa fase procedimental, os requerentes não comprovaram que o imóvel litigado cumpre a função social em seus aspectos econômico e ambiental, razão pela qual, não há como se perquirir acerca da proteção possessória vindicada em sede sumária.
Não é outra a lição de Jaques Távora Afonsin, em Os Conflitos Possessórios e o Judiciário – Três reducionismos Processuais de Solução – *in* O Direito Agrário em Debate, obra de Dresch da Silveira, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Santánna (org), editora POA, 1998, p. 280:

> À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.

Também enfatizado por Fábio Konder Comparato:

> [...] o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas [...] Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso [...] (Fernandes, Bernardo Mançano et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000. p. 145 e 146).

Corroborando, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira e Luiz Edson Fachin:

> Conforme já observamos, a Carta Magna atual garante o direito de propriedade, mas ao mesmo tempo, em seu art., apenas em alínea seguinte, impõe a propriedade o atendimento da sua função social, o que significa dizer que a propriedade constitucionalmente assegurada deve atender a sua função social. (art. 5º, XXIII).
>
> Assim, disse o legislador constituinte o que não se pode desconhecer, principalmente por tratar da propriedade imobiliária rural, que essa deva atender os requisitos da função social da propriedade, quais sejam: o aproveitamento adequado e racional, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários.
>
> O capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira se refere à penalidade mais relevante decorrente do não cumprimento da função social: a desapropriação.
>
> Se o não cumprimento da função social se liga à perda indenizada da propriedade (art. 184 da CF/88), conclui-se que não há proteção constitucional a propriedade que não cumpre referida função social, logo é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional conferir proteção possessória ao titular de domínio que não cumpre a função social da propriedade. É o que diz Edson Fachin:
>
> O descumprimento da função social da propriedade não permite dar-lhe garantias outras que a Constituição não lhe defere. Logo, o modelo adotado pelo legislador constitucional de propriedade imobiliária rural protegida contra a perda indenizada, na modalidade do art. 184, é aquela que atende a todos os requisitos da função social, ficando de fora dessa moldura a propriedade que desatende um, alguns ou todos aqueles pressupostos.
>
> Isto posto, é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a men legis deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional (Fernandes, Bernardo Mançano Fernandes et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 123).

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência. Vejamos:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO.*
> *-Não havendo o agravante comprovado tratar-se de imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;*
> *-Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC.*
> *(TAMG, Agravo de Instrumento nº 468.384-9, 5ª Câmara Civil, Rel. Juíza Hilda Teixeira da Costa, decisão de 25/11/2004)*
> *AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA RURAL – ESBULHO – OCUPAÇÃO – FAMÍLIAS – CONDIÇÕES DO IMÓVEL – DESTINAÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL – DIREITO CONSTITUCIONAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS – ARTS. 926 E 927 DO CPC – REQUISITOS – COMPROVAÇÃO –PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.*
> *[...]*
> *-Com o advento da Constituição Federal de 1988, os art.s 926 e 927 do CPC não podem ser apreciados sem que seja considerada, também, a destinação social do imóvel.*
> *[...]*
> (TJMG, Apelação Cível nº 470.602-3, 16ª Câmara, Rel. Otávio de Abreu Portes, decisão em 18/05/2005)

> *EMENTA. PROCESSO CIVI. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.*
> *[...]*
> *-A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República [...].*
> (TAMG- Agravo de Instrumento nº 425.429-9, Relator Alberto Vilas Boas, decisão de 25/11/2003)

> *[...]*
> *V.v.: Nas demandas possessórias referentes aos conflitos agrários necessário considerar o exame da produtividade e efetiva utilização do solo, ponderando os direitos inerentes à propriedade com as garantias constitucionais à vida, ao trabalho, à moradia, ao bem estar social, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, até mesmo o direito a um mínimo de propriedade privada, se sobrelevando, ainda, os objetivos consolidados como fundamentais da República, concernentes à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.*
> *Incumbe ao julgador, como intérprete da norma, adequar, em cada caso concreto, as disposições da lei infraconstitucional, material e processual, às exigências constitucionais. A interpretação sistemática constitucional da lei, em respeito ao dever social da propriedade determinado pelos art. 5º, inc. XIII e 186, da Constituição Federal, impõe ponderar o cumprimento desse dever na tutela jurídica do direito de propriedade e seus desdobramentos, dando efetividade à ordem constitucional.* (TAMG, 6ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 412.307-3, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, decisão em 25/03/2004).

Oportuna a exposição do ilustre Desembargador Alberto Vilas Boas no julgamento do Agravo de Instrumento nº 478.797-9:

> A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

Ainda, o Magistrado Federal, Welinton Militão dos Santos, titular da Vara Agrária Federal em Minas Gerais, em sentença proferida em 11/11/2004 nos autos nº 2004.38.00.038640-0, asseverou.:

> [...] No julgamento das ações possessórias, o magistrado há de verificar, primeiramente, se está devidamente comprovada a posse do requerente sobre a gleba supostamente "invadida". Isso só, contudo, não basta, data vênia. Imprescindível, pois, a comprovação de outros elementos, como, v.g., o adimplemento da função social da propriedade (art. 186, da C.R. de 05.10.88), a propósito do qual devem ser interpretados o art. 185, II da mesma Lei Fundamental e os art.s 924, 926, 928, todos do CPC.

Outrossim, sabido e notório que a prova a que se refere o art. 932 do Código de Processo Civil é a da posse e não da propriedade, visto que as ações possessórias fundamentam-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*, não há como se admitir a tutela liminar quando somente a propriedade restar, de plano, comprovada. A propósito, o tema foi objeto de conclusão do Encontro Nacional de Tribunais de Alçada realizado nesta capital em junho/1983, nos seguintes termos:

> Para a concessão de liminar nas possessórias não bastam documentos relativos ao domínio, assim como não são suficientes meras declarações de terceiros, desprovidas do crivo do contraditório.

Nessa linha tem sido o entendimento de diversos tribunais do país:

> A prova exclusiva do domínio não autoriza a concessão liminar de reintegração de posse, exigindo-se o processamento da justificação prévia do alegado. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

> É inadmissível a concessão de medida liminar inaudita altera pars, em processo de interdito proibitório, sem se promover audiência de justificação prévia da posse, louvando-se o magistrado a quo tão somente em prova documental de domínio. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, »Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

Por fim, à vista do exposto, conclui-se que o juiz a quo, ao conceder a liminar de interdito, nega vigência ao dispositivo constitucional (art. 186 da Carta Magna), ressaltando-se, ainda, que o equívoco e injustiça da decisão impugnada defluem, também, do fato de se tratar igualmente imóveis que atendem a sua função social e aqueles em relação aos quais seus proprietário se eximem de comprovar o cumprimento do preceito constitucional.

DOS PEDIDOS
Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que seja decretada a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, face à ausência de condição da ação (interesse processual) e impossibilidade do litisconsórcio ativo facultativo, via de conseqüência, declarando-se nula a decisão de fls. ... e, caso superadas tais questões de natureza processual, seja reformada a decisão por contrariar o direito material aplicável.
Advogado dos agravados:

Advogados dos requeridos:

Belo Horizonte, ...

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

2.6.5. Agravo de instrumento – Litisconsórcio facultativo/função social

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS
Comarca de Belo Horizonte/MG
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos de nº
Autores:
Réus:
Assunto: Agravo de Instrumento

> *A lei processual deseja mais do que uma simples solução técnica para os conflitos dessa ordem, pois, como assinalado por Artur Pinto Filho, não é razoável admitir que somente por meio de uma decisão interlocutória seja possível solucionar pacificamente o conflito de interesses* (Agravo de Instrumento nº 329.677-9 – Excerto do volto do Juiz Alberto Vilas Boas – TAMG)

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO contra a decisão de fls. -v., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Processo nº ...) proposta por ..... e Outros em face de ..... e Outros, acolheu, *inaudita altera pars*, o pleito liminar aviado pelos autores, concedendo o respectivo mandado de interdito proibitório.
Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.
Trata-se de Ação de Interdito Proibitório ajuizada por .... e outros em face de ..... e Outros trabalhadores rurais sem terra que se encontram acampados no imóvel pertencente ao Sr. ...., localizado no Município de ...., aduzindo, em apertada síntese, que são senhores e legítimos possuidores de imóveis rurais distintos situados na comarca de ...../MG, nas proximidades do acampamento no qual se encontram os requeridos. Afirmam que a presença de trabalhadores rurais sem terra nas proximidades de seus imóveis causa-lhes preocupação, intranqüilidade e insegurança, vez que, os requeridos cogitam invasões de terra em várias propriedades da região. Em face do exposto, pleiteiam, em sede de cognição judicial sumária e exauriente, a concessão do mandado proibitório, de modo a proibir que os requeridos ocupem as propriedades dos requerentes, sem anuência destes.
Acompanharam a inicial os documentos de fls....
Às fls....., foi acostada manifestação ministerial pugnando pelo indeferimento da petição inicial, tendo em vista que no caso vertido nesses autos não é cabível litisconsórcio ativo facultativo, tampouco seu desmembramento de ofício. Às fls..., foi acostado relatório de visita aos imóveis litigados. Manifestação ministerial à fl... ratificando o parecer de fls...
O MM. Juiz *a quo*, às fls....., ausente condição de ação (interesse processual), à vista da impossibilidade jurídica de litisconsórcio ativo facultativo e embora não comprovado o cumprimento da função social dos imóveis, concedeu a liminar encarecida.
Inconformado, O Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE
O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em ....., sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em .... (fl. ...), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em .....
Ademais, a título de registro, urge salientar que o prazo para o Ministério Público, atuando como parte ou como fiscal da lei, interpor o presente recurso conta-se em dobro (art. 188 do CPC) o que, no caso em tela, equivale a 20 (vinte) dias.
Corroborando, oportuna a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, fl. 392:
"9. Ministério Público. Quer atue como parte (CPC 81), quer como fiscal da lei (CPC 82), o MP tem sempre o prazo em dobro para recorrer. No mesmo sentido: RTJ 106/1036, 106/217)"

DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO

A decisão guerreada enseja grave lesão e de difícil reparação à ordem normativa e social, vez que, o primado da lei e a idéia de Justiça foram, de plano, rejeitadas pelo ilustre magistrado a quo. Assim, a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo torna-se medida indispensável à realização da JUSTIÇA.
Restará comprovado adiante que o magistrado de 1º grau, ao deferir a liminar, incorreu em error in procedendo vez que, não bastasse a ausência de condição de ação, nem mesmo por exegese e com fulcro no primado da economia processual, as pretensões postas em juízo viabilizam o litisconsórcio ativo facultativo, nos termos do art. 46 do Código de Processo Civil.
Ademais, o *periculum in mora* é visível, tendo em vista que o presente feito manifestamente tende à extinção sem julgamento de mérito, à vista da ausência de condição de ação e dos requisitos para a litigância em conjunto dos pretensos litisconsortes, o que impõe, até por uma questão de lógica jurídica, a suspensão dos efeitos da decisão objurgada, concedendo-se o necessário efeito suspensivo ao presente recurso.
Cumpre ainda destacar que a decisão guerreada é daquelas que a doutrina denomina satisfativa, embora seja em caráter liminar, de sorte que, no caso em apreço, ponderando-se os valores e princípios pertinentes, constata-se, à luz do primado da proporcionalidade, que o princípio da segurança jurídica e primazia da lei deve se sobrepor aos supostos direitos individuais dos proprietários dos imóveis, ao menos neste momento.
Até porque, mesmo que se fizessem presentes todas as condições da ação e fosse possível a litigância conjunta no caso em tela, a proteção possessória vindicada é por demais complexa, devendo ser resolvida em sede de cognição judicial exauriente e não sumária, como fez o ilustre juiz *a quo*.

PRELIMINARES
1- DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO - INTERESSE PROCESSUAL
Como bem exposto pelo órgão ministerial às fls. ..., tratando-se de litígio coletivo pela posse de terra rural, aos autores incumbiria demonstrar de modo individualizado que seus respectivos imóveis cumprem a função social nos termos constitucionais (art.s 5º, inciso XXIII e 186, ambos da Lei Maior). Ainda, considerando que esses autos versam sobre Interdito Proibitório, os requerentes deveriam demonstrar, cabalmente e de plano, os respectivos justos receios de turbação ou esbulho.
Isso porque, não basta a mera ilação ou o temor abstrato e não factível para configurar o justo receio, sendo fundamental, no plano da concretude, a comprovação de que a parte adversa praticou atos significativos que evidenciem a ameaça real, efetiva e inequívoca às ventiladas posses supostamente exercidas pelos demandantes sobre cada um dos imóveis isoladamente considerados.
Nessa linha, as lições doutrinária e jurisprudencial ora colacionadas:

> A ação de interdito proibitório, também conhecida como ação de força iminente, ou de preceito cominatório, exige para sua acolhida, que o autor comprove, além da posse, o justo receio de moléstia à posse, justo receio que não se confunde com simples receio, decorrente da palavra vã, escrita ou falada. A ameaça deve ser atual e manifestada através de fatos significativos. (Alexandre de Paula, CPC Anotado, 7ª Edição, Editora RT, página 3.639)

> Sendo o interdito proibitório medida preventiva de proteção possessória, indispensável, para sua concessão, a demonstração do justo receio, comprovando-se a prática de atos inequívocos por parte do réu, que ensejem previsão de perigo iminente de turbação ou esbulho. (Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível do extinto TAMG, apelação nº 103.587-6, Rel Juiz Isaltino Lisboa)

Entretanto, nesses autos nada há que comprove, de forma individualizada em relação a cada um dos imóveis, nos termos constitucionais e legais, o cumprimento da função social e a existência dos alegados justos receios, razão pela qual não se tem por demonstrada a adequação e a utilidade inerentes ao interesse processual que os autores alegam possuir em relação à via eleita, no caso, o Interdito Proibitório (art. 932 do CPC).
Em sendo assim, forçoso concluir que o juiz *a quo*, ao conceder a liminar, embora ausente condição de ação (interesse processual), incorreu em *error in procedendo*, estando, pois, eivada de nulidade a decisão objurgada, pelo que, assim deve ser declarada ao mesmo tempo em que decretada a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2- DA IMPOSSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO
Doutro lado, os requerentes em pretenso litisconsórcio ativo facultativo, distorcendo o primado da economia processual e, com fulcro, tão-só, nos respectivos títulos de domínio, compareceram em juízo pleiteando a tutela

possessória.
Ora, embora não se deva conferir extrema importância às formas, considerando que o processo não é um fim em si mesmo, mas meio de efetivação do direito material, no caso em tela, o que se percebe é um verdadeiro absurdo jurídico, uma negação total e irrestrita da lei, ocasionando tumulto processual sem igual, ao se permitir a existência de "litisconsórcio ativo facultativo" quando ausentes quaisquer das condições legais para sua constituição. Senão, vejamos: Diz o art. 46 do Código de Processo Civil:

> Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
> I. entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
> II. os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
> III. entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
> IV. ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.
> *Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão.*

Como se constata, a possibilidade da litigância em conjunto nos termos legais somente estará amparada quando verificadas quaisquer das situações acima elencadas. Nessas hipóteses, o litigante, embora isoladamente legitimado a pleitear a prestação jurisdicional, em consórcio com outros litigantes, deduz pretensões em juízo, caracterizando a pluralidade subjetiva da lide, ou seja, cumulação subjetiva de ações.
No que concerne às respectivas situações legais viabilizadoras do litisconsórcio ativo facultativo, importa salientar que essas devem, de plano, estar cabalmente comprovadas.
Pois bem. A comunhão de direitos e obrigações em relação a todos os litisconsortes evidencia-se em casos como a solidariedade e a co-propriedade, sendo, pois, determinada pelo próprio direito material. Nessas hipóteses, o ordenamento jurídico reclama solução uniforme para os co-titulares do direito, razão pela qual há possibilidade destes litigarem em conjunto.
Importa salientar que, certamente, o caso desses autos não caracteriza qualquer comunhão de direitos e obrigações, haja vista que são diversos imóveis e títulos de propriedade que, isoladamente, referem-se a cada um dos litisconsortes.
Por outro lado, não há como se cogitar que a presente lide funda-se no mesmo fato ou título jurídico, pois, no caso em tela, não há apenas um fato ou título jurídico, o que, evidentemente afasta, de plano, a conexão por inequívoca ausência dos requisitos insculpidos no art. 103 do CPC, notadamente quanto à causa de pedir remota (título jurídico) entre os pretensos litisconsortes.
Ademais, não houve demonstração de qualquer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito que pudesse permitir o intitulado litisconsórcio. Nesse contexto, está claro e evidente a impossibilidade de se admitir a presente demanda nos termos em que foi proposta, mesmo porque, pelas razões já expostas, não há como se possibilitar o desmembramento *ex officio* e conseqüente aproveitamento do pedido inicial.
Outrossim, no caso em exame, resta comprometida a própria administração da Justiça, vez que não há como sequer fixar, nos termos legais, valor da causa, custas processuais e demais emolumentos, vez que o feito refere-se a diversos imóveis, cujas situações são autônomas e plenamente distintas. Em sendo assim, forçoso concluir que o magistrado *a quo* concedeu a tutela liminar agindo em lamentável *error in procedendo*, vez que, a admissão do litisconsórcio nos moldes retratados na presente demanda não se pautou nos requisitos do art. 46 da Lei Adjetiva Civil, necessários à configuração desse instituto processual.
Destarte, não há como se negar a nulidade da decisão guerreada e, de pronto, proceder ao indeferimento da petição inicial, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos exatos termos dos art.s 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

MÉRITO
Da análise minuciosa dos autos, constata-se que os autores não comprovaram as posses dos imóveis descritos na inicial nos termos constitucionais (art. 186 da Carta Magna), fundamentando as pretensões postas em juízo em alegações de propriedade, o que, por sua vez, não é suficiente para a proteção em sede de Interdito Proibitório, pois, a posse tutelada nessa via procedimental funda-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*.
Ora, acompanham a exordial os instrumentos de mandato, escrituras de compra e venda, boletins de ocorrência, certidões das matrículas dos imóveis, declarações de produtor rural referente às fazendas ....., ..., ... (todos

alusivos ao ano de .....), uma nota fiscal referente à fazenda .... ano ..., cópia do contrato de comodato alusivo à fazenda ....., fichas de vacinação do IMA referentes às fazendas ..... e .....
Pois bem. Constata-se que não foram juntados aos autos os comprovantes de recolhimento dos Impostos Territoriais Rurais referentes aos imóveis, os respectivos CCIR que informariam se as citadas fazendas são ou não propriedades produtivas e tampouco documentos comprovando a inexistência de débitos tributários em relação aos imóveis.
Sendo assim, de início, impende registrar que a documentação apresentada, superficial, frágil e unilateral, não comprova o cumprimento da função sócio-econômica dos imóveis objetos da lide.
Ademais, oportuno salientar que, se efetivamente as citadas fazendas fossem produtivas, os postulantes certamente apresentariam notas fiscais alusivas ao comércio dos grãos e do leite, bem como referentes à compra de produtos para plantações, todas as fichas de vacinação do IMA atualizadas comprovando o número de cabeças de gado existentes nos respectivos imóveis, entre outros documentos.
Ainda, importa lembrar que nada há nos autos acerca dos empregados dos requerentes. Aqui, pertinente o seguinte questionamento: É possível a existência de propriedades produtivas, com plantações, produções de grãos e leite e criações de gado que não tenham empregados?
Ora, não há outra conclusão plausível senão a do descumprimento das funções sócio-econômica e trabalhista, pois, se assim não fosse, certamente os autores apresentariam não só os citados documentos que comprovariam o real aspecto econômico dos imóveis que alegam possuir, como também, as Carteiras de Trabalho e Previdência Social de seus trabalhadores e os respectivos comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias.
Doutro lado, analisando detalhadamente as certidões de matrículas apresentadas, constata-se a ausência de averbação da área referente a reserva legal em algumas das referidas matrículas, o que, diga-se de passagem, é exigível de toda e qualquer propriedade rural. Outrossim, importa salientar que mesmo nos imóveis em que foi averbada a reserva legal, os requerentes não comprovaram que efetivamente observam a legislação ambiental, em especial, quanto à conservação e manutenção dessas áreas.
Ademais, não há comprovação de que as áreas de preservação permanente estão sendo preservadas nos exatos moldes do ordenamento jurídico vigente. Nesse contexto, forçoso concluir que os postulantes não comprovaram o cumprimento da função sócio-ambiental dos respectivos imóveis.
Importa salientar que, considerando as extensões dos imóveis, pelo material fotográfico juntado aos autos (fls...) não há como dimensionar o aspecto produtivo e, nem mesmo, se os proprietários respeitam as disposições ambientais, tutelando, efetivamente, as áreas de proteção.
Nesse momento, de se registrar que somente a observância da integralidade do art. 186 da Carta Magna enseja a conclusão de cumprimento da função social em seus três aspectos. Assim, ausente a comprovação do aproveitamento racional e adequado do imóvel, da utilização correta dos recursos naturais e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições acerca das relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores, a negativa da tutela possessória é a medida adequada.
Nesse diapasão, à vista do que consta no processado, a única constatação plausível é que, ao menos nessa fase procedimental, os requerentes não comprovaram que os imóveis litigados cumprem a função social em seus aspectos econômico, trabalhista e ambiental e, sendo assim, conforme exposto, não há como se perquirir acerca da proteção possessória vindicada.
Não é outra a lição de Jaques Távora Afonsin, em Os Conflitos Possessórios e o Judiciário – Três reducionismos Processuais de Solução – In: **O Direito Agrário em Debate**, obra de Dresch da Silveira, Domingos Sávio e Xavier, Flávio Santánna (org), POA, 1998. p. 280:

> À função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida.

Também enfatizado por Fábio Konder Comparato:

> [...] o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas [...] Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e

> extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como desforço privado imediato (CC, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso [...] (Fernandes, Bernardo Mançano et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 145 e 146).

Corroborando, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira e Luiz Edson Fachin:

> Conforme já observamos, a Carta Magna atual garante o direito de propriedade, mas ao mesmo tempo, em seu art., apenas em alínea seguinte, impõe à propriedade o atendimento da sua função social, o que significa dizer que a propriedade constitucionalmente assegurada deve atender a sua função social. (art. 5º, XXIII).
> Assim, disse o legislador constituinte o que não se pode desconhecer, principalmente por tratar da propriedade imobiliária rural: que essa deva atender os requisitos da função social da propriedade, quais sejam: o aproveitamento adequado e racional, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores e dos proprietários.
> O capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira se refere à penalidade mais relevante decorrente do não cumprimento da função social: a desapropriação.
> Se o não cumprimento da função social se liga à perda indenizada da propriedade (art. 184 da CF), conclui-se que não há proteção constitucional à propriedade que não cumpre referida função social, logo é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional conferir proteção possessória ao titular de domínio que não cumpre a função social da propriedade. É o que diz Edson Fachin:
> O descumprimento da função social da propriedade não permite dar-lhe garantias outras que a Constituição não lhe defere. Logo, o modelo adotado pelo legislador constitucional de propriedade imobiliária rural protegida contra a perda indenizada, na modalidade do art. 184, é aquela que atende a todos os requisitos da função social, ficando de fora dessa moldura à propriedade que desatende um, alguns ou todos aqueles pressupostos.
> Isto posto, é defensável concluir que é inconguruente com a norma constitucional e a men legis deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional (Fernandes, Bernardo Mançano et al. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: RT, 2000, p. 123).

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO.
> -Não havendo o agravante comprovado tratar-se de imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;
> Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 827 do CPC. (TAMG, Agravo de Instrumento nº 468.384-9, 5ª Câmara Civil, Rel. Juíza Hilda Teixeira da Costa, decisão de 25/11/2004)
> AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA RURAL – ESBULHO – OCUPAÇÃO – FAMÍLIAS – CONDIÇÕES DO IMÓVEL – DESTINAÇÃO – FUNÇÃO SOCIAL – DIREITO CONSTITUCIONAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS – ART.S 926 E 927 DO CPC – REQUISITOS – COMPROVAÇÃO –PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> *[...]*
> *Com o advento da Constituição Federal de 1988, os art.s 926 e 927 do CPC não podem ser apreciados sem que seja considerada, também, a destinação social do imóvel.*
> *[...]*

> (TJMG, Apelação Cível nº 470.602-3, 16ª Câmara, Rel. Otávio de Abreu Portes, decisão em 18/05/2005)
> *EMENTA. PROCESSO CIVI. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.*
> *[...]*
> *A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.*
> ...
> (TAMG- Agravo de Instrumento nº 425.429-9, Relator Alberto Vilas Boas, decisão de 25/11/2003)
> [...]
> V.v.: Nas demandas possessórias referentes aos conflitos agrários necessário considerar o exame da produtividade e efetiva utilização do solo, ponderando os direitos inerentes à propriedade com as garantias constitucionais à vida, ao trabalho, à moradia, ao bem estar social, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, até mesmo o direito a um mínimo de propriedade privada, se sobrelevando, ainda, os objetivos consolidados como fundamentais da República, concernentes à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.
> Incumbe ao julgador, como intérprete da norma, adequar, em cada caso concreto, as disposições da lei infraconstitucional, material e processual, às exigências constitucionais. A interpretação sistemática constitucional da lei, em respeito ao dever social da propriedade determinado pelos art. 5º, inc. XIII e 186, da Constituição Federal, impõe ponderar o cumprimento desse dever na tutela jurídica do direito de propriedade e seus desdobramentos, dando efetividade à ordem constitucional. (TAMG, 6º Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 412.307-3, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, decisão em 25/03/2004).

Oportuna a exposição do ilustre Desembargador Alberto Vilas Boas no julgamento do Agravo de Instrumento nº 478.797-9:

> A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.

Ainda, o Magistrado Federal, Welinton Militão dos Santos, titular da Vara Agrária Federal em Minas Gerais, em sentença proferida em 11/11/2004 nos autos nº 2004.38.00.038640-0, asseverou.:

> [...] No julgamento das ações possessórias, o magistrado há de verificar, primeiramente, se está devidamente comprovada a posse do requerente sobre a gleba supostamente "invadida". Isso só, contudo, não basta, data vênia. Imprescindível, pois, a comprovação de outros elementos, como, v.g., o adimplemento da função social da propriedade (art. 186, da C.R. de 05.10.88), a propósito do qual devem ser interpretados o art. 185, II da mesma Lei Fundamental e os art.s 924, 926, 928, todos do CPC.

Outrossim, sabido e notório que a prova a que se refere o art. 932 do Código de Processo Civil é a da posse e não da propriedade, visto que as ações possessórias fundamentam-se no *ius possessionis* e não no *ius possidendi*, não há como se admitir a tutela liminar quando somente a propriedade restar, de plano, comprovada.
A propósito, o tema foi objeto de conclusão do Encontro Nacional de Tribunais de Alçada realizado nesta capital em junho/1983, nos seguintes termos:

> Para a concessão de liminar nas possessórias não bastam documentos relativos ao domínio, assim como não são suficientes meras declarações de terceiros, desprovidas do crivo do contraditório.

Nessa linha tem sido o entendimento de diversos tribunais do país:

> A prova exclusiva do domínio não autoriza a concessão liminar de reintegração de posse, exigindo-se o processamento da justificação prévia do alegado. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

> É inadmissível a concessão de medida liminar inaudita altera pars, em processo de interdito proibitório, sem se promover audiência de justificação prévia da posse, louvando-se o magistrado a quo tão somente em prova documental de domínio. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

Por fim, à vista do exposto, conclui-se que o juiz *a quo*, ao conceder a liminar de interdito, nega vigência ao dispositivo constitucional (art. 186 da Carta Magna), ressaltando-se, ainda, que o equívoco e injustiça da decisão impugnada defluem, também, do fato de se tratar igualmente imóveis que atendem a sua função social e aqueles em relação aos quais seus proprietário se eximem de comprovar o cumprimento do preceito constitucional.

DOS PEDIDOS
Ante o exposto, o Ministério Público requer o CONHECIMENTO do presente recurso, bem como a CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, e, ao final, o seu PROVIMENTO para que seja decretada a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, face à ausência de condição da ação (interesse processual) e impossibilidade do litisconsórcio ativo facultativo, via de conseqüência, declarando-se nula a decisão de fls. ... e, caso superadas tais questões de natureza processual, seja reformada a decisão por contrariar o direito material aplicável.
Advogado dos agravados:

Advogados dos requeridos:

Belo Horizonte, ...

Maria Alice Alvim Costa Teixeira
Promotora de Justiça

Luís Carlos Martins Costa
Promotor de Justiça

2.6.6. Agravo de instrumento – Deslocamento/Justiça Federal

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CONFLITOS AGRÁRIOS
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autos nº
Autores:
Réus:
Objeto do Conflito: Fazenda ..... (Comarca de .....)
Assunto: Agravo de Instrumento

"Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas" (Súmula 150, do STJ)
COLENDA CÂMARA,
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA,
O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atribuições na Promotoria de Justiça de Conflitos Agrários, com fundamento nos arts. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO contra a decisão de fls. ..., prolatada pelo MM. Juiz da Vara Agrária deste Estado que, em AÇÃO POSSESSÓRIA (Autos nº ....) proposta por ..... e Outros em face de ..... e Outros integrantes do movimento social, indeferiu a remessa dos autos à Justiça Federal.
Para tanto, em atendimento ao disposto no art. 525 do CPC, junta cópia de todo o processo na instância originária.
Trata-se de Ação de Reintegração de Posse ajuizada por ..... e Outros em face de ..... e Outros integrantes do movimento social, aduzindo, em síntese, que são proprietários e legítimos possuidores do imóvel denominado Fazenda ...., com área de ..... hectares, situado no município de ...../MG e que o referido imóvel foi ocupado por integrantes do movimento social em...., oportunidade em que destruíram parte das pastagens. Afirmam que o imóvel é produtivo e explora a criação de gado. Finalmente, postulam a concessão da tutela, inclusive em sede liminar, para que sejam reintegrados na posse da propriedade em questão (fls....). Juntaram os documentos de fls....
O Ministério Público opinou pelo indeferimento da liminar, diante da não comprovação da produtividade e do cumprimento da função social da propriedade (fls.....).
Realizada visita ao local dos fatos, o respectivo termo foi juntado às fls.....
Em audiência realizada em ...., acordou-se que os requeridos poderiam ocupar área de ..... hectares da fazenda, além de retirarem carvão de uma área contígua de ....hectares. Estabeleceu-se ainda que o INCRA apresentaria o laudo em .... dias (fls.).
Em....., realizou-se nova audiência de conciliação (fls....). Auto de visita e constatação juntado às fls...
Manifestação ministerial às fls....., opinando pelo indeferimento da liminar vindicada, vez que, ausentes comprovantes da posse alegada nos termos constitucionais.
Atento ao requerimento ministerial, o juízo indeferiu o pedido de desocupação imediata (fls..), tendo referida decisão sido objeto de Agravo de Instrumento (cópia juntada às fls....).
Às fls..., foi juntado Laudo Agronômico elaborado pelo INCRA, no qual a autarquia atestou que o imóvel litigado trata-se de grande propriedade improdutiva. As contestações foram apresentadas às fls.... e ..... e impugnadas às fls....
Após especificação de provas, o Juízo designou nova vistoria no imóvel e nova audiência de conciliação, na qual firmou-se novo acordo, permitindo que os requeridos ocupassem em comodato uma área de ..... hectares. Além disso, acordou-se que o presente processo ficaria suspenso até que fosse solucionada a questão da desapropriação, já estando em andamento processo administrativo.
Oitiva das testemunhas mediante carta precatória às fls.....
Às fls...., juntou-se cópia do acórdão proferido no Agravo de Instrumento interposto, tendo sido concedida a liminar de reintegração.
Designou-se nova visita à Fazenda ....., bem como nova audiência, que realizou-se em .... na comarca de .... (fls....). Na oportunidade, o Órgão Ministerial argumentou que o comodato estabelecido entre as partes litigantes é posterior à interposição do Agravo de Instrumento, devendo, portanto, prevalecer.
Às fls.., o INCRA informa a existência de decreto expropriatório da Fazenda .... (fls...) e requer sua admissão no feito como *Amicus Curiae*, pleiteando a imediata remessa dos autos à Justiça Federal, a fim de que esta examine a existência de interesse jurídico da referida Autarquia Federal.

Os autores reiteram pedido de cumprimento da decisão concessiva da liminar (fls...), o que foi negado pelo juízo *a quo*, ao entendimento de que, a fixação de um novo acordo posterior ao ajuizamento do recurso, torna-o prejudicado, pois a profunda alteração do substrato fático da demanda, importa na perda do próprio interesse recursal (fls....).
Apresentação de contestação por curador especial nomeado pelo juízo às fls....
Parecer ministerial opinando pela remessa dos autos à Justiça Federal, diante do interesse direto da União no feito, suficientemente demonstrado com a publicação do decreto expropriatório da Fazenda ..... (fls...).
Em decisão de fls....., o d. Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de remessa dos autos à Justiça Federal, entendendo não estar demonstrado o interesse processual do INCRA no presente feito.
Inconformado com a decisão que indeferiu a remessa dos autos à Justiça Federal, o Ministério Público, a tempo e modo, interpõe o presente recurso, cujas razões passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE
O recurso é próprio e tempestivo, vez que a decisão guerreada foi prolatada em ...., sendo certo, porém, que o processo somente foi recebido por esta Promotoria Especializada em ... (fls....), iniciando a contagem do prazo para sua interposição em .....

DA REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL
A análise dos autos demonstra que a decisão impugnada não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.
Primeiramente, devemos observar que o INCRA efetivamente manifestou-se nos autos de reintegração de posse, informando acerca da existência de decreto expropriatório relativo à Fazenda ...., que, sem dúvida, culminará em uma ação judicial de desapropriação na esfera federal.
O interesse do INCRA, e, por via de conseqüência, da União, está suficientemente demonstrado, sobretudo, diante da publicação do decreto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária da "Fazenda ...." (fls...), bem como através da manifestação aposta nos autos, em que a referida Autarquia Federal pleiteia sua participação como *amicus curiae* . Assim, demonstrado o interesse jurídico do INCRA no presente feito possessório, evidente a competência da Justiça Federal para apreciá-lo, conforme disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97.
Verificada a competência absoluta da Justiça Federal para julgamento dos presentes autos, está devidamente justificada a obrigatoriedade do deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, em virtude da intervenção no feito do INCRA, autarquia federal. Como cediço, a Justiça Federal é a competente para julgar processos envolvendo interesses jurídicos da União, suas autarquias ou empresas públicas (Enunciado 150 da Súmula do STJ e art. 109, inciso I, da Constituição Federal).
Além disso, a União já manifestou interesse concreto e efetivo no feito com a publicação do decreto presidencial expropriatório, de .....de ..... de ...., cuja cópia se encontra acostada às fls..., que declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel objeto do presente litígio.
No mesmo sentido, o disposto no art. 5º, da Lei nº 9.469/97:

> Art. 5º - A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.
> Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

In casu, a União demonstra efetivo interesse econômico no processo, objetivando adquirir a Fazenda ....., via iminente ação de desapropriação, com sua inclusão no programa de assentamentos de reforma agrária.
O fato do INCRA não ter peticionado formalmente nos autos, pleiteando sua admissão, configura mera irregularidade, pois, apresenta-se manifesto o interesse da autarquia federal na solução deste litígio, impondo-se a remessa dos autos à Justiça Federal.
No mesmo sentido, tem decidido este Egrégio Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – INTERESSE DA UNIÃO – JULGAMENTO AFETO À JUSTIÇA FEDERAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – PROCESSUAL CIVIL –

> INTELIGÊNCIA DO ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
> Por força do dispositivo constitucional (art. 109, I, CF/88), compete à Justiça Federal processar e julgar as causas em que a União figurar como interessada, sendo defeso ao juiz Estadual, manifestamente incompetente, manifestar-se no feito, devendo, de ofício, declinar da sua competência. (TJMG – Agravo de Instrum. Nº 1.0024.04.355637-2/002, rel. Des. Antônio Sérvulo, julg. 25/01/2006).
> COMPETÊNCIA – INTERESSE DE AUTARQUIA FEDERAL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – IBAMA – CONFINANTE – JUSTIÇA FEDERAL. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas (Súmula nº 150 do STJ). (TJMG – Agravo de Instrum. Nº 2.0000.00.498341-3/000, rel. Des. José Flávio de Almeida, julg. 14/09/05)

2.6.7. Ação civil pública – Criança e adolescente

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE..... – MG

> Na medida em que a sociedade brasileira praticar este Estatuto (da Criança e do Adolescente), estará superando a tentação do ter, do prazer e do poder para descobrir a dignidade da pessoa humana e a força do relacionamento fraterno que nasce da gratuidade do amor.(D. Luciano Mendes de Almeida – Bispo de Mariana/Minas Gerais)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, através do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de.....signatário, no uso de suas atribuições legais de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição federal, e arts. 201, inc. V, 208, parágrafo único, e 210, inc. I, todos do estatuto da Criança e do Adolecente, vem à presença de Vossa Excelência promover a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, para proteção judicial dos interesses individuais individuais indisponíveis das crianças e adolescentes residentes no acampamento do....., instalado na Fazenda ..., município de ...., em face do MUNICÍPIO DE , pessoa jurídica de direito público interno, representado pela pessoa do Prefeito Municipal, Sr. , que poderá ser citado pessoalmente na...., e do ESTADO DE MINAS GERAIS, pessoa jurídica de Direito Público interno, que poderá ser citado na pessoa de seu Procurador-Geral, Praça da Liberdade, s/nº, Belo Horizonte-MG, para que sejam obrigados a responsabilizar-se pelo transporte daquelas crianças e adolescentes, pelos motivos de fato e direito a seguir expostos:

DOS FATOS
Denota-se das peças informativas anexas que, no município de .....-MG, há uma ocupação de terras, desenvolvida pelo ....., instalada na Fazenda.....Tal ocupação encontra-se na zona rural, há cerca de.....Km. Da sede município de.....
Extraí-se que, dentre as diversas pessoas instaladas naquela ocupação, há..... adolescentes e crianças, em idade escolar.
Graças à ação do Conselho Tutelar do Município de....., em atenção à requisição do Ministério Público, tais crianças e adolescentes encontram-se devidamente matriculados o ensino público básico.
São eles:
1) ...
[...]
Lamentavelmente, apesar dos esforços encetados pelo Conselho Tutelar do Município de ....., não tem sido possível àquelas crianças e adolescentes a freqüência ao ensino público básico, em razão da não disponibilização do devido transporte escolar às mesmas.
Tal omissão estatal tem ferido de morte o direito constitucional e humanitário daquelas crianças e adolescentes ao acesso ao ensino público básico. *Data maxima venia*, o fato de residirem debaixo de pedaços de lonas não lhes afasta a titularidade de direitos consagrados pela nossa CARTA MAGNA de 1988, dentre eles o de acesso ao ensino público básico.
Da mesma forma, a alteração quanto a possível falta de recursos públicos não exime o poder público de suas obrigações, já que não são as necessidades de nossas crianças e adolescentes que devem adequar-se à estrutura do poder público, mas sim este que deve zelar pelo respeito aos preceitos legais previstos em nosso ordenamento.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROMOÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA
O art. 129, inc. III, da Constituição Federal, diz que compete ao Ministério Público, promover a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.
O art. 201, inc. V, da Lei n° 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispõe por sua vez que cabe ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência.
O art. 208, parágrafo único desta mesma lei, reza que além das hipóteses previstas no “caput” do art. é possível a proteção judicial para a defesa de outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da juventude protegidos pela Constituição.
Por fim, o art. 210, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que para as ações civis fundadas em

interesses coletivos ou difusos o Ministério Público tem legitimidade para a agir.
Portanto, o Ministério Público é parte legítima para propor a presente ação, seja por amparo Constitucional seja por amparo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
A competência para o julgamento desta ação civil pública é da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do art. 148, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe: "A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209."

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, DIFUSOS E COLETIVOS PRÓPRIOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA
Quanto à defesa dos interesses difusos e coletivos, em geral, por parte do Ministério Público, escreve o renomado e eminente Hugo Nigro Mazzilli que:

> [...] é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que é de aplicação subsidiária para outras normas de proteção a interesses difusos e coletivos (Leis nº 7.853/89, nº 7.913/89, nº 8.069/90, nº 8.078/90). Ademais, tendo a Lei nº 8.078/90 superado o veto originário que tinha sido imposto a dispositivos da Lei nº 7.347/85, alcança-se, agora, a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, bem como de qualquer outro interesse coletivo ou difuso.
> Alcança-se, pois, a proteção da criança e do adolescente, seja como destinatários de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja ainda, agora como obreiros, enquanto destinatários de adequadas condições ambientais do trabalho, seja, enfim, como consumidores efetivos ou potenciais. A defesa dos interesses da criança ou do adolescente consumidor, segundo o art. 81 do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), pode ser vista de vários aspectos: o interesse do consumidor por ser estritamente individual (um só comprador lesado), individual homogêneo (uma série de um produto produzido com defeito), coletivo (a inadequada prestação de ensino a escolares) ou difuso (como na propaganda enganosa).
> Difusos, pois, são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria de interesse público.
> Por sua vez, os interesses coletivos compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Em sentido lato, englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito), como, também, aqueles que o Código do Consumidor chamou de interesses individuais homogêneos. Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade.
> Assim, segundo o mesmo Código, coletivos são os interesses 'transindividuais de natureza indivisível de seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base' (art. 81, II).
> Inovando na terminologia legislativa, o Código mencionou, pois, os interesses individuais homogêneos (art. 81, III), 'assim entendidos os decorrentes de origem comum', que, como vimos, na verdade, não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato.
> Consideremos mais detidamente a situação da criança e do adolescente. Se, numa comunidade, apenas um adolescente não foi atendido num hospital ou não obteve vaga num estabelecimento de ensino, podemos falar em seu interesse individual, posto indisponível. Já, o interesse pode ser individual homogêneo, quando de vários menores tratados inadequadamente com uma vacina com prazo de validade vencido, p. ex., ou pode ser coletivo (em sentido estrito), quando de uma ação trabalhista coletiva contra o mesmo patrão, exigindo um pagamento devido a todos. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como as crianças destinatárias de propaganda enganosa ou inadequada, veiculada pela televisão, cf. arts. 220, § 3º e 221 da CF).
> A defesa de interesse de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo, como quando à questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público, ou quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico. Tratando-se, porém, de interesses coletivos ou difusos, sua defesa interessará sempre à coletividade como um todo.

Diz o Estatuto caber a iniciativa do Ministério Público para ação civil pública na área da Infância e da Juventude, ainda que para defesa de interesses individuais (art. 201, V, Livro II, Título VI, Capítulo VII). Em nosso entendimento, temos, aí, que considerar a defesa individual da criança e do adolescente, por meio de ação civil pública, apenas enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar a exigência do Estatuto com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da CF). Assim, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso da ação civil pública, para assegurar vaga em *escola, tanto para uma única* criança como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um como a diversos adolescentes privados de liberdade.
Enfim, a omissão do Município de ..... e do Estado de Minas Gerais em não proporcionar o devido transporte escolar das crianças e adolescentes retro mencionado, viola direito dos mesmos, direito este considerado indiscutivelmente como sendo indisponível e coletivo, ainda assim o Ministério Público teria legitimidade para agir, já que está legitimado até mesmo para defender o direito de uma pessoa com menos de dezoito anos de idade, reconhecidamente um ser em desenvolvimento, ainda que individual, é indisponível, nos termos dos arts. 201, V, e 208, parágrafo único, ambos do Estatuto da Criança e Adolescente.

DAS NORMAS E PRINCÍPIOS LEGAIS NÃO OBSERVADOS
Art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente:
“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”

O Estatuto da Criança e do Adolescente revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, inovando e adotando a Doutrina da Proteção Integral, prevista no art. 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo.
Ao abraçar esta doutrina, o Estatuto rechaçou a “Teoria do Direito Tutelar do Menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei nº 6.697/79), que considerava crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada em situação irregular.
A nova teoria, destarte, baseada na total proteção dos direitos infanto-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 20/10/1989, e o Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. nº 99.710/90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo nº 28/90).
Nessa linha, dispõe o art. 3º do Estatuto que:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Comentando este artigo, principalmente sobre as inovações introduzidas no Estatuto, que adquiriu “status” de Constituição da Criança e do Adolescente, escreve Paulo Vercelone, Presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores e de Família, que:

> Esta lei, ora comentada, tem o conteúdo e a forma de uma verdadeira Constituição, como adverte o título, que usa o termo “Estatuto”. Isto vale principalmente para as “disposições preliminares”, que abrem o caminho para o elenco dos direitos específicos e para a predisposição dos instrumentos legislativos necessários para sua atuação concreta.
> O art. 3º, onde começa o elenco dos direitos assegurados aos sujeitos indicados no art. 2º, aparece de fato como uma solene declaração de princípios, análoga a outras, contidas em Cartas Constitucionais e convenções internacionais (como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20/11/89).
> Trata-se da técnica legislativa usual quando se faz uma revolução, quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e coloca-se agora em primeiro plano na ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.

> As regras ali enunciadas colocam também algumas normas de caráter imediatamente preceptivo, isto é, às quais todos devem imediata obediência, pois são suficientemente precisas; mas têm importância decisiva também por seu aspecto programático, isto é, aquele que se refere às normas concretas para implementação do programa. De fato, a partir da entrada em vigor do Estatuto, todos os Poderes do Estado, os órgãos públicos da comunidade e em particular o »Poder Judiciário têm a obrigação de interpretar todas as normas, aquelas em vigor e as futuras, à luz daqueles princípios fundamentais, chegando a considerar implicitamente revogadas, embora na ausência de intervenções legislativas, as normas precedentes que entrem em contradição com aqueles princípios.

Sobre os princípios adotados pelo estatuto, explica o renomado autor

> Os princípios afirmados no art. são três: a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; b) eles têm direito, além disso, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.
> A primeira regra contém implicitamente a afirmação da plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos direitos fundamentais. O fato de estar física e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e do adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos da personalidade seja em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos.
> A segunda regra reforça a primeira, no sentido de que o legislador afirma a plena compatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a proteção integral. Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) e de outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.
> A terceira regra, análoga a outras das Constituições modernas (como o art. 3º., c.2, da Constituição Italiana), posto que liberdade e dignidade são os bens mais preciosos de toda pessoa humana, impõe à coletividade a eliminação de qualquer obstáculo que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeça o pleno desenvolvimento da pessoa humana.
> O quadro revolucionário está, portanto, completo.

O art. 4º, nesse mesmo diapasão, diz o seguinte:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O parágrafo único deste artigo determina que:

> A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Comentando este artigo, principalmente sobre a preferência e a prática de direitos, Dalmo de Abreu Dallari escreve o seguinte:

> O apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estarem numa fase em que se completa sua formação, correm maiores riscos. A par disso, é importante assinalar que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais.
>
> Essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, está legalmente obrigada a colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes. A prioridade aí prevista tem por objetivo prático, que é a concretização de direitos enumerados no próprio art. 4º do Estatuto, e que são os seguintes: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ainda comentando este artigo sobre a garantia da prioridade, escreve o eminente autor:

> Complementando as disposições constitucionais e as exigências do art. 4º do Estatuto, foi acrescentado a este um parágrafo, enumerando alguns dos procedimentos indispensáveis para a garantia de prioridade exigida pela Constituição. Essa enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de assegurá-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional.
> A primeira garantia da prioridade, entre as especificadas no parágrafo único do art. 4º, consiste na "primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias". Evidentemente, quando a lei fala em primazia, está supondo hipóteses em que poderá haver opção entre proteger ou ocorrer em primeiro lugar as crianças e adolescentes ou os adultos. Isso pode ocorrer, p. ex., numa situação de perigo como, também, nos casos de falta ou escassez de água, alimentos ou abrigo, ou então nas hipóteses de acidente ou calamidade. Em todos esses casos, e sempre que houver possibilidade de opção, as crianças e os adolescentes devem ser protegidos e socorridos em primeiro lugar.
> A segunda situação em que a lei expressamente determina que seja garantida a prioridade à criança e ao adolescente é aquela em que se deve da "precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública".
> Serviços públicos, de modo geral, são aqueles prestados diretamente pelos órgãos públicos ou por delegação destes. Se algum serviço for prestado simultaneamente e no mesmo local, a crianças ou adolescentes e também a adultos, os primeiros devem ser atendidos em primeiro lugar. Essa regra deve ser interpretada com bom senso, para que a garantia de precedência referida nesse dispositivo não se converta na afirmação de um privilégio absurdo e injustificável. Pode servir como exemplo a situação em que uma criança seja levada a um pronto-socorro, para ser tratada de um pequeno ferimento, lá chegando ao mesmo tempo em que chega um adulto em estado muito grave. Se houver apenas um médico no local, ninguém há de pretender que a criança receba a assistência em primeiro lugar.
> A precedência estabelecida em favor da criança e do adolescente tem como fundamentos sua menor resistência em relação aos adultos e suas reduzidas possibilidades numa competição para o recebimento de serviços. Por força da lei o próprio prestador dos serviços deve assegurar aquela precedência, não permitindo que um adulto egoísta e mal-educado procure prevalecer-se de sua superioridade física.
> Além de se referir à precedência no recebimento de serviços públicos, o Estatuto menciona também os de "relevância pública". Esse qualificativo foi usado expressamente na Constituição, no art. 197, em relação às ações e aos serviços de saúde, podendo também ser assim considerados, por extensão, os que forem prestados ao povo para atendimento de necessidades essenciais, mesmo que o prestador seja um particular. O conceito jurídico de relevância pública só ficará bem claro depois de trabalhado pela doutrina e sedimentado pela jurisprudência, mas pode ser desde já invocado com base no sentido corrente da expressão.
> A terceira precedência prevista expressamente no Estatuto é a atenção preferencial na formulação e na execução das políticas sociais públicas. Quem deve atender a essa exigência é, em primeiro lugar, o legislador, tanto o federal quanto o estadual e o municipal. Sendo todos competentes para legislar em

> matéria de saúde, podem fixar por meio de lei as linhas básicas dos respectivos sistemas de saúde, pois, embora a Constituição fale em "sistema único" de saúde, admite um setor público e outro privado, além de prever a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios. Em conseqüência, cada esfera política deverá ter sua legislação própria, obedecidas as disposições constitucionais quanto às competências.
> Tanto a formulação quanto a execução das políticas sociais públicas exigem uma ação regulamentadora e controladora por parte dos órgãos do Poder Executivo, a par da fixação de planos e da realização de serviços. No desempenho de todas essas atividades deverá ser, obrigatoriamente, dada precedência aos cuidados com a infância e a juventude. Será contrária à lei a decisão de não respeitar essa exigência, podendo, por isso, ter pedida sua anulação ou suspensão pelo Poder Judiciário, através de mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública, dependendo das circunstâncias. De acordo com as particularidades de cada caso, a ação poderá ser proposta por qualquer cidadão, por pessoa ou entidade diretamente interessada ou, ainda, pelo Ministério Público.

Por fim, comentando o parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a garantia de prioridade para crianças e adolescentes deve ser assegurada pela destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, o ilustre e festejado autor ensina que:

> Essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer o controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. A partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência. Assim, também, a tradicional desculpa de "falta de verba" para a criação e manutenção de serviços não poderá ser mais invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes. Os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.
> Aí estão as principais exigências que decorrem diretamente do art. 4º do Estatuto, com seu parágrafo único. Evidentemente, a lei não poderia prever todas as circunstâncias e descer a pormenores sobre cada uma delas. Mas a leitura atenta desses dispositivos fornece elementos suficientes para que se perceba seu espírito e sua abrangência. Em caso de dúvida sobre seu alcance, deverá ser feita a interpretação observando-se que se trata da afirmação e garantia de direitos fundamentais, razão pela qual cabe perfeitamente a aplicação por extensão ou analogia, nunca podendo ser admitida uma interpretação restritiva.

Em linhas gerais, a criança e o adolescente devem ser tratados com prioridade, têm preferência no atendimento, o poder público deve ter atenção preferencial na formulação e na execução das políticas sociais públicas, destinando de forma privilegiada os recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
Não bastasse tudo isto, ainda há normas constitucionais sendo violadas pelo Município e o Estado de Minas Gerais.
Vale a pena transcrever o art. 226, "caput", da Constituição Federal:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

DO TRANSPORTE ESCOLAR
A Constituição Federal determina que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, inclusive para aqueles que não o tiveram na idade própria (art. 208, inciso I, da CF). por outro lado, o inciso VII do mesmo art. determina que é dever do Estado o "o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde". O art. 212 da Carta Magna determina que os Estados e Municípios deverão aplicar vinde e cinco por cento, no mínimo, da receita

resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. Também a Lei nº 9.394/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, disciplina que:

> Art. 4°. O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
> I) ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não riveram acesso na idade própria;
> […]
> VIII – atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;
> Art. 5°. O acesso ao ensino fundamental é direito publico subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.
> Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: […]
> VIII – aquisição de matéria didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

E, para dirimir qualquer dúvida sobre a responsabilidade do Estado e do Município no que se refere ao dever de promover o transporte escolar, seja de forma compartilhada ou individual, a Lei n° 10.709/03, ao modificar os art.s 10 e 11 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (n° 9.374/96), determinou que:

> Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de: […]
> VII – assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.
> Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: […]
> VI – assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Insta salientar que, embora a Lei imponha tal obrigação ao Estado e ao Município, tal fato não exime este último de promover o transporte também dos alunos da rede estadual da zona rural e alguns da zona urbana, haja vista que um e outro ente federativo integram o conceito de poder público e Estado (aqui também compreendida a União) e, como tal, cabe-lhes, de forma conjunta ou não, garantir o direito constitucional à educação.
Neste particular, convém, em obediência à própria legislação em vigor, que Estado e Município haja de forma articulada e mediante mútua colaboração para garantir o direito à educação, tanto o ensino fundamental como o médio (art. 211 da Constituição Federal), ate porque, em se tratando de ensino fundamental, os dois entes estão obrigados a fornecê-lo, conforme determina o art. 10, inciso VI e art. 11, inciso V, da Lei nº 9.394/96.
Também o art. 208 da Constituição Federal não deixa dúvidas quando ao dever do Estado (nas três esferas de governo), garantir o direito à educação. E, se assim é, o fato de a Lei n°10.709/03, ter distribuído as obrigações no que tange ao transporte, não isenta o Município de ……..de efetivá-lo em relação aos alunos da rede estadual da zona rural e urbana, pelo menos até que o governo estadual assuma tal responsabilidade, de forma exclusiva. Isso porque, seja em face da Constituição Federal, seja em face da legislação infraconstitucional, tem-se como incontroverso que os atributos da absoluta prioridade e indisponibilidade conferem o direito à educação preponderância sobre quaisquer outros que não se revestem dos mesmo predicados, como, por exemplo, os interesses meramente financeiros ou políticos de um ente público.
O próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando da consulta n° 485041/98 7, formulada por Prefeito Municipal que indagara “qual o procedimento no que pertine às despesas com transporte de alunos da municipalidade para as escolas estaduais”, eis que a “ dificuldade reside no fato de que é o Estado ficado a cargo do Município”, externou voto de Conselheiro Fued Dib, acolhido por unanimidade, no sentido de que *“tem o Município o dever precípuo de realizar prioritariamente as despesas com o transporte escolar necessário ao ensino fundamental e, ainda, à educação infantil em creches e pré-escolas, incluídas a de educação especial, pois estão dentro de sua área de competência.”*
Conforme já ressaltado, o Estado e o Município vêm se omitindo em relação ao cumprimento de seu dever, em relação às crianças e adolescentes retro mencionados.
Ainda neste sentido, a Lei Orgânica do Município de ……estipula, em se art. 237, que a educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, possui, como um de seus objetivos

básicos, o atendimento ao educando no ensino fundamental através de programas suplementares, abrangendo, entre outras garantias, o transporte escolar.
A obrigatoriedade de transporte escolar gratuito aos alunos que cursam o ensino fundamental é evidente. Decorre da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Lei Orgânica do Município. O ensino fundamental é gratuito e obrigatório. O acesso à escola deverá ser pleno, abrangendo, portanto, o transporte escolar. O Município está obrigado a utilizar vinde e cinco por cento de sua receita, no mínimo, para a manutenção e desenvolvimento do ensino.
Por outro lado, o art. 53, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente determina, como direito fundamental da criança e do adolescente, o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
Ainda neste sentido, justifica-se a presente ação por ser a evasão escolar um dos graves problemas do sistema educacional, principalmente na zona rural.
Assim, a demora e a indecisão do poder público, por outro lado, agrava tal problema, afastando os alunos da rede escolar e dificultando o acesso a educação.

Da Tutela Antecipada
De acordo com o preceituado no art. 273 do Código de Processo Civil,

> O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que: existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano ou de difícil reparação.

No caso vertente, os requisitos da verossimilhança da alegação e prova inequívoca defluem de forma clara e indiscutível dos docs. anexos, inclusive ofício do Conselho Tutelar de ...., dando conta de que..... crianças e adolescentes, apesar de matriculados no ensino público básico, não estão tendo assegurado o acesso à educação em razão da recusa do poder público em propiciar-lhes o devido transporte escolar.
O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação advém da persistência do poder público em omitir-se em sua obrigação, afastando crianças e adolescentes da escola, expondo-as ao abandono intelectual.
Ainda, conforme previsão legal contida no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente e Art. 12 da Lei n° 7.347/85, pode o juiz, sendo relevante os fundamentos da demanda, presentes os demais requisitos, conceder o provimento de urgência pleiteado *initio litis*.
Assim, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer-se:

LIMINARMENTE:
a) seja imposta a obrigação de fazer, determinando ao município de ……que, no prazo máximo de 72 horas, implemente e custeie, durante o período letivo, o devido transporte escolar dos alunos retro mencionados, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas (estadual e municipal) onde se encontram matriculados no ensino público básico, sob pena de multa diária no importe de R$ 10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de …….

O PEDIDO FINAL
Ao final, requer-se a total procedência do pedido para que:
a)seja imposta definitivamente a obrigação de fazer, determinando-se ao Município de ….que promova e custeie, durante o período letivo, o devido transporte escolar das crianças e adolescentes retro mencionados, matriculados na rede pública de ensino municipal, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas onde se encontram matriculados no ensino público básico, enquanto residirem no município de …… e encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública municipal, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de ……
b) seja imposta a obrigação de fazer, determinando-se ao Município de ….. que promova e custeie, até que ocorra a implementação do transporte escolar pelo poder público do Estado de Minas Gerais, durante o período letivo, o devido transporte escolar dos alunos retro mencionados, que se encontra matriculados na rede pública de ensino estadual, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde que a distância seja superior a 02 Km.) até as escolas públicas onde se encontram matriculados no ensino público básico, enquanto residirem no município de ……e

encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de .....
c) Seja imposta definitivamente a obrigação de fazer, determinando-se ao Estado de Minas Gerais que promova e custeie o transporte escolar, dos adolescentes retro mencionados que se encontram matriculados na rede pública estadual de ensino, no trajeto de ida e volta, do local onde residem atualmente ou venham a residir futuramente no município (no segundo caso, desde que a distância seja superior a dois Km.) até a escola pública onde se encontram matriculados, enquanto residirem no município de .....e encontrarem-se matriculados na rede de ensino pública estadual, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Defesa da Criança e do Adolescente do município de .....
Das provas. Pretende-se provar o alegado através de todos os meios de provas em direito admitidos, como depoimento pessoal da parte, juntada de documentos, prova testemunhal, pericial etc... Requerendo, ainda, desde já, seja requisitada ao Sr. Prefeito Municipal de....., cópia de eventuais convênios firmados com o Estado de Minas Gerais, através da Secretaria Estadual de Educação, em vigência durante o ano de 2004, que refiram-se ao transporte escolar de alunos da rede pública estadual.
Da citação. Requer-se a citação dos requeridos para, querendo, apresentarem defesa que tiver, no prazo legal, sob pena de revelia e confissão. Valor da causa. Dá-se à causa o valor de R$ 10.000,00.
Requer-se, ao final, a condenação dos requeridos em despesas processuais e honorários advocatícios, em favor do Estado de Minas Gerais.
P. deferimento.

data

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça

2.6.8. Arquivamento – Atipicidade – Conduta de ocupação de imóvel rural

Comarca:
Pedido de Arquivamento
Autos nº.....
Indiciados.....
Meritíssimo Juiz de Direito,

> Pois fui sempre lavrador, lavrador de terra má; não há espécie de terra que eu não possa cultivar. – Isso aqui de nada adianta, pouco existe o que lavrar; mas diga-me, retirante, que mais fazia por lá? – Também lá na minha terra de terra mesmo pouco há; mas até a calva da pedra sinto-me capaz de arar. – Também de pouco adianta, nem pedra há aqui que amassar; diga-me ainda, compadre, que mais fazia por lá?(Morte e Vida Severina – João Cabral de Melo Neto.)

Súmula:. Inquérito Policial. Ocorrência de possíveis Crimes de Dano e Formação de Quadrilha. Ocupação da Fazenda ....., de domínio da empresa ..... –Desdobramento do fato primevo ocorrido em..... Participação de mais de 60 (sessenta) membros da militância social ligada à terra. Possível crime da espécie multitudinária. Abate de 06 (seis) cabeças de gado da raça nelore. Avaliação indireta das ocorrências no patamar de R$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais). Não-conformação da tipicidade em talante material e conglobante. Precedentes da moderna doutrina de Direito Penal. Direito da Livre Manifestação do pensamento assegurados constitucionalmente. Adágio da concretização do secular primado da existência condigna. Preclara e irretorquível atipicidade das condutas analisadas. Arquivamento do Inquérito Policial que se impõe, como meio salutar de preservação da dignidade da pessoa humana e consecução dos direitos e garantias constitucionais de estirpe fundamentais.

I - RELATÓRIO
Versam os presentes autos sobre Inquérito Policial, registrado sob o número....., a fim de ser apuradas as condutas possivelmente delitivas epigrafadas no art. 163 e art. 288, todos do Código Penal Brasileiro, possivelmente deflagradas contra o patrimônio da empresa....., via da ocupação do prédio rústico da Fazenda .....por inúmeros militantes e líderes do MST – Movimento dos Sem Terra – ligados a circunscrição geográfica de .....
Via dos depoimentos inquisitoriais de fls. ..... (tomados via precatória policial na Delegacia de Polícia Civil de ....), pode-se aquilatar o ânimo subjetivo dos dirigentes e membros da agremiação social, no talante de ver cumprido e efetivado os interesses do grupo, assegurados constitucionalmente, no entanto, sem indicar os responsáveis pela eclosão dos fatos.
Em todos os depoimentos colhidos, por intermédio da peça informativa, não há individualização das condutas apontadas como criminosas tampouco a indicação precisa/individualizada dos possíveis autores.
Destaca-se que a desocupação do recinto pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais ocorreu pacificamente.
Portaria Inaugural de fl. ....; Boletim de Ocorrência de fls. ....; Termos de Declarações de Testemunhas de fl. ..... e fls....; Carta Precatória de fls. 36/41; Termo de Declarações de Investigado de fls....-verso; Auto de Constatação de Dano de fl. ....; Anexo Fotográfico de fls. ...; Auto de Desocupação de fl. ....; Auto de Avaliação Indireta de Danos de fl. .... e Relatório de fls..
Ao aviso conclusivo da i. Autoridade Policial houve os crimes adscritos, em decorrência da certeza da autoria e da materialidade delitivas, restando indiciados os nacionais.....
Vieram os autos com vistas ao Ministério Público, conforme despacho de fls...
É o relato do essencial. Manifesta-se.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS
Prefacialmente, insta destacar que as condutas *sub examine* não estão a desafiar os consectários gravosos de ordem repressiva em função da correta exegese das ocorrências atribuídas aos membros e lideranças dos Movimentos Sociais ligados à terra.
Nesse turno, depreende-se do acervo apuratório que diversas pessoas – entre as quais parcelas significativas de lavradores e excluídos campesinos – ocuparam o prédio rústico da Fazenda....., de domínio da ....., no talante de ver processada, cumprida e efetivada os lídimos direitos de órbita constitucional visando o regresso de todos à terra.
Por esse viés, não se tem orquestrada a tipicidade penal em sentido conglobante e material. Vale dizer, em

outras palavras, que para a configuração da conduta-padrão-típica não basta a simples tipicidade formal, ao revés, as condutas analisadas devem efetivamente romper e lesionar os bens jurídicos de relevância penal.
Acrescente-se que o direito penal – *ultima ratio* no ordenamento jurídico para a tutela dos interesses primordiais da sociedade – deve se ater às questões de pertinência e que ultrapassem os liames do razoável e do tolerável, em um juízo racional de adequação entre os fatos concretos e as finalidade reitoras do ordenamento posto, interpretados a partir da tratativa constitucional da matéria repressiva, de sorte a não ser penalizada as ações individuais ou coletivas viabilizadoras dos direitos e garantias fundamentais, fomentadas por ramos múltiplos da ciência jurídica.
Tanto que o escólio do mestre Zaffaroni é preclaro a respeito da tipicidade conglobante na órbita da seleção de condutas penalmente relevantes, *verbis*:

> a lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito penal ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o oficial de justiça e, no entanto, quando penetramos na norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, PORQUE A PRÓPRIA ORDEM NORMATIVA A ORDENA E A INCENTIVA. (E. R. Zaffaroni; J. Henrique Pierangeli. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 458.)

Ora, é preciso alinhavar que na hipótese dos autos os princípios e os direitos fundamentais estavam sendo postergados pelo poder público ao se omitir diante da ausência de uma política fundiária justa, célere e efetiva.
Assim, *concessa venia* aos que labutam em sentido contrário, não haveria na espécie como colher as mais legítimas prerrogativas da reivindicação popular, que possui estatura constitucional extraída da liberdade de expressão e do pensamento, a teor do disposto no art. 5°, inciso XXXIV, da Constituição Federal de 1988.
Dessa feita, a tipicidade conglobante assume posição de envergadura na consecução dos objetivos do direito penal, afastando as ações individuais e coletivas que estão em conformidade com a ordem jurídica global, especialmente, quando estão em xeque os direitos e garantias de jaez fundamentais.
Nesse sentido, de compatibilização entre os diversos segmentos do ordenamento jurídico no contexto do Direito Penal, são as lições do festejado Professor Greco, laureado integrante do Parquet Mineiro, de pertinência ao tema *sub occullis, in fine*:

> Nesse sentido são as lições de Bobbio, quando assevera que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele 'normas incompatíveis'. Aqui, 'sistema' equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isto é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm certo relacionamento entre si, esse relacionamento é relacionamento da COMPATIBILIDADE, que implica na exclusão da INCOMPATIBILIDADE. Portanto, a ANTINOMIA existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico. [...]. Para concluir-se pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. [...]. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem jurídico no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. Concluindo, para que se possa falar em TIPICIDADE PENAL é preciso haver a fusão da tipicidade formal ou legal com a TIPICIDADE CONGLOBANTE (que é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material). SÓ ASSIM O FATO PODERÁ SER CONSIDERADO PENALMENTE TÍPICO. (Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2003. p. 174/175.)

Ainda é preciso sobrelevar que a concentração dos militantes visava tão-somente a concretude de um projeto existencial para lhes assegurar a sobrevivência condigna.
Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, convém realçar que o mesmo está dotado dos atributos inatos da dignidade, da liberdade e da igualdade, segundo o hígido comentário da doutrina de escol prefaciada por Barroso, *verbis*:

> [...] o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de INTEGRIDADE MORAL a ser assegurados a todas as pessoas por sua existência no mundo. É um RESPEITO À CRIAÇÃO, independentemente da crença que se professe quanto À SUA ORIGEM. A dignidade relaciona-se tanto com

> a liberdade e valores do espírito como com as CONDIÇÕES MATERIAIS DE SUBSISTÊNCIA. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a LUTA por sua AFIRMAÇÃO como o símbolo de um novo TEMPO. Ele representa a superação da INTOLERÂNCIA, da DISCRIMINAÇÃO, da EXCLUSÃO SOCIAL, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o DIFERENTE, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (Luiz Roberto Barroso, Fundamento Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, p. 67, PIP, n° 11, set./2001.)

Com arrime em tais explanações, de pertinência ao caso *sub examine*, averbe-se que o próprio Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem proclamado a prevalência da Dignidade da Pessoa Humana para afastar ou ampliar a incidência de preceitos legais, de sorte a compulsar o arcabouço de matiz constitucional que tutela os direitos personalíssimos e sociais de essência ao ser humano. (Vide o Acórdão do Agravo de Instrumento de n° 1.0000.00.315607-2/000, Relator Desembargador Célio César Paduani, julgado em 26/08/2003, referente as questões do direito à moradia e a reintegração de posse pelo Poder Público).
À vista disso, impende ressaltar que a compreensão do caso em tela deságua na corrente e marcante exclusão social, em que não são permitidas as mudanças dos paradigmas vigentes, baseados em uma sociedade em que é predominante a concentração agrária e a mercantilização e exteriorização do alcunhado "agronegócio" em detrimento dos potenciais humanos locais.
Nesta ordem de idéias, é precioso colacionar a mais preclara doutrina jurídica sobre o tema ora enfrentado, que retrata a realidade dos autos,*in fine*:

> A enumeração dos objetivos constitucionais em nossa Carta, sem dúvida, reflete a REALIDADE BRASILEIRA, composta dos problemas de um país continental, com população multirracial, condições culturais, econômicas e sociais diversificadas, qualidade de vida e horizontes de OPORTUNIDADES afirmados em extremos OPOSTOS, variando entre a 'denominação', pela plena fruição de vantagens da 'inclusão', e a 'exclusão', pela AUSÊNCIA DE ATENÇÕES À SUA PRÓPRIA EXISTÊNCIA. Os 'objetivos' consignados no discurso constitucional, por isto mesmo, funcionam, a um só tempo, como registro da realidade e como documento denunciador do habitual desencontro entre os direitos assegurados ao 'povo' integrado no texto constitucional, à 'população', por um lado, e, por outro, a ação dos PODERES DA REPÚBLICA, a quem incumbe OBJETIVÁ-LOS. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. ***Democracia e Exclusão Social*** *– Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed, p 489/490,Malheiros, São Paulo: 2003*.)

Segundo o exposto, cabe aos Poderes da República objetivar e efetivar os direitos assegurados na Carta Política, exsurgindo a importância de uma jurisdição constitucional difusa que possa permear os valores buscados para o enaltecimento e primazia do ser humano, enquanto digno em seus aspectos existenciais.
Tanto que as lições de Moraes, ao citar diversos autores alienígenas, encampam na dicção de uma jurisdição constitucional que possa compulsar o núcleo fundamental dos direitos assegurados no talante mor da ordem jurídica em detrimento das legislações e entendimentos representativos de interesses dirigidos e corporativos, senão observe:

> Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa de uma POLÍTICA preocupada com DIREITOS. Consequentemente, a regra da maioria, só se legitima se na prática respeita os direitos da minoria. [....]. Observe-se que a JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção do Estado de Direito e aos DIREITOS FUNDAMENTAIS, pois como recorda Jorge Miranda, 'o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo ESSENCIAL DAQUELES DIREITOS, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer POLÍTICA sobre sua modulação. (Alexandre de Moraes, Legitimidade da Justiça Constitucional – **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo** – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho coordenados por Ives Gandra da Silva Martins, p. 562, São Paulo: América Jurídica, 2002.)

Dessa feita, é sabido e ressabido que não resta censurada a atitude cívica, singular ou coletiva, visando angariar a efetivação de direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.
Seria desarrazoado uma interpretação canhestra e repressiva contra os desiguais, vítimas de um sistema constitucional programático e inoperante para a tutela dos valores fundamentais do ser humano.

Acrescente-se que na espécie debatida o que se pretendia era conferir utilidade e agregar valores estruturais ao impulso do movimento social, soerguendo os direitos fundamentais e individuais, de assento constitucional. Corroborando as premissas já fixadas, curial destacar o pensamento de Luigi Ferrajoli, sobre os direitos fundamentais, esposado em seu Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal -, aproveitado a espécie dos autos, mormente para salientar a importância dos postulados declinados, ultrapassando a simples esfera de garantias para se tornar um instrumento de arrefecimento do próprio juízo acusatório em situações especiais, como corolário de uma atuação ministerial constitucional, concretizando valores de igualdade em sentido material,*in verbis*:

> Podemos, neste ponto, redefinir os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja GARANTIA é necessária a satisfazer o VALOR DAS PESSOAS e a realizar-lhes a IGUALDADE. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a 'TODOS' em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta IGUALDADE e, ao mesmo tempo, este seu nexo com os valores da PESSOA HUMANA que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da TOLERÂNCIA e as suas violações com a esfera do INTOLERÁVEL. (Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Pena. 1 ed. São Paulo:RT, 2002. p. 727. Tradução de Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e outros.)

De outra banda, ultrapassada as matérias indisponíveis antepostas, não é crível que possa ser presumido o vínculo subjetivo entre as diversas condutas dos integrantes do Movimento Social, se não há provas no Inquérito Policial da atividade individual de cada participante, a permitir a análise escorreita do ânimo dirigido à obtenção dos resultados finalísticos e específicos e a própria estabilidade do liame psicológico.
O possível crime multitudinário poderia ensejar, aos arrepios do Direito Penal do Fato, uma responsabilidade objetiva, de odiosa consequências em face dos direitos individuais fundamentais.

III - CONCLUSÃO
EX POSITIS, requer o Ministério Público DO ESTADO DE MINAS GERAIS o arquivamento do Inquérito Policial registrado sob o número ....., que indiciava os cidadãos....., com fundamento na atipicidade da conduta, segundo os fundamentos retromencionados, o que faz com base no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, interpretado a *contrario sensu*.

....., aos ..... de ..... de .....

Athaide Francisco Peres Oliveira
Promotor de Justiça

2.7. Jurisprudência

Cíveis:

Intervenção do Ministério Público

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.
- Não se conhece de preliminar de carência de ação quando o tema envolve-se com o mérito da liminar, concedida em ação possessória.
- A intervenção prévia do Ministério Público nas ações que revelam o conflito agrário é indispensável, mesmo antes de ser examinado o pedido de liminar em ação de reintegração de posse.
- A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.
- Preliminares não conhecidas e agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 425.429-9 –Relator Alberto Vilas Boas – 2ª Câmara Cível/TAMG – 25/11/2003)

A MEU VER, DE ACORDO COM O ART. 82, III, DO CPC, É IMPRESCINDÍVEL A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PRESENTE FEITO, POR ENVOLVER QUESTÃO DE EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO, NÃO SÓ PELO FATO DE VÁRIAS PESSOAS, FAMÍLIAS INCLUSIVE, ESTAREM, SUPOSTAMENTE, AMEAÇANDO O DIREITO À MORADIA E À PROPRIEDADE, BEM COMO O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DE TAL INSTITUTO, MAS, TAMBÉM, EM VIRTUDE DA SÉRIA POSSIBILIDADE DE QUE, DE TAL INVASÃO, POSSAM DECORRER SÉRIOS CONFLITOS, INCLUSIVE COM AMEAÇA À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICAS DAS PARTES, CONFORME VEM OCORRENDO, FREQÜENTEMENTE, PELO BRASIL AFORA E TEM SIDO NOTICIADO PELA IMPRENSA. ASSIM, A FALTA DE INTERVENÇÃO DO PARQUET PODERIA LEVAR À NULIDADE PROCESSUAL, NÃO PODENDO SER DEFERIDA A LIMINAR PLEITEADA, ANTES QUE O REPRESENTANTE DA ENTIDADE SE MANIFESTE [...] (Excertos da decisão prolatada pelo i. Desembargador Marine da Cunha – Agravo de Instrumento nº 421.175-0)
A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NA AÇÃO COMO 'CUSTOS LEGIS' IMPORTA A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DESDE A AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA À REVELIA DO 'PARQUET', A TEOR DO DISPOSTO NOS ARTS. 84 E 246 DO CPC [...] (Apelação Cível nº 426.670-0 – TAMG – 19/05/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – MATÉRIA – LITÍGIO COLETIVO PELA POSSE DE TERRAS RURAIS – LEGITIMIDADE DO MP – COMPETÊNCIA – VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS – Por força da nova redação do art. 82, inciso III, do CPC, dada pela Lei nº 9.415/96, o Ministério Público tem legitimidade ativa para intervir nos feitos de conflitos agrários. As ações envolvendo conflitos agrários deverão ser propostas perante o Juízo da Vara de Conflitos Agrários, com sede na Capital. V.V. – Não se encontra caracterizado, nos autos, o caráter coletivo e transindividual da invasão da propriedade rural promovida pelos réus, hábil a deslocar a competência da presente ação para a Vara de Conflitos Agrários. (Agravo de Instrumento nº 1.0556.09.018240-4/001 – Desembargador-Relator Lucas Pereira – 17ª Câmara Cível/TJMG – 12/11/2009).

Audiência de Justificação-Necessidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. APRECIAÇÃO DIFERIDA PARA APÓS A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. NÃO CONHECIMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. O ato do juiz que difere a apreciação do pedido de liminar, para depois da realização da audiência de justificação, constitui despacho de mero expediente, não tendo conteúdo decisório, sendo, portanto, irrecorrível, nos termos do disposto no art. 504 do CPC. Na direção do processo e na esteira da prerrogativa conferida pelo art. 130 do Digesto Processual Civil, nada obsta ao juiz determinar a juntada de documentos que entende necessários à formação de seu juízo de convencimento, acerca da matéria posta à sua apreciação, mormente em face do nítido cunho social de que ela se reveste. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.121789-9/001 – Desembargador Relator Tarcísio Martins Costa – 9ª Câmara Cível/TJMG – 27/11/2007)

Competência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - COMPETÊNCIA DA VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS - RESOLUÇÃO N.º 398/2002
- Para a fixação da competência da vara especializada, mister, de início, definir - tarefa não muito fácil - o que seja "litígio coletivo pela posse da terra rural", não se podendo afastar do conceito, ao meu ver, a idéia de reforma agrária promovida por um grupo organizado e, muitas vezes, indeterminado de pessoas, unidas por um interesse comum a todos e não meramente particular de cada um.
- Presentes, pois, os pressupostos do art. 1º, da Resolução n.º 398/2002, competente é a Vara de Conflitos Agrários. (Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.498488-1/000(1) – Desembargador Relator Batista de Abreu – 16ª Câmara Cível/TJMG – 23/11/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVASÃO DE TERRA PELO MST. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL LEVANTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO DO INCRA COMO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DECLINADA. Se o INCRA se manifesta no processo de reintegração de posse, ligado ao MST, como amicus curiae, e o Ministério Público intervém no feito apontando incompetência da Justiça Comum, impõe-se o acolhimento da preliminar, declinando-se da competência para a Justiça Federal. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.785685-8/003(1) – Relator Luciano Pinto – 17ª Câmara Cível/TJMG – 27/04/2006).

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSESSÓRIA AJUIZADA PELA UNIÃO ENVOLVENDO O MESMO IMÓVEL - APLICAÇÃO DA REGRA DE COMPETÊNCIA DO ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DESLOCAMENTO PARA JUSTIÇA FEDERAL.
- Existindo ação possessória versando sobre o mesmo imóvel, aforada pela União, pouca importa que INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal, regularmente intimada, tenha ou não se manifestado nos autos, pois é irrecusável a aplicação da regra constitucional de competência (art. 109, I da Constituição da República), resultante do notório interesse da União, a justificar a justificar o julgamento pelo foro privilegiado. (Apelação Cível nº 2.0000.00.471871-2/000 – Desembargador Relator Tarcício Martins Costa – 9ª Câmara Cível /TJMG – 31/01/2006).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DESAPROPRIAÇÃO - INCRA - IMISSÃO NA POSSE - COMPETÊNCIA DECLINADA AO TRF - ART. 109, I, DA CF.
- Comprovado o ajuizamento de ação de desapropriação pelo INCRA, tendo por objeto o mesmo imóvel, cuja reintegração de posse é requerida pelo proprietário, verifica-se a competência do e. TRF, em face do evidente interesse da União Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.
- Competência declinada para o TRF da 1ª Região. (Apelação Cível Nº 2.0000.00.491710-0/000 – Desembargadora Relatora Evangelina Castilho Duarte – 10ª Câmara Cível/TJMG – 22/11/2005)

- Como decorrência do art. 2º da Lei nº 8.197, de 27.6.91, e, posteriormente, do art. 5º, da Lei nº 9.469, de 10.7.97, uma vez ajuizada ação expropriatória perante a Justiça Federal, na qual figure como autora ou ré concessionária de serviço público de energia elétrica, a competência para apreciação e julgamento será deslocada para a Justiça Estadual, desde que a União manifeste seu desinteresse na causa. Tendo a União manifestado expressamente seu desinteresse na demanda, cessa a competência da Justiça Federal, na medida em que não se pode obrigar referido ente público a permanecer na lide, seja qual for a condição. (TRF – 3ª Região – Ac. Da 5ª Turma, publ. Em 13/11/2007 – AI 1999.03.091.475-0 – Rel. Des. André Nekatschalow).

Função Social

[...]RELEVÂNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA – NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA – A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. – O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento

destinado a dar conseqüência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. – Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; de manter os níveis satisfatórios de produtividade; de assegurar a conservação dos recursos naturais; e de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade [...] (STF - ADI-MC nº 2.213/DF – Relator: Min. Celso de Mello – DJ – 23/04/04)

Sabemos que, em todos os recantos do território nacional – e os juízes não podem ser insensíveis a esta realidade – há uma grave crise em torno da terra; todos sabemos que a reforma agrária é um imperativo da Nação. Não parece possível que o Poder Judiciário, que estima e resguarda a propriedade, mas que não pode deixar de aplicar a Constituição, quando esta prevê a possibilidade da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, em se cuidando de propriedade com as características estabelecidas na Constituição e na Lei de regência reguladas, deixe de ponderar essas formas de procedimento, em ordem a, em seu veredictum, tornar inviável a reforma agrária quando, assim, se tem como cabível. (STJ - Mandado de Segurança 22.591 – Ministro Néri da Silveira).

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7-STJ.
I - O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula nº 7-STJ. III - Recurso especial não conhecido. (STJ - Recurso Especial nº 75659 – SP – Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior – 21/06/2005).
Algumas passagens do voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior merecem ser anotadas.
9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, 'Direito Constitucional Positivos', 5ª ed., p. 249/0, com apoio em autores europeus. Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO AGRAVANTE. ESBULHO POSSESSÓRIO. VISTORIA JÁ REALIZADA. IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL. GARANTIA DA ESTABILIDADE SOCIAL NO CAMPO. I - A controvérsia sobre a legitimidade ativa do agravante, por envolver questão sobre o domínio, deve ser aferida nos autos da ação expropriatória, e não de modo inédito, como questão preliminar, em agravo de instrumento. II - O § 6º, do art. 2º, da lei 8.629/93, deve ser interpretado de modo a prestigiar a estabilidade das relações sociais no campo. Assim, demonstrado que o imóvel possui os indicadores GUT e GEE no patamar de 00,00% (zero por cento), ante o abandono de seu proprietário, torna-se desaconselhável a suspensão do procedimento expropriatório por conta de invasão de caráter coletivo, ocorrida após a conclusão da vistoria administrativa. III - Agravo de instrumento improvido para garantir a imissão do INCRA na posse do imóvel. (Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.006792/6 – Desembargador Relator Cândido Ribeiro – 3ª Turma – TRF – 1ª Região - 14/11/2006)

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO DE IMÓVEL RURAL. SUPOSTA IMPRODUTIVIDADE. ESBULHO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. I - No AG nº 2005.01.00.006792-6 / MG, foi mantida a decisão que emite o INCRA na posse do imóvel expropriado. Sendo assim, a pretensão possessória deduzida pelo proprietário/expropriado restou prejudicada. II - Processo extinto sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC (ausência de interesse processual). (Apelação Cível nº 2004.38.00.038640-0 – Desembargador Relator Cândido Ribeiro – 3ª Turma – TRF – 1ª Região - 14/11/2006)

Com efeito, em razão do descumprimento de seu dever fundamental como haveria de ser, perde as garantias possessórias, independentemente da indenização total, prévia e justa, mais precisamente o princípio ativo da propriedade, que é relativo à posse, registrando-se que, em tais casos, o proprietário que descumpre os eu dever fundamental de dar à propriedade a sua função social decorrente da sua própria natureza não tem o direito ao desforço imediato do art. 520 do Código Civil, de então, nem do art. 1.210, § 1º do atual CCB, já que o § 2º do mencionado art., conformado para a função social da propriedade, vislumbrada na hodiernidade (CR. De 5/10/1988), infere não ser o *jus in re* suficiente, a *contrario sensu*, para manutenção ou reintegração em alçada possessória.
[...]
Neste caso, já há muito, tenho tido entendimento não só quando viajo pelo campo teórico reflexivo, inlcusive nos seminários nacionais e internacionais sobre Direito Agrário, mas quando estou no mundo dos fenômenos, mais precisamente no mundo do ser, notadamente, proferindo decisões perante esta Vara Agrária do Estado de Minas Gerais, que o latifúndio que possua simplesmente o domínio sobre o imóvel, que se encontra abandonado, portanto sem o Princípio Ativo da propriedade, mais precisamente a posse direta e efetiva, não tem direito a ser manutenido ou reintegrado, numa posse que, por ser virtual, inexiste de fato, não somente em razão da ocupação, mas mesmo em estágio anterior. (Reintegração de Posse nº 2004.38640-0,**12ª Vara da Justiça Federal de Belo Horizonte**, Juiz Weliton Militão, 11/11/2004).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.
- Não se conhece de preliminar de carência de ação quando o tema envolve-se com o mérito da liminar, concedida em ação possessória.
- A intervenção prévia do Ministério Público nas ações que revelam o conflito agrário é indispensável, mesmo antes de ser examinado o pedido de liminar em ação de reintegração de posse.
- A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela Constituição da República.
- Preliminares não conhecidas e agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 425.429-9 –Relator Alberto Vilas Boas – 2ª Câmara Cível/TAMG – 25/11/2003)

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO – DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – IMPROVIMENTO.
- Não havendo o agravante comprovado tratar-se seu imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;
- Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para a proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1.210 do NCC e 927 do CPC. (Agravo de Instrumento nº 468.384-9 – Relatora Hilda Teixeira da Costa – 5ª Câmara Cível/TAMG - 25/11/2004)

PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL RURAL - ESBULHO - SITUAÇÃO FÁTICA - RECURSO IMPROVIDO.A importância do caráter social imprimido à propriedade reflete-se no dever do proprietário de dar à sua propriedade uma função específica. Não se trata porém de qualquer função, mas uma função de cunho social, que se destine ao interesse coletivo e não apenas ao interesse individual. (Agravo nº° 1.0024.05.769023-2/001 – Desembargador Relator José Flávio de Almeida – 12ª Câmara Cível/TJMG – 16/05/2007)

INTERDITO PROIBITÓRIO - PROVA DA POSSE - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

- O interdito proibitório é uma defesa preventiva da posse, em face da ameaça de turbação ou esbulho. Ao possuidor cumpre provar a sua posse, o receio de ser molestado e a probabilidade de que a mesma venha a ser efetivada. Ausente a demonstração do exercício da posse, em respeito à função social da propriedade, não há como deferir a proteção possessória.
- Apelação não provida. (Apelação Cível nº 2.0000.00.506535-2/000 – Desembargador Relator Roberto Borges de Oliveira – 10ª Câmara Cível/TJMG – 11/10/2005)
INTERDITO PROIBITÓRIO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – AMEAÇA DE TURBAÇÃO OU ESBULHO – NÃO COMPROVAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA.
- Por ser a função social da propriedade elemento integrante do direito de propriedade, e, por conseqüência da posse, não se pode conferir proteção possessória ao titular que não a cumpre, sendo certo que para a procedência do pedido de interdito proibitório o elemento objetivo (ameaça) deve ter intensidade bastante para gerar o elemento subjetivo (justo receio).
- Apenas incide em litigância de má-fé a parte que pratica as condutas elencadas no art. 17 do CPC, agindo, comprovadamente, com dolo ou culpa em sentido processual, causando prejuízo à parte contrária. (Apelação Cível nº 2.0000.00.505037-7/000 – Desembargador Relator Saldanha da Fonseca – 12ª Câmara Cível/TJMG – 8/02/2006)

POSSESSÓRIA. ÁREA RURAL. MST. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTRUÇÃO DE NOVA EXEGESE DA NORMA MATERIAL E PROCEDIMENTAL. INVESTIGAÇÃO DA PRODUTIVIDADE E APROVEITAMENTO DA ÁREA EM AÇÃO POSSESSÓRIA. NECESSIDADE. ART. 5°, XXII E XXIII, CF. LEI N°8.629/93. NEGARAM PROVIMENTO. VOTO VENCIDO. (Agravo de Instrumento 70003434388.– Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior – 19a C.Cív/TJRS. - j. 06/11/2001)

PERECIMENTO DO DIREITO DE DOMÍNIO E IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA – FAVELA CONSOLIDADA SOBRE O TERRENO URBANO LOTEADO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DIREITO COMUM (Apelação Cível nº 212.726-1/8, Desembargador Relator José Osório – TJSP)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROPRIEDADE RURAL. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. Embora a função social da propriedade não deva ser discutida em sede de ação de reintegração de posse, pois em exame o injusto impedimento do exercício da posse, de esbulho não se pode cogitar, quando a posse impugnada decorre da melhor prova da falta de utilização econômica da propriedade rural. (Apelação Cível n° 1.0024.05.769023-2/003 – Desembargador Relator José Flávio de Almeida - 12ª Câmara Cível – TJMG - 12/11/2008)

POSSESSORIA. AREA RURAL. MST. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGACAO. POSSIBILIDADE. FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL. CONSTRUCAO DE NOVA EXEGESE DA NORMA MATERIAL E PROCEDIMENTAL. INVESTIGACAO DA PRODUTIVIDADE E APROVEITAMENTO DA AREA EM ACAO POSSESSORIA. NECESSIDADE. ART. 5°, XXII E XXIII, CF. LEI N° 8.629/93. NEGARAM PROVIMENTO. VOTO VENCIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70003434388 – Des. Relator Carlos Rafael dos Santos Júnior – 19ª Câmara Cível – TJRS – 06/11/2001)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IUS POSSESSIONES INVOCADO POR AMBAS AS PARTES - MELHOR POSSE - FUNÇÃO SOCIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.211 DO CC/2002 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
I - Será mantida na posse do bem a pessoa que estiver possuindo, no momento da propositura da ação, não sendo manifesto que a obteve de outras por modo vicioso. Em outros termos, se houver um possuidor aparente, cuja posse não seja viciosa, este é quem deve ser mantido na posse, sem qualquer indagação sobre a qualidade dela. Assim, o êxito da demanda interdital depende da qualidade da posse que se pretende manter ou recuperar.
Como a posse é exteriorização da propriedade ou outro direito real no plano fatual, e considerando a função social e econômica norteadas pela Constituição Federal, chanceladas agora pelo art. 1.228 do novo Diploma, sobretudo nos §§ 1o e 2o, o principal critério abalizador da manutenção ou reintegração de posse haverá de ser, indubitavelmente, a utilização sócio-econômica do bem litigioso e não mais o prazo de ano e dia de titularidade da posse. Portanto, substitui-se o critério puramente objetivo do parágrafo único do antigo art. 507 pelos critérios sócio-políticos e econômicos ancorados na função social da propriedade que, em última análise, reside na própria posse.
Não significa dizer, contudo que os juizes não possam considerar em suas decisões, como elemento de

formação de seus convencimentos, os “títulos” de posse e/ou a sua respectiva data, ou, ainda, que não possam, de ofício, utilizar-se do poder geral de cautela, autorizado expressamente pelos arts. 798 e 799 do CPC, determinando, por exemplo, o seqüestro cautelar do bem litigioso. A exegese a ser conferida ao art. 1211 do novel Diploma é no sentido de que o ponto norteador para a manutenção ou reintegração haverá de ser a posse efetiva em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas. Assim, interpreta-se sistemática, teleológica e axiológicamente o art. 1.211 do nCC e o art. 927 do CPC, sob a luz da Carta Magna de 1988. (Novo código civil comentado. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 999/1000).
II - Provado nos autos que o Réu, no plano fatual, deu destinação sócio-econômica ao bem objeto do litígio, preparando a terra e construindo a morada onde reside com a sua família, a relação entre bem e sujeito há de ser mantida com ele, porquanto se trata de situação que melhor atende aos valores da posse insculpidos no art. 1.211 do nCC, na exata medida em que o Autor não demonstrou ter “melhor posse”. (APELAÇÃO CÍVEL n. 2004.023193-8, da Comarca de Lages/SC – Des Relator Joel Dias Figueira Júnior – 1ª Câmara Cível – TJSC – 06/03/2007).

Ações Discriminatórias / Imóvel público

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO RELATIVA À REGULARIDADE DO REGISTRO IMOBILIÁRIO - TERRAS DEVOLUTAS - PROVIMENTO DAS APELAÇÕES.
- A ação discriminatória tem como objetivo precípuo afastar incerteza jurídica relativa do domínio de terras. Pela sentença, fica estabelecido a delimitação da terra pública, estabelecendo o que é do Estado e o que pertence ao particular.
- Se nos autos, o particular não faz comprovação do início e da regularidade da cadeia dominial do imóvel, não é correto julgar improcedente o pedido discriminatório com a justificativa de manutenção da segurança jurídica.
- Inexistente prova de constituição válida da cadeia dominial, deve ser acolhido o pedido inicial para julgar procedente a ação discriminatória proposta, reconhecendo que as terras em questão são devolutas, pois conforme o disposto na Lei nº 601, de 1850, era proibida a aquisição de terras devolutas por outro título que não o de compra, título que inexiste nos autos.
4. Apelações providas. (Apelação Cível nº 2001.01.00.031421-6 – Desembargadora Federal Relatora Selene Maria de Almeida – 5ª Turma – TRF – 1ª Região - 26/02/2003)

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ART. 23 LEI N. 6.383/76 - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - CARÁTER PREFERENCIAL E PREJUDICIAL - SUSPENSÃO - DECISÃO SINGULAR MANTIDA. “É incontentável a prejudicialidade e preferência das ações discriminatórias sobre quaisquer outras e da aplicação da Lei Federal n.º 6.383/76 as terras devolutas do Estado”. (Agravo nº 1.0024.02.878417-1/001 – Desembargador Relator Alvim Soares - 7ª Câmara Cível/TJMG – 9/03/2004)
AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SUSPENSÃO - PREJUDICIALIDADE E PREFERÊNCIA DA AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - RECURSO PROVIDO. Por força do disposto no art. 23 da Lei 6383/1976, o processo discriminatório possui caráter preferencial e prejudicial em relação às demais ações em andamento, envolvendo imóveis objeto de área discriminada. Recurso a que se dá provimento. (Agravo nº 1.0000.00.353249-6/000 – Desembargador Relator Kildare Carvalho – 3ª Câmara Cível/TJMG – 17/06/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - ART. 23 DA LEI 6.368/76 - Revela-se preferencial e prejudicial o processo discriminatório judicial, face a outras ações que se referem a domínio e posse de área situada na gleba discriminada, razão pela qual estas devem ser suspensos. Recurso provido. (Agravo nº 1.0024.03.025037-7/001 – Desembargador Relator Lucas Sávio V. Gomes – 3ª Câmara Cível/TJMG – 4/03/2004)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DISCRIMINATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - OCORRÊNCIA - DEFERIMENTO MANTIDO. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, se torna viável manter o deferimento de tutela antecipada, visando restituir a porção de terras reconhecidamente devolutas. Recurso a que se nega provimento. (Agravo n° 1.0024.03.025037-7/002 – Desembargador Relator Kildare Carvalho – 3ª Câmara Cível/TJMG – 1/12/2005)
Embargos Declaratórios e de Retenção por Benfeitorias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITOS INFRINGENTES - PARECER MINISTERIAL ATINENTE AOS DOIS AGRAVOS CONEXOS - CERTIDÃO DO CARTÓRIO - ERRO MATERIAL - CORREÇÃO - POSSIBILIDADE.
- Vislumbrando-se a ocorrência de erro material no corpo do acórdão, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração com o fito de proceder-se à necessária correção. (Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento

nº 2.0000.00.419157-1/002(1) – Desembargador Relator Osmando Almeida – 9ª Câmara Cível/TJMG – 26/04/2005)

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PRECLUSÃO.
– Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 549.711 – Relator Ministro Barros Monteiro – 4ª Turma do STJ - 16/12/2003)

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. TAIS EMBARGOS NÃO CABEM NA AÇÃO POSSESSÓRIA (EM RAZÃO DE SUA NATUREZA), SE O DIREITO DE RETENÇÃO NÃO FOI ANTERIORMENTE RECONHECIDO. ESSE DIREITO HÁ DE SER PLEITEADO NA RESPOSTA AO PEDIDO POSSESSÓRIO, SOB PENA DE PRECLUSÃO. PRECEDENTE DO STJ: RESP 14.138. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE NEM OFENSA AO ART. 744 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NEM DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Recurso Especial nº 46.218-5/GO – Relator Ministro Nilson Naves – 3ª Turma do STJ – 25/10/1994)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE TERMO DE RECEBIMENTO DE IMÓVEL CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE RETENÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REVELIA. PREJUDICIALIDADE.
1. Em se tratando de ação também possessória, cuja executividade depende apenas da expedição do respectivo mandado de reintegração, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão, e não nos embargos de retenção.
2. O julgamento antecipado da lide se faz necessário quando a solução da causa decorrer de questão meramente de direito, hipótese dos autos, não se podendo falar em cerceamento do direito de defesa.
3. Discussão a respeito da existência, ou não, de revelia prejudicada, eis que em nada alterará o resultado da demanda.
4. Recurso especial não conhecido. (STJ - Recurso Especial nº 54.780-6-DF – Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – 1/04/2007)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. BEM IMÓVEL PÚBLICO. AÇÃO AJUIZADA ENTRE DOIS PARTICULARES. SITUAÇÃO DE FATO. RITO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE. – " A AÇÃO AJUIZADA ENTRE DOIS PARTICULARES, TENDO POR OBJETO IMÓVEL PÚBLICO, NÃO AUTORIZA A ADOÇÃO DO RITO DAS POSSESSÓRIAS, POIS HÁ MERA DETENÇÃO E NÃO POSSE. ASSIM, NÃO CUMPRIDOS OS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS PARA O RITO ESPECIAL, DEVE O PROCESSO SER EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, PORQUANTO INADEQUADA A AÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - RECURSO ESPECIAL nº 998.409 – DF – Autos nº 2007/0249655-2 - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - 13/10/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPROVAÇÃO DA CADEIA DOMINIAL. ÔNUS DO PARTICULAR. O Poder Público não precisa provar a existência da terra devoluta, pois sua propriedade é historicamente originária e decorre da sua própria soberania. Assim, a prova do dominialidade na ação discriminatória apura-se por exclusão, ou seja, são de domínio público todas as terras, exceto aquelas que o particular comprovar serem providas de uma cadeia registral válida e regular. Recursos conhecidos, porém não providos (Apelação Cível n° 1.0024.03.025037-7/011 - Desembargadora-Relatora Albergaria Costa - 3ª Câmara Cível/TJMG - 15/10/2009).

Nova Ocupação/Litisconsórcio/Citação/Efeitos da Decisão.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SÚMULA nº 202/STJ - DETERMINAÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONTRA TERCEIROS - INEFICÁCIA - INALTERABILIDADE DA SENTENÇA - DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA -LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.
I- "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso." (Súmula 202/STJ)
II- Fora das hipóteses do Art. 463 do CPC, o Juiz não pode alterar a sentença publicada para alcançar terceiros alheios a relação processual e estendê-la a fato que lhe foi posterior.
III- Ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, que lhe garanta contraditório e ampla defesa (CF - Art. 5º, LIV e LV).

IV- As decisões judiciais não atingem terceiros alheios à relação processual (CPC - Art. 472). (Recurso em Mandado de Segurança nº 21.443-SP – Relator Ministro Humberto Gomes de Barros – 3ª Turma do STJ – 15/05/2007)

AGRAVO - INTERDITO PROIBITÓRIO - FUNDADO RECEIO DE DANO - PROVA - LIMINAR - LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO - IMPOSSIBILIDADE. - A liminar no interdito proibitório não pode ser deferida quando ausente a prova do fundado receio de dano. A manifestação subjetiva de receio é insuficiente para a concessão de liminar, porquanto ao juiz cabe aferir a concretude da alegação. - O litisconsórcio ativo facultativo não é possível na ação de interdito proibitório, pois as medidas agressivas que o ensejam devem ser analisadas de forma individual, caso a caso (propriedade por propriedade). Ademais, o art. 46 do CPC não o contempla. (Agravo nº 1.0024.06.051202-7/001 – Desembargador Relator Saldanha da Fonseca – 12ª Câmara Cível/TJMG – 8/11/2008)

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - AMEAÇA DE TURBAÇÃO OU ESBULHO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO - CITAÇÃO INCOMPLETA - NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA.
Existindo mais de um réu no pólo passivo da demanda, deverão ser todos eles citados para responderem aos termos da ação, sob pena de nulidade do processo. (Apelação Cível nº 2.0000.00.482492-8/000 – Desembargador Relator Unias Silva – 5ª Câmara Cível/TJMG – 24/11/2005)
[...]
TRATANDO-SE DE CONFLITO COLETIVO DE TERRA RURAL, QUE SE CARACTERIZA POR ENVOLVER GRANDE NÚMERO DE POSSUIDORES NUM DOS PÓLOS PASSIVOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SENDO COMUM A MOBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES PELOS MOVIMENTOS SOCIAIS, TORNA-SE, SENÃO IMPOSSÍVEL, EXTREMAMENTE DIFICULTOSA A IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS REQUERIDOS, SENDO A EXIGÊNCIA PROCESSUAL SUPRIDA PELA CITAÇÃO EDITALÍCIA DE TODOS AQUELES NÃO IDENTIFICADOS. (Feito nº 2.0000.00.471938-2/001, do TJMG)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DAS ESPOSAS DOS AUTORES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. REQUISITOS DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA CONCEDIDA.
- Tratando-se de ação possessória, nos termos do art. 10, § 2º do CPC, é necessária a participação do cônjuge como litisconsorte.
- Em que pese a ausência de qualificação das esposas dos autores, que foram devidamente qualificados, a ponderação dos interesses em jogo, com prestígio aos princípios e objetivos da República Brasileira, impede a extinção prematura do processo.
- É lícito ao Tribunal, após cassar a sentença terminativa, e verificando que o processo está maduro para julgamento, apreciar o mérito da lide.
- Comprovada por testemunhas a posse, o esbulho e a respectiva perda da disponibilidade da coisa pelos autores, julga-se procedente o pedido de reintegração de posse.
- Agravos retidos não conhecidos, apelo provido, sentença cassada e pedido julgado procedente. (Apelação Cível nº 2.0000.00.492967-3/000 – Desembargador Relator Alberto Vilas Boas – 10ª Câmara Cível/TJMG – 13/12/2005)

Arrendamento

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA SEGURA QUANTO À ÉPOCA DO ESBULHO. LIMINAR INDEFERIDA POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. 1- Nas ações possessórias, a ausência de prova de qualquer dos requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil conduz ao inacolhimento da liminar. 2- A mera apresentação de contrato de arrendamento de imóvel, confrontada com vasta documentação comprobatória de ocupação de inúmeras famílias em imóvel rural rechaça a existência de posse do arrendatário. 3- Não restando provado nos autos que o esbulho datou de menos de ano e dia, não há como se deferir a liminar, a fim de reintegrar o pretenso possuidor imediatamente. 4 - Agravo a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.504746-1/001(1) – Desembargador Relator Francisco Kupidlowski – 13ª Câmara Cível/TJMG – 6/04/2006)

Tutela Antecipada

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - ACORDO - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL - IRREGULARIDADE - COMPROVAÇÃO - DECISÃO FINAL - TUTELA - ANTECIPAÇÃO - REQUISITOS - AUSÊNCIA. Revestindo-se o instituto da tutela antecipada, de caráter excepcional e em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, fica prejudicada a sua concessão, se o que se busca no juízo da antecipação da tutela fere a convicção inarredável do Julgador, face aos diversos questionamentos e justificativas somente apuráveis em ação ordinária. Inteligência do art. 273 do Código de Processo Civil. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.891771-7/001(1) – 16ª Câmara Cível/TJMG – 24/05/2006)

A PROVA EXCLUSIVA DO DOMÍNIO NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, EXIGINDO-SE O PROCESSAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DO ALEGADO. (Ac um da 6ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 7.951-6, Relator Desembargador Cruz Quintal)

É INADMISSÍVEL A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS, EM PROCESSO DE INTERDITO PROIBITÓRIO, SEM SE PROMOVER AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DA POSSE, LOUVANDO-SE O MAGISTRADO A QUO TÃO SOMENTE EM PROVA DE DOCUMENTAL DE DOMÍNIO. (Ac um da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº 2.661, Relator Desembargador Onésimo Nunes Rocha)

Extinção de Cautelar

AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO -PROCESSO PRINCIPAL - EXTINÇÃO - PERDA DO OBJETO DA CAUTELAR.
Com o fim do processo principal, a ação cautelar de atentado perde o seu objeto, já que deixa de ser cabível, ou seja, não há possibilidade de surgir no curso do processo situação nova ou mudança do status quo, lesiva à parte e sem razão de direito. (Apelação Cível nº 2.0000.00.454140-8/000 – Desembargador Relator Osmando Almeida – 9ª Câmara Cível/TJMG – 6/09/2005)

Justo Receio

SENDO O INTERDITO PROIBITÓRIO MEDIDA PREVENTIVA DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA, INDISPENSÁVEL, PARA SUA CONCESSÃO, A DEMONSTRAÇÃO DO JUSTO RECEIO, COMPROVANDO-SE A PRÁTICA DE ATOS INEQUÍVOCOS POR PARTE DO RÉU, QUE ENSEJEM PREVISÃO DE PERIGO IMINENTE DE TURBAÇÃO OU ESBULHO. (Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível do TAMG, Apelação 103.587-6, Rel. Juiz Isalino Lisboa).

Ocupação após Vistoria

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. OCUPAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIANDA POR INTEGRANTES DO MST. VEDAÇÃO PREVISTA NO § 6º DO ART. 2º DA LEI 8629/93: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A inexistência pura e simples de procuração (CPC, art. 13), verificada de plano, não se confunde com a irregularidade de representação de pessoa jurídica (CPC, art. 37), alegada pela parte contrária ou pelo Ministério Público, mas não suficientemente demonstrada. Hipótese em que se pode concluir pela legitimidade do representante da parte por qualquer meio de prova permitido em direito. 2. Esbulho praticado por integrantes do MST. Divergência entre as alegações da impetrante e as informações da autoridade coatora. Necessidade de dilação probatória incabível em mandado de segurança. Inexistência de direito líquido e certo. 3. A vedação prevista no § 6º do art. 4º da Lei 8629/93, com a redação dada pela MP 2109/01, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou após a ocupação. Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 24.136/5-DF – Relator Ministro Maurício Corrêa – Tribunal Pleno/STF, 11/09/2002).

Fracionamento do Imóvel – Irrelevância

CONSTITUCIONAL. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DO CO-HERDEIRO PARA IMPETRAÇÃO [ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 1.533/51]. SAISINE. MÚLTIPLA TITULARIDADE. PROPRIEDADE ÚNICA ATÉ A PARTILHA. ART. 46, § 6º, DO ESTATUTO DA TERRA. FINALIDADE ESTRITAMENTE TRIBUTÁRIA. FINALIDADE DO CADASTRO NO SNCR-INCRA. CONDOMÍNIO. AUSÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DE PARTES CERTAS. UNIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL RURAL. ART. 4º, I, DO ESTATUTO DA TERRA. VIABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO. ART. 184 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 2. Qualquer dos co-herdeiros é, à luz do que dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533/51, parte legítima para a propositura do *writ*.

3. A saisine torna múltipla apenas a titularidade do imóvel rural, que permanece uma única propriedade até que sobrevenha a partilha [art. 1.791 e parágrafo único do vigente Código Civil]. 4. A finalidade do art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra [Lei nº 4.504/64] é instrumentar o cálculo do coeficiente de progressividade do Imposto Territorial Rural - ITR. O preceito não deve ser usado como parâmetro de dimensionamento de imóveis rurais destinados à reforma agrária, matéria afeta à Lei n. 8.629/93. Precedente [MS nº 24.573, Relator para o Acórdão o Ministro EROS GRAU, DJ 15/12/2006]. 5 A existência de condomínio sobre o imóvel rural não impede a desapropriação-sanção do art. 184 da Constituição do Brasil, cujo alvo é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Precedente [MS nº 24.503, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05/09/2003]. 6. O cadastro efetivado pelo SNCR-INCRA possui caráter declaratório e tem por finalidade: i] o levantamento de dados necessários à aplicação dos critérios de lançamentos fiscais atribuídos ao INCRA e à concessão das isenções a eles relativas, previstas na Constituição e na legislação específica; e ii] o levantamento sistemático dos imóveis rurais, para conhecimento das condições vigentes na estrutura fundiária das várias regiões do País, visando à provisão de elementos que informem a orientação da política agrícola a ser promovida pelos órgãos competentes. 7. O conceito de imóvel rural do art. 4º, I, do Estatuto da Terra contempla a unidade da exploração econômica do prédio rústico, distanciando-se da noção de propriedade rural. Precedente [MS nº 24.488, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ de 03/06/2005]. 8. O registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. Não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedade distinta para fins de reforma agrária. Precedentes (MS n. 22.591, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 14/11/2003 e MS nº 21.919, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 6/06/97). Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 26129/DF- Relator Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno/STF - 14/06/2007)
Penais

Violação de Domicílio – Art. 150, CP

A INCRIMINAÇÃO DA VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO VISA À PROTEÇÃO DA MORADIA, E NÃO O DIREITO DE PROPRIEDADE, EIS QUE É O INTERESSE DO ESTADO EM GARANTIR A LIBERDADE INDIVIDUAL, OU SEJA, O INTERESSE RECONHECIDO DE CADA UM VIVER LIVRE DE QUALQUER INTROMISSÃO EM SUA CASA OU LAR (TACRIM – SP – AC – Rel. José Habice – RJD 8/168). No mesmo sentido: TACRIM – SP – AC – Rel. Azevedo Franceschini – JUTACRIM 1/48.
A PROPRIEDADE RURAL NÃO ESTÁ COMPREENDIDA NO CONCEITO DE DOMICÍLIO, POR MAIS AMPLO QUE SE CONSIDERE (TACRIM-SP – HC – Rel. Reis Freire – RT 516/357).

Esbulho Possessório – Art. 161, II, CP

A INVASÃO DE PROPRIEDADES RURAIS COM A FINALIDADE, OU SOB O PRETEXTO, DE PRESSIONAR AS AUTORIDADES A DINAMIZAR A REFORMA AGRÁRIA, EXPEDIENTE QUE TANGENCIA A GUERRA REVOLUCIONÁRIA, PERTURBA A ORDEM PÚBLICA E IMPORTA EM ILÍCITO CIVIL, MAS NÃO CONFIGURA O DELITO DE ESBULHO POSSESSÓRIO, PORQUE AUSENTE O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO *(Ap. 272.550-3-Andradina, 5ª C., rel. Dante Busana, 26/10/2000, v.u., JUBI 54/01)*. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 704).
ESBULHO POSSESSÓRIO – DESCARACTERIZAÇÃO – INVASÃO DE PROPRIEDADES RURAIS COM A FINALIDADE DE PRESSIONAR AS AUTORIDADES A DINAMIZAR A REFORMA AGRÁRIA – EXPEDIENTE QUE PERTURBA A ORDEM PÚBLICA E IMPORTA EM ILÍCITO CIVIL, MAS NÃO CONFIGURA O DELITO, POIS AUSENTE O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, CONSISTENTE NO DESAPOSSAMENTO DA TERRA E CONSTITUIÇÃO DE POSSE PRÓPRIA EM SUBSTITUIÇÃO À ALHEIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 161, § 1º, II, DO CP.
Ementa da Redação: A invasão de propriedades rurais com a finalidade ou pretexto de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas não configura o delito de esbulho possessório, previsto no art. 161, §1º, II, do CP, pois ausente o elemento subjetivo do tipo, consistente no desapossamento da terra e constituição de posse própria em substituição a alheia. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – p. 594)

ESBULHO POSSESSÓRIO – DESCARACTERIZAÇÃO – MOVIMENTO POPULAR VISANDO IMPLANTAR A REFORMA AGRÁRIA – FORMA DE PRESSÃO POPULAR PRÓPRIA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.
Ementa Oficial: Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar o programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.

(HC 5.574/SP – 6ª T. – J. 08/04/1997 – rel. design. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 18/08/1997 - RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – p. 608).

[…] MOVIMENTO POPULAR VISANDO A IMPLANTAR A REFORMA AGRÁRIA NÃO CARACTERIZA CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONFIGURA DIREITO COLETIVO, EXPRESSÃO DA CIDADANIA, VISANDO A IMPLANTAR PROGRAMA CONSTANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (STJ - *Habeas Corpus* nº 5.574/SP. Rel. Ministro William Patterson. Julgamento em 8 de abril de 1997).

A CONDUTA DO AGENTE DO ESBULHO POSSESSÓRIO É SUBSTANCIALMENTE DISTINTA DA CONDUTA DA PESSOA COM INTERESSE NA REFORMA AGRÁRIA. (STJ - *Hábeas Corpus* nº 4.399-SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 12 de março de 1996).

Conforme denota-se de TCO de f. 03/23 um grupo de pessoas adentraram em uma propriedade rural, com a intenção de reivindicar a implantação de Reforma Agrária.
Na ocasião acima citada foi indicado como conduta típica o art. 161, § 1º, II, do CP.
Do esboço probatório trazido nos autos verificou-se que realmente trata-se de conflito agrário estabelecido na região.
Neste viés, o MP apresentou parecer postulando o cancelamento do procedimento instaurado por atipicidade das condutas.
Razão assiste ao MP, para a configuração de um delito dentre os inúmeros elementos deve haver a tipicidade, que por sua vez requer o elemento subjetivo do tipo, qual seja a intenção de lesionar o patrimônio alheio, rubrica em que está inserido o art. 161 do CP (Dos Crimes Contra o Patrimônio).
A conduta descrita na prova trazida aos autos, nada mais é que a tentativa do exercício do direito a Reforma Agrária prevista na Constituição Federal, art. 184.
Destarte como requerido pelo MP determino o arquivamento do feito por falta de tipicidade.
Determino que a Secretaria de Defesa Social retire quaisquer apontamentos relativos às pessoas designadas neste procedimento. Intimem-se, requisite-se e providencie-se.
De vazante para Coromandel, 08 de agosto de 2007. (Decisões monocráticas prolatadas pelo Juiz de Direito Marco Antônio Macedo Ferreira nos Autos nºs 0193.07.019.014-8, 0193.07.018.912-4, 0193.07.019.068-4, 0193.07.019.018-9 e 0193.07.019.008-0)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU DENÚNCIA – ART. 581, I, DO CPP – ACUSAÇÃO POR CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 4.898/65), PRIVAÇÃO ILEGAL DA LIBERDADE DE CRIANÇA E SUBMISSÃO DE CRIANÇA SOB SUA AUTORIDADE E VEXAME OU CONSTRANGIMENTO (ARTS. 230 E 232 DA LEI Nº 8.069/90) – DENÚNCIA – SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS – DECISÃO CASSADA – JUÍZO INDEVIDO DE ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO MINISTERAL PROVIDO.
[…]
Por fim, quanto aos trabalhadores acampados na fazenda, há prova de que foram retirados mediante desocupação forçada, sem mandado judicial e (no meio da noite de um sábado) – causando perplexidade até mesmo nas autoridades do Ministério do Desenvolvimento Agrário, conforme declarações da Ouvidoria Agrária (fls. 154/155) – o que, a princípio, caracteriza ação ilegal,especialmente porque a propriedade rural teria sido ocupada pacificamente, aspecto que descaracteriza o delito de esbulho possessório. (SER nº 1.0534.06.005150-3/001 – Comarca de Presidente Olegário – Desembargador-Relator Edelberto Santiago).

SÚMULA DO JULGAMENTO: APELAÇÃO CRIMINAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA DOS QUERELADOS. POSTULAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA NÃO PODE SER CONFUNDIDA COM O ESBULHO POSSESSORIO. AUSÊNCIA DE DOLO DIRIGIDO À VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO. ARQUIVAMENTO MANTIDO. Recurso improvido, à unanimidade, nos termos do voto do relator. (TURMA RECURSAL DE PATOS DE MINAS – Autos nº 0480.08.114734-4 – 05/03/2009)
O Ministério Público aduziu o seguinte: “MM Juíza, tendo em vista que não se trata de invasão do lar de determinada pessoa feita por entes personalizados, mas sim de manifestação, ao que saiba, pacífica, de determinado grupo social que reivindicava acesso ao direito consagrado constitucionalmente a ter moradia digna, entendo ser o fato atípico, requerendo o arquivamento do presente”. Pela MM. Juíza de Direito foi proferida a seguinte decisão: “Face à atipicidade da conduta do autor do fato S.R.S. arquivem-se os autos, conforme requerido pelo MP. Dê-se baixa”. (JECRIM - Autos nº 0024.09.531.535-4 – 05/08/2009).

Dano – Art. 163, CP

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – FURTO E DANO – SUBTRAÇÃO E ABATE DE CABEÇAS DE GADO DE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA – INADMISSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ORGANIZADORES OU PROMOTORES DA INVASÃO PELA PRÁTICA DOS DELITOS – IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE HAJA PROVA CABAL DE QUE OS DIRIGENTES DO MOVIMENTO POPULAR TENHAM TAMBÉM CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO, SEJA COMO CO-AUTORES, SEJA COMO PARTÍCIPES – ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO QUE NÃO ABRIGA A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. Ementa da Redação: Embora comprovada a subtração e o abate de cabeças de gado de propriedade invadida pelo movimento dos sem-terra, inadmite-se sejam responsabilizados os organizadores ou promotores da invasão pela prática dos delitos de furto e dano, pois os dirigentes de um movimento popular não podem ser incriminados por crimes cometidos por integrantes do grupo, se não provado, cabalmente, que também concorreram para a infração, seja como autores, seja como partícipes, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não obriga a responsabilidade penal objetiva. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – pág. 594)

Quadrilha ou Bando – Art. 288, CP

QUADRILHA OU BANDO – DESCARACTERIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE OS INTEGRANTES DO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA SE ASSOCIARAM PARA COMETEREM CRIMES DE FURTO E DE DANO – TIPO PENAL QUE EXIGE A ASSOCIAÇÃO DE TRÊS OU MAIS PESSOAS PARA O COMETIMENTO DE CRIMES E NÃO A ASSOCIAÇÃO PARA OUTRO FIM, DA QUAL RESULTEM OU POSSAM RESULTAR NA PRÁTICA DE DELITOS. Ementa da Redação: Inexistindo prova de que os integrantes do movimento dos sem-terra se associaram para cometerem crimes de furto e de dano, figuras que, corriqueiramente, ocorrem no curso das invasões, não há se falar na caracterização do crime de quadrilha ou bando, pois o art. 288 do CP exige a associação de três ou mais pessoas para o cometimento de crimes e não a associação para outro fim, do qual resultem ou possam resultar na prática de delitos. (RT-787 – Maio de 2001 – 90º Ano – pág. 594)

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO – MOVIMENTO DOS SEM TERRA – ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE CRIMES NÃO COMPROVADA – INVASÃO DE PROPRIEDADES COM A FINALIDADE DE PRESSIONAR AUTORIDADES – EXPEDIENTE QUE, APESAR DE PERTUBAR A ORDEM PÚBLICA, IMPORTA ILÍCITO CIVIL – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.*(Ap. 272.550-3 – Andradina, 5ª C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v.u., JUBI 54/01)*." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 940)

A MANUTENÇÃO DE LÍDERES DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA – MST – SOB CUSTÓDIA PROCESSUAL, SOB A ACUSAÇÃO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, DESOBEDIÊNCIA E ESBULHO POSSESSÓRIO AFRONTA O PRECEITO INSCRITO NO ART. 5º, LXVI, DA CONSTITUIÇÃO. (STJ – *Hábeas Corpus* nº 9.896 – PR)

Resistência – Art. 329, CP

RESISTÊNCIA. DELITO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTE DE QUE SE TENHA O ACUSADO OPOSTO COM VIOLÊNCIA E AMEAÇAS À SUA PRISÃO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 329 DO CP. É INDISPENSÁVEL, PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE RESISTÊNCIA, A PROVA INCONTESTE DE QUE O AGENTE SE OPÔS À REALIZAÇÃO DO ATO COM VIOLÊNCIA E AMEAÇAS. SEM ESSA PROVA O CRIME NÃO SE DEFINE. (TJSP – RT 525/356)

Delito Previsto no art. 20, caput, da Lei nº 4.947/66
TRATANDO-SE DE TERRAS DESTINADAS A ASSENTAMENTO, NÃO HÁ CRIME NA OCUPAÇÃO PRATICADA POR TRABALHADORES RURAIS CARENTES DE ABRIGO QUE LHES ASSEGURA CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SOBREVIVÊNCIA, CIRCUNSTÂNCIA QUE CARACTERIZA ESTADO DE NECESSIDADE, A IMPOR A CONCESSÃO DE 'HABEAS CORPUS' PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL CONTRA ELES INTENTADA. (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant'Anna, j. 03/06/97)

Júri/Pronúncia/Desaforamento

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - CO-RÉUS - CHACINA DE FELIZBURGO - CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - ARGÜIÇÃO PRELIMINAR PARA DECLARAR NULA A DECISÃO - ARGUMENTO DE IMPUTAÇÃO GENÉRICA E AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO OBJETIVA DAS CAUSAS

CONFIGURADORAS DAS QUALIFICADORAS - REJEITADA - PEDIDO ALTERNATIVO DE DECOTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS - IMPROCEDENTE - SÚMULA 64 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA - PRINCÍPIO DO “”IN DUBIO PRO SOCIETATE”” - RECURSOS IMPROVIDOS. (R.S.E. nº 1.0358.05.009233-9 – Desembargador Relator Edelberto Santiago - 1ª Câmara Criminal/TJMG – 3/10/2006)

DESAFORAMENTO – INEXISTÊNCIA DA NECESSÁRIA IMPARCIALIDADE DOS POSSÍVEIS JURADOS E DA SEGURANÇA PESSOAL DOS ACUSADOS NAS COMARCAS DE JEQUITINHONHA E VIZINHAS – REQUERIMENTO DO JUIZ DE DIREITO – TRANSFERÊNCIA DO JULGAMENTO PARA A COMARCA DE BELO HORIZONTE – DESAFORAMENTO CONCEDIDO. (Desaforamento nº 1.0000.06.446980-2/000 – Desembargador Relator Edelberto Santiago – 1ª Câmara Criminal/TJMG – 15/05/2007).

PEDIDO DE DESAFORAMENTO - RÉUS E SEGUIDORES DAS VÍTIMAS COM SIMPATIZANTES EM TODA REGIÃO CIRCUNVIZINHA - INFLUÊNCIA ECONÔMICA DOS RÉUS SOBRE A POPULAÇÃO LOCAL - CRIME COM RAÍZES EM CONFLITOS PELA POSSE DE TERRA - INEXISTÊNCIA NA COMARCA DE ORIGEM DE LOCAIS ADEQUADOS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL E LIVRE DE INFLUÊNCIAS INTERNAS OU EXTERNAS, FATORES ESTES QUE VÊM A CONTRIBUIR PARA AUSÊNCIA DE ISENÇÃO E DE MANUTENÇÃO DO SIGILO DAS VOTAÇÕES - INEXISTÊNCIA DE TRANQÜILIDADE E CONDIÇÕES ADEQUADAS PARA UM JULGAMENTO IMPARCIAL - DÚVIDAS QUANTO À IMPARCIALIDADE DOS MEMBROS DO CONSELHO DE SENTENÇA - RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ PRÓXIMO DOS AGENTES, DOS FATOS E DAS PROVAS - PROVA SUBSTANCIAL NOS AUTOS ACERCA DAS REAIS NECESSIDADES PREVISTAS NO ART. 424 DO CPP - PEDIDO DEFERIDO PARA DESAFORAR O JULGAMENTO DOS RÉUS RAYFRAN DAS NEVES SALES E CLODOALDO CARLOS BATISTA PARA A COMARCA DA CAPITAL - DECISÃO UNÂNIME (Pedido de Desaforamento nº 200530042130 – Câmaras Criminais Reunidas-TJPA – Desembargadora Relatora Raimunda do Carmo Gomes Noronha)

3. Atuação especializada nos direitos do consumidor

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino*

Introdução

Importante ramo da ciência jurídica no mundo contemporâneo, o Direito do Consumidor constitui conquista, das mais importantes e significativas, dos povos, sobretudo após a aprovação em sessão plenária, na Organização das Nações Unidas (ONU), da Resolução nº 39/248,[1)] de 9 de abril de 1985, inspirada, ao que se sabe, na célebre declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo então presidente norte-americano, John Kennedy, em 15/03/1962, data na qual (por sinal) se comemora o Dia *Internacional do Consumidor*.

Sendo assim, o Direito do Consumidor confunde-se, em sentido amplo, com a idéia de direitos humanos, sendo considerado, por parte da doutrina,[2)] como direitos de segunda geração, cujo princípio fundamental é a busca pela igualdade material, com o reconhecimento e a efetivação prática dos direitos no plano dos fatos. Daí ressaltar o aspecto social do Direito do Consumidor, característica bastante sensível quando se levam em conta, por exemplo, os objetivos e princípios expressamente eleitos pelo legislador brasileiro ao dispor sobre a política nacional das relações de consumo.

Note-se, portanto, que o Direito do Consumidor é, ao mesmo tempo, anseio[3)] e conseqüência do sistema capitalista e da economia de massa, aspectos típicos do mercado a partir da segunda metade do Século XX.

Sob o prisma consumerista, reconhece-se, a *priori*, o consumidor inferiorizado em relação ao fornecedor, sobretudo se consideradas (no mais das vezes) a sua capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação, bem como, no plano técnico, acerca das características e riscos de utilização dos diversos produtos e serviços que lhe são postos à disposição. Daí os princípios da vulnerabilidade e hipossuficiência dos consumidores.

Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ficou clara e patente a disposição do Estado brasileiro em reconhecer e dar guarida, no plano normativo e na prática cotidiana, aos preceitos básicos traçados a partir da Resolução ONU nº 39/249, bem como a regras de conduta com vistas à tutela do *hipossuficiente e vulnerável*, participante da relação de consumo.

Nessa conjuntura, o Ministério Público, no cumprimento de seu mister institucional,[4)] deve atentar para os aspectos econômicos e sociais do Direito do Consumidor, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos colocados à sua disposição, dentre os quais se destacam, o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública,[5)] e, excepcionalmente, por expressa previsão do legislador constitucional mineiro,[6)] dos mecanismos de atuação administrativa próprios do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON-MG).

Com essa breve introdução, passo, pois, ao desenvolvimento dos trabalhos afetos à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e ao PROCON-MG.

- 3.1. Considerações gerais
- 3.2. O Ministério Público na defesa do consumidor
- 3.3. Atuação no juízo criminal
- 3.4. Atuação no juízo cível
- 3.5. Atuação administrativa
- 3.6. Atuação extrajudicial típica
- 3.7. Atuação extrajudicial atípica

[1] Em última análise, pode-se considerar que a Resolução nº 39/248 constitui a célula mater da legislação consumerista na maioria dos Estados filiados à ONU, haja vista que, à época, poucos países experimentavam considerável desenvolvimento das práticas de consumo de massa, bem como, ainda, a seu turno, era forte a crença na suficiência das codificações civilistas (códigos francês e alemão) no trato das relações de consumo. Imprescindível dizer nesse contexto a vinculatividade dos Ordenamentos Jurídicos dos Estados signatários da Carta da ONU às Resoluções emanadas de seus órgãos. Tem predominado o entendimento segundo o qual esses Estados que já ratificaram a Carta encontram-se fortemente vinculados aos conteúdos dos atos e decisões posteriormente tomadas. E assim o é porquanto os atos que precederam a internalização e reconheceram a sua legitimidade e vaidade não podem ser vistos de forma isolada. A se considerar que o processo de ratificação não tem cunho meramente estrutural, incoerente negar a força vinculante de tais resoluções. Entendimento diverso culminaria no esvaziamento, pela banalização, da própria ONU, que não teria seus atos e decisões observadas, a denotar seu despropósito existencial. No caso em tela mais razão subsiste para a defesa de tal vinculação, na medida em que os direitos do consumidor são direitos fundamentais, reflexos diretos da doutrina dos direitos humanos. Por serem direitos de tal magnitude, não pode restar dúvidas acerca da premência da observância de seus preceitos e diretrizes.

[2] D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direitos Humanos**: a luta pela justiça. São Paulo: Comissão Brasileira de Justiça e Paz, 1989.

[3] *A Consumers International* é uma entidade composta por aproximadamente 250 organizações de consumidores de 115 países, sem fins lucrativos, fundada em 1960, para proteger e promover os interesses dos consumidores em nível mundial, bem como representá-los ante aos organismos regionais e internacionais. Atualmente sediada em Londres, suas oficinas regionais, nas quais são implementados seus programas, encontram-se distribuídas na Malásia (Ásia-Pacífico), em Zimbabwe (África) e no Chile (América Latina e Caribe). A Oficina para América Latina e Caribe, fundada em 1986, estabeleceu entre seus objetivos: desenvolver/fortalecer o movimento dos consumidores na região promovendo seus direitos em nível nacional e regional e representar as organizações de consumidores internacionalmente para influir nas instâncias de decisões que os afetem. Desde sua criação, sua missão tem sido promover a construção de uma sociedade justa, mediante a defesa dos direitos consumeristas em todo o mundo, em especial dos grupos vulneráveis. Enfatiza-se responsabilidade que os consumidores têm de usar seu poder no mercado para eliminar abusos e promover práticas comerciais saudáveis, além de apoiar o consumo e a produção sustentáveis.

[4] CF/88, art. 127, *caput*.

[5] CF/88, art. 129, inciso III c/c Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

[6] CE-MG, art. 233, § 3º c/c art. 14 dos ADTC; Lei Complementar Estadual nº 34/94, com a alteração dada pela Lei Complementar Estadual nº 61/2001

3.1. Considerações gerais

Nas atividades típicas da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, recomenda-se ao Promotor de Justiça, no uso estrito das atribuições e competências (atuação administrativa) que lhe foram constitucionalmente deferidas:

3.2.1 – Conceitos básicos na interpretação das normas consumeristas

Por conceitos básicos em Direito do Consumidor, deve-se entender os vocábulos e expressões de uso corrente, cujas definições devem ser de conhecimento sedimentado do Promotor de Justiça. São, em princípio, os seguintes:

3.2.2 – Norma de ordem pública

O CDC, em seu art. 1º, informa serem preceitos de *ordem pública e interesse social* as normas nele contidas, assim entendidas como de caráter cogente, isto é, de observância obrigatória e não derrogáveis pela vontade das partes, salvo nas hipóteses prévia e expressamente por ele permitidas. Logo, em geral, não há, na interpretação das disposições consumeristas, margem para a disposição de direitos por parte do consumidor, seja em cláusula contida em contrato de adesão ou não.

3.2.3 – Relação de consumo

Espécie de negócio jurídico cuja nota diferenciadora consiste na qualidade dos sujeitos participantes – de um lado, o consumidor e, de outro, o fornecedor – bem como na dos objetos envolvidos – produto e/ou serviço –, além de um elemento teleológico, finalístico – utilização do objeto na condição de seu destinatário final.

O seu reconhecimento visa propiciar a adoção de um microssistema jurídico próprio – Direito do Consumidor –, com princípios e normas derrogadoras do direito privado clássico (Direito Civil) e do denominado Direito Comercial (modernamente conhecido também por *Direito Empresarial*[1]).

3.2.4 – Consumidor

Segundo a doutrina, o conceito de consumidor, tal como exposto no CDC, decorre da leitura de três arts. – 2º, 17 e 29 –, assim dispostos em uma escala de concretude e visibilidade.

Na definição do art. 2º, o consumidor é o próprio participante do negócio jurídico de consumo entabulado com o fornecedor. É, pois, denominado consumidor real, visto que diretamente adquire ou utiliza o bem (produto ou serviço) como destinatário final – trata-se, desse modo, da figura do consumidor, por excelência.

O parágrafo único do art. 2º também reconhece como consumidor, toda "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Já no art. 17, é reconhecida a figura da vítima de acidente de consumo, denominado *fato do produto* ou do serviço, que, por força de disposição específica de lei[2] é equiparada, para efeitos de declaração e proteção de direitos, a consumidor.

Por fim, no art. 29 também se vislumbra hipótese legal de equiparação de consumidor, na medida em que o CDC, em plano mais amplo e com vistas à tutela coletiva, considera consumidores todas as pessoas expostas às práticas previstas nos seus Capítulos V e VII.[3]

3.2.5 – Vulnerabilidade

É a especial situação de inferioridade material, na qual se encontra o consumidor. Decorre da constatação de que o consumidor, no mundo contemporâneo, não dispõe do controle e da ciência dos bens de produção, submetendo-se, por conseguinte, ao poder dos titulares desses mesmos bens.

Consiste, em verdade, na própria espinha dorsal do microssistema de Direito do Consumidor, justificando, no plano normativo, a necessidade de tutela especial para o equilíbrio das relações jurídicas resultantes do fenômeno de consumo.[4] É princípio reitor, expresso no CDC, art. 4, I.

Tem seu conceito legal definido no art. 3º do CDC. Trata-se, pois, de pessoa física ou jurídica que, com habitualidade, desenvolve as atividades "de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".[5)]

À margem dessa definição, regulam-se pelo Direito Civil ou Comercial as relações jurídicas referentes àquelas atividades, as quais ocorrem, no entanto, esporadicamente, sem habitualidade, ou quando não reconhecem, no pólo oposto, a existência de um consumidor.

As pessoas públicas e privadas prestadoras de serviço público são consideradas, nos termos do CDC, fornecedoras, bem como as instituições financeiras.[6)]

3.2.7 – Produto

É qualquer bem, ou coisa, móvel ou imóvel, material ou imaterial, resultante da atividade produtiva do fornecedor no mercado de consumo. Sua aquisição e/ou utilização pode ocorrer a título gratuito ou oneroso.

3.2.8 – Produto durável e produto não durável

As noções de produto durável e produto não durável são de grande importância para o estudo do direito consumerista, uma vez que definem regramentos distintos para o exercício do direito de reclamar e seus respectivos prazos decadenciais.[7)]

Produto durável é o bem, ou coisa, que resiste a muitos usos, sem que, com isso, a sua destruição ou deterioração se dê de imediato.

Produto não durável é o bem, ou coisa, cujo uso, em uma ou em reduzidas ocasiões, importa sua destruição ou deterioração.[8)]

3.2.9 – Serviços

O conceito legal de serviço[9)] (CDC, art. 3º, § 2º) é meramente exemplificativo. Somente se caracteriza pela modalidade onerosa, seja o ônus financeiro direto ou indireto.[10)]

O pagamento de espécies tributárias vinculadas diretamente à contraprestação de serviços públicos, tal como ocorre com as *taxas* e as *contribuições de melhoria*, foge ao espectro de atuação do direito consumerista, na medida em que é regulado pelo Direito Tributário. A seu turno, incide o CDC e as demais normas consumeristas sobre os serviços públicos remunerados via tarifa, sejam eles prestados pelo próprio poder público (por sua administração pública Direta ou Indireta), bem como por particulares, mediante os instrumentos de concessão e permissão de serviços públicos.[11)]

3.2.10 – Fato do produto/serviço

Entende-se por *fato do produto e do serviço* o acidente de consumo, fato jurídico do qual decorrer lesão real à vida, saúde e segurança dos consumidores.

É causado por defeitos dos produtos e serviços[12)] postos à disposição dos consumidores e gera, para seus fornecedores, o dever de indenizar, sem a necessidade de caracterização de culpa (responsabilidade objetiva), em virtude de adoção da teoria do *risco criado*.

Entretanto, os profissionais liberais não se submetem à responsabilidade objetiva, nos precisos termos do art. 14, § 4º, do CDC.

3.2.11 – Vício do produto

Conforme dispõem os arts. 18 e 19 do CDC, vício do produto é uma anomalia, não causadora de lesão decorrente de acidente de consumo (fato do produto e do serviço), que afeta a funcionalidade, o rendimento do produto e do serviço, nos aspectos qualitativo ou quantitativo, de modo a tornar-lhes impróprios ao uso e consumo, bem como aquele que importa em diminuição do valor do bem, e, ainda, o decorrente de divergências entre o conteúdo e as indicações sobre ele constantes do recipiente, rótulo, embalagem ou

mensagem publicitária.

Sua caracterização gera, para o fornecedor, o dever de sanar o vício, seja substituindo-se as partes viciadas[13], complementando-se a quantidade faltante, ou desfazendo-se a relação de consumo, a critério do consumidor, observadas as condicionantes legais.

Todos os integrantes da cadeia de fornecimento (fabricante, atacadista, varejista, revendedor, etc.) têm responsabilidade própria e solidária para a sanação dos vícios do produto.[14]

3.2.12 – Vício do serviço

Anomalia incidente sobre os serviços, relativa a seus aspectos qualitativos ou decorrentes da disparidade com as indicações da oferta ou da mensagem publicitária.

Sob o prisma qualitativo, o vício do produto será gerador de inadequação aos fins razoavelmente esperados, de diminuição de valor ou, ainda, poderá decorrer do não-atendimento de normas (legais, infralegais, técnicas, etc.) regulamentares de prestabilidade, quando, então, será considerado, pela lei, como *impróprio*.[15]

Caberá ao fornecedor dos serviços a sanação do vício com a reexecução deles, quando possível; a restituição imediata da quantia desembolsada, sem prejuízo de perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço, segundo opção do consumidor.[16]

3.2.13 – Nota técnica

Entendimento técnico-jurídico do órgão de defesa do consumidor, esposado por integrantes de sua Secretaria-Executiva (coordenadores de área), sobre matéria relevante, sem, contudo, apresentar força coercitiva. Nesse aspecto, equipara-se à doutrina, tendo por objetivo externar e divulgar conhecimento e posturas de ação, para o próprio órgão consumerista, bem como para os demais integrantes dos Sistemas de Defesa do Consumidor.[17] Não tem, contudo, caráter vinculativo para o fornecedor.

3.2.14 – Fundo estadual de proteção e defesa do consumidor (FEPDC)

Criado pela Lei Complementar Estadual nº 66, de 22 de janeiro de 2003, diz respeito ao fundo para o qual deverão ser revertidos os valores resultantes de termos de ajustamento de conduta, termos de acordo e condenações pecuniárias, administrativas e judiciais, das ações movidas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.[18][19][20] Destina-se ao cumprimento das metas e objetivos da Política Estadual de Relações de Consumo, entre os quais, podem ser relacionadas a recuperação de bens, a promoção de eventos educativos e científicos e a edição de material informativo, bem como a modernização administrativa dos órgãos públicos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC).

Consiste na principal fonte de recursos para o desenvolvimento de ações e projetos tendentes à proteção e defesa do consumidor no âmbito do Estado de Minas Gerais.

3.2.15 – Conselho gestor do FEPDC

Também criado pela Lei Complementar Estadual nº 66/2003, o Conselho Gestor do Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor tem a função de gerir os recursos do fundo e deliberar acerca da destinação deles, em atenção aos objetivos da Política Estadual de Relações de Consumo.

Tem composição heterogênea,[21] competindo-lhe ainda aprovar o plano de aplicação dos recursos e acompanhar sua execução, elaborar o cronograma financeiro de receita e despesa do FEPDC, elaborar a proposta orçamentária do FEPDC, definir a aplicação das disponibilidades transitórias de caixa do FEPDC, zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos na Lei n° 8.078/90, aprovar o orçamento operacional de custeio das atividades do PROCON-MG, aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso VI deste artigo, examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos e científicos, fazer editar, diretamente ou em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre a matéria mencionada no art. 2º, promover atividades e eventos que

contribuam para a difusão da cultura de proteção do consumidor, examinar e aprovar projetos de modernização administrativa de órgãos públicos voltados para a proteção do consumidor.

O Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor poderá propor ao CGFEPDC o custeio, com recursos do FEPDC, de projetos e ações, no âmbito da comarca, com vistas a educar, orientar e defender os consumidores, bem como para a prevenir e reparar danos oriundos da relação de consumo.[22)]

[1)] Em consideração à tradição, reputamos conveniente a adoção da nomenclatura *Direito Comercial*, em detrimento da novel expressão *Direito Empresarial*.

[2)] *"Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."*

[3)] Trata-se, pois, de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que a ele se ajustam todas as pessoas pelo simples fato de se encontrarem potencialmente expostas às práticas descritas na lei.

[4)] João Batista de Almeida identifica, no texto da Resolução ONU nº 29/248, que o denominado "desequilíbrio" do consumidor, em termos econômicos, educacionais (conhecimento técnico e científico) e de poder aquisitivo, guarda identidade com a noção de vulnerabilidade.

[5)] Fornecedor é gênero, enquanto fabricante, produtor, construtor, importador, etc. são espécies. O CDC, ao se reportar ao fornecedor, o faz de forma genérica e indistinta. Ao contrário, quando quer designar o ente específico, utiliza-se de termo designativo particular e especializante.

[6)] A partir da ADI nº 2591-1, o STF pôs fim à discussão sobre a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras, considerando-as sujeitas ao direito consumerista.

[7)] CDC, art. 26.

[8)] onforme doutrina de Rizzatto Nunes, há de se reconhecer, na definição de produtos duráveis e não duráveis, certa similitude conceitual com a idéia, corrente entre os civilistas, de bens consumíveis e não consumíveis.

[9)] "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

[10)] O ônus financeiro indireto ocorre, por exemplo, nos casos de estacionamentos *gratuitos de shopping centers*, onde indubitavelmente os custos do referido serviço estão diluídos nos demais produtos e serviços postos à disposição dos consumidores – internalização dos custos da teoria do risco, na modalidade risco-proveito.

[11)] CDC, art. 22 e seu parágrafo único.

[12)] Nesse sentido, o fato do produto/serviço é entendido como acontecimento externo ao produto e serviço, geralmente (mas não necessariamente) decorrente de vício do produto/serviço. Inconfundíveis, pois, as noções de fato e vício do produto ou do serviço.

[13)] Conforme dispõe o § 3º do art. 18, caso a reparação do produto venha a acarretar-lhe perda de valor, ou quando tratar-se de produto essencial, poderá o consumidor exigir, de imediato, uma das medidas previstas nos incisos I a III do § 1º do referido art..

[14)] Na hipótese do art. 19, § 2º, somente o fornecedor imediato será responsável pela sanação do vício, rompendo-se, assim, a regra geral que dispunha acerca da solidariedade dos fornecedores.

[15)] CDC, art. 20, § 2º.

[16)] CDC, art. 20, I a III.

[17)] *Vide* http://www.mj.gov.br/dpdc e http://www.mp.mg.gov.br/procon na seção Notas Técnicas.

[18)] LCE nº 66/2003: *"Art. 1º – Ficam criados, na estrutura organizacional do Ministério Público, o Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC), previsto na Lei Federal n° 8.078, de 11 de setembro de 1990."*

[19)] Trata-se de norma imperativa, a que dispõe acerca da destinação das multas aplicadas em decorrência de lesão ou ameaça de lesão a direitos consumeristas (CDC, art. 57, caput e 100, parágrafo único), sobre condenações administrativas e judiciais. A respeito das condenações judiciais, cujo autor originário seja o Ministério Público, observar que, reverterão para o FEPDC as condenações pecuniárias resultantes de *dano moral coletivo*, bem como a execução de condenação nas ações coletivas de consumo pelo saldo do fluid recovery (CDC, art. 100, *caput*).

[20)] Vale ressaltar que, dado o caráter público do FEPDC, a utilização ou destinação indevidas ou em desacordo com as disposições legais em comento, em especial as Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90 e Leis Complementares Estaduais nº 34/94, nº 61/2001 e nº 66/2003, pode ensejar a responsabilização funcional e pessoal do Promotor de Justiça – (Vide Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2008, art. 100-A).

[21)] O CGFEPDC é composto por três membros indicados pelo Procurador-Geral de Justiça, pelo Secretário-Executivo do PROCON-MG, por um Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, por um representante da OAB-MG, e por três membros indicados por entidades de defesa do consumidor integrantes do SEDC.

[22)] Observar, nesse particular, as exigências de ordem formal e material para a formalização da proposta de projeto a ser custeado pelo FEPDC. Nesse sentido, recomenda-se a leitura das *deliberações e resoluções* relativas ao FEPDC, disponíveis no site http://www.mp.mg.gov.br/procon, ou mesmo, um contato do Promotor de Justiça com a Secretaria-Executiva do PROCON-MG.

3.2. O Ministério Público na defesa do consumidor

No trato diário da defesa do consumidor, ao Promotor de Justiça recomendam-se as seguintes práticas:

3.3.1 – Atuação social

Pautar-se, em relação ao Direito do Consumidor, de modo a reconhecer-lhe como instrumento de efetivação e desenvolvimento de interesses e fins sociais, como importante meio de difusão de noções de Direito e cidadania, ampliando as possibilidades de acesso à Justiça.

Buscar, ao mesmo tempo, concretizar os valores e princípios contidos na Política Nacional das Relações de Consumo, com vistas a garantir ao consumidor o respeito a seus direitos básicos, entre os quais se destacam a vida, a saúde, a segurança, a dignidade e os interesses econômicos dos consumidores, bem como aspectos relativos à educação para o consumo, ao desenvolvimento regional, à transparência e harmonia das relações de consumo.

3.3.2 – Proteção e defesa do consumidor no âmbito transindividual

Compete ao Promotor de Justiça atuar, para a defesa dos interesses indisponíveis do consumidor, no âmbito transindividual, por força de disposições normativas insertas na Constituição da República[1)], utilizando-se de mecanismos judiciais e administrativos (próprios da Instituição Ministerial e do PROCON-MG[2)]).

A atuação judicial dar-se-á por meio do manejo da ação civil pública e da ação coletiva de Consumo. Administrativamente, o Promotor de Justiça poderá servir-se do inquérito civil público, além da investigação preliminar e do processo administrativo.

3.3.3 – Educação

Importante missão do Promotor de Justiça diz respeito à divulgação e educação para o correto e consciente exercício dos direitos do consumidor. Assim, sugere-se, em conjunto com as outras atribuições do órgão ministerial, sempre que possível, a realização de palestras, dirigidas aos consumidores e fornecedores, sobre os direitos e deveres dos consumidores.[3)]

O Promotor de Justiça deverá atentar para o fato de que, na condição de integrante do PROCON-MG, o Promotor de Justiça poderá propor, via Secretaria-Executiva, a realização de projetos de educação para o consumo, a serem custeados pelo Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (FEPDC)[4)], bem como utilizar-se dos projetos já implantados pelo órgão consumerista.[5)]

Também, desde que possível, deverá o Órgão de Execução utilizar-se dos meios de comunicação de massa para a divulgação de conhecimento dos direitos do consumidor.

3.3.4 – Incentivo às associações civis de proteção do consumidor

Compete ao Promotor de Justiça incentivar a criação e desenvolvimento de Associações Civis de Proteção do Consumidor, promovendo seu acesso à Justiça, nas esferas administrativa e judicial.

3.3.5 – Criação e incentivo ao funcionamento do Procon municipal

Para melhor atendimento e tutela dos interesses do consumidor, individual ou coletivamente considerados, torna-se extremamente conveniente e oportuna a atuação do Promotor de Justiça no sentido de sensibilizar o poder público local a criar o órgão municipal de proteção e defesa do consumidor.

A experiência tem demonstrado que, nos municípios onde existem PROCONs municipais atuantes, o trabalho do Promotor de Justiça torna-se menos exaustivo, haja vista a concorrência das atribuições administrativas dos órgãos estadual e municipal de defesa do consumidor.[6)]

Estabelecer contato e modos de atuação conjunta com o órgão municipal de defesa do consumidor.

3.3.6 – Atendimento ao consumidor

Recomenda-se o atendimento ao público, nos mesmos moldes praticados nas demais áreas afetas ao Promotor de Justiça, salientando, em qualquer hipótese, a impossibilidade de tutela individual do consumidor.

Caso seja identificada, na reclamação (notícia) trazida pelo consumidor, prática de infração consumerista a direitos transindividuais de natureza coletiva, ao Promotor de Justiça caberá tomar as providências que considerar convenientes.

3.3.7 – Audiências públicas

A fim de resolver questões de monta, com graves repercussões econômicas e sociais, o Promotor de Justiça poderá, como forma de atuação mais democrática e aberta, realizar audiência pública, para instruir e/ou conhecer a realidade social, em tese conflitante com os direitos do consumidor.[7)]

Ajuizamento de ações civis públicas e ações coletivas.[8)]

Sempre que necessário, o Promotor de Justiça, após detida análise do caso e das possibilidades e conseqüências decorrentes de seu agir, ajuizará as ações pertinentes para a solução de problemas decorrentes da inobservância das leis e do direito consumerista.

Deverá observar, em cada caso, os critérios de competência estabelecidos para a propositura das ações.[9)]

[1)] *Vide* CF/88, arts. 127, *caput*, 128, § 5º, II, "b", e 129, III e IX.

[2)] Conforme anteriormente relatado, as atividades do PROCON-MG foram transferidas ao Ministério Público estadual (CE-MG, art. 14 do ADCT).

[3)] Sobre a realização de projetos educativos consumeristas, leia-se o Manual do Consumidor, de autoria do Promotor de Justiça Amauri Artimos da Matta, 1996.

[4)] Vide LC nº 66/2003.

[5)] Um dos projetos de execução permanente pelo PROCON-MG, com vistas à educação para o consumo, é o PROCON-MIRIM, destinado a crianças e pré-adolescentes do ensino fundamental.

[6)] A propósito, ler a Nota Técnica nº 08 do PROCON Estadual em http://www.mp.mg.gov.br/procon.

[7)] Trata-se de importante e moderna forma de atuação ministerial, marcada pelo diálogo aberto e irrestrito acerca de problemas que afligem diretamente os segmentos sociais interessados. Tem por escopo a oxigenação e ampliação da discussão, para além do plano estritamente jurídico, com a inclusão de dados econômicos, sociais, culturais, entre outros. Sempre que possível, será de grande utilidade fazer-se acompanhar de profissionais especializados no setor afeto ao problema, oriundos de órgãos públicos ou privados, para esclarecimentos e proposições sobre os problemas detectados e expostos em audiência.

[8)] Sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da ação coletiva, a jurisprudência já pacificou o entendimento no sentido de sua possibilidade. No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. afirma que: "É a defesa do consumidor, por meio da ação coletiva – quer para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos – é questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1º do CDC, interesse social esse cuja proteção é objetivo institucional do Ministério Público, segundo o art. 127, caput, da Constituição Federal. Está, portanto, na Carta Magna a legitimação do Ministério Público para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos." (in **Revista de Direito do Consumidor**. v. I. São Paulo, 1992. p. 206.)

[9)] DC, art. 93, I e II.

3.3. Atuação no juízo criminal

No que se refere à atuação do Promotor de Justiça no juízo criminal, além das atribuições e recomendações veiculadas pelas demais Promotorias criminais, cuja repetição será inócua, algumas peculiaridades devem ser salientadas.

Com relação às atribuições do Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, vale destacar que este tem atribuição para oficiar em feitos criminais cujas infrações envolvam relações de consumo ou, ainda, sejam por elas motivadas.[1)2)]

Todos os crimes previstos no CDC são, pela Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, considerados de menor potencial ofensivo.[3)]

Os crimes previstos na Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária e as relações de consumo), a partir do art. 7º, permitem a *suspensão condicional do processo*.[4)]

Em grande parte, as infrações penais contra as relações de consumo consistem nas denominadas *normas penais em branco*, cuja complementação normativa se faz por disposições legais[5)] ou regulamentares.[6)] Recomenda-se, nas hipóteses em que a infração extrapenal ainda estiver em fase de apuração nas instâncias próprias[7)], aguardar o resultado destas para a propositura da ação penal.[8)]

3.4.1 – Sujeito ativo

É o fornecedor (CDC, art. 3º). A responsabilidade penal recairá, às vezes, sobre os administradores e diretores da empresa fornecedora, nas hipóteses elencadas no art. 75 do CDC.[9)]

A *denúncia* deverá, tanto quanto possível[10)], individualizar as condutas dos agentes envolvidos no fato criminoso, sob pena de inépcia[11)], bem como de impossibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa. A condição, tão-somente, de gerente, administrador, sócio da empresa ou qualquer outra função de direção da empresa fornecedora autora do delito, por si só, não torna essas pessoas agentes responsáveis pelo fato criminoso.[12)]

3.4.2 – Bem jurídico

Entende-se que o bem jurídico tutelado nesses crimes é a relação de consumo, assim entendida como a relação jurídica travada entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto um produto ou serviço.

Trata-se, portanto, de negócio jurídico qualificado, especial, portador de interesse social, coletivo e difuso.[13)]

Os danos ao bem jurídico nesses crimes, correspondentes a lesões a direitos do consumidor, são de três categorias:

* de informação;[14)]
* que qualidade (impropriedade) do produto ou serviço;[15)]
* relativos a práticas comerciais (abusivas).[16)]

---

1) Desse modo, o crime de estelionato, praticado na forma do golpe do toma, estará afeto ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, sempre que verificado no contexto de uma *relação de consumo*.

2) Os crimes previstos no art. 1º (incisos I e II) da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, quando referentes a relações de consumo, serão de atribuição da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. Nos demais casos, competirão à Promotoria de Justiça da Ordem Econômica, conforme expresso comando legal: *"Art. 1 Constitui crime contra a ordem econômica: [...]"*.

3) Hipótese em que será possível a transação penal, recomendando-se ao Promotor de Justiça, além da propositura de medidas restritivas de direitos (art. 43, do Código Penal), a publicação de contrapropaganda, na forma do art. 78, II do CDC. Entre as medidas restritivas de direitos, vale lembrar que, caso resultem na aplicação da *prestação pecuniária* (art. 43, inciso I c/c 45, § 1º), esta, quando não reverter em proveito da vítima ou de seus dependentes, será destinada, exclusivamente, ao FEPDC (Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor), instituído pela Lei Complementar Estadual nº 66/2003.

[4] Lei Federal nº 9.099/95, art. 89. Poderão ser propostas as mesmas medidas restritivas de direitos descritas no item anterior (nota de rodapé nº 40).
[5] Norma penal em branco *homóloga*.
[6] Norma penal em branco *heteróloga*.
[7] As instâncias próprias podem ser *penais* (ligadas a órgãos afetos à persecução penal) ou *extrapenais* (de natureza cível, administrativa).
[8] Medida importante que evita a propositura indevida de processos penais persecutórios, haja vista que as instâncias próprias, dada a sua especialidade, permitem atingir grau elevado de certeza quanto a materialidade e autoria do fato imputado. Tal precaução revela–se quase imprescindível, por exemplo, nos casos de adulteração de combustíveis.
[9] "Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas."
[10] Nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra escancarada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, dentro do contexto fático que dispõe o Ministério Público no limiar da ação penal, permitindo-se razoável descrição da participação de cada agente. Precedentes. A instrução criminal se presta para esclarecer e pormenorizar de que forma o réu participou dos delitos que lhe são imputados, permitindo ampla dilação dos fatos e provas, quando os pacientes poderão levantar todos os aspectos que julgarem relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, da materialidade do crime, ou, ainda, da existência de excludente de culpabilidade. (STJ - HC 56243/MG Ministro GILSON DIPP - 5.º Turma)
PENAL - CRIME ESTELIONATO - ART. 171 CP -ABSOLVIÇÃO - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - ART. 7, VII, DA LEI nº 8.137/90 - INDUZIR O CONSUMIDOR EM ERRO POR AFIRMAÇÕES FALSAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. Responde criminalmente o representante legal da empresa que permite aos seus prepostos fornecerem informações falsas ao consumidor, induzindo-o ao erro, especialmente quando é a empresa a beneficiária da fraude. - O crime contra relações de consumo absorve o crime de estelionato, praticado no âmbito das relações de consumo, em face de seus elementos constitutivos. (TJMG – Ap. Criminal nº 2.0000.00.517736-6/000 - Rel. Walter Pinto da Rocha).
[11] PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI Nº 8.137, ART. 5, II). DENÚNCIA INEPTA. TRANCAMENTO. A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa, uma das mais importantes franquias constitucionais. - Contém a mácula da inépcia a denúncia que formula acusação genérica de prática de crime contra as relações de consumo, sem apontar de modo circunstanciado a participação dos réus no fato delituoso. - A mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência de crime no processo de venda, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em Juízo. - Recurso ordinário provido. *Habeas-corpus* concedido (STJ - RHC 8320/SP - Ministro VICENTE LEAL 6.º Turma).
[12] Haja vista a adoção do princípio da culpabilidade em nosso sistema jurídico penal, o qual veda a responsabilidade penal objetiva.
[13] Quanto à natureza de direito público das relações de consumo, *vide* art. 1º, *caput*, do CDC. Todos os crimes que atentam contra as relações de consumo desafiam ações penais públicas incondicionadas (CP, art. 100).
[14] Tem por fundamento os arts. 6º, II e III, e 7º c/c arts. 9, 30, 31, 36 a 38, todos do CDC. Exemplo de crime dessa natureza: art. 7, VII, da Lei nº 8137/90.
[15] Baseia-se, conforme o caso, nos arts. 6º, I, VI e 7º c/c arts. 8º, 10, 12 a 14, 18 a 21, do CDC. O crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8137/90, trata de hipótese de típica de delito, cujo fundamento é a falta de qualidade (impropriedade) do produto ou serviço – vide, em especial, arts. 18, § 6º, e 20, § 2º, ambos do CDC.
[16] Referidos crimes têm por fundamento o arts. 6º, IV, c/c 39 do CDC, e visam harmonizar interesses dos partícipes das relações de consumo. A propósito, o art. 71 do CDC incriminou a prática abusiva da *cobrança vexatória* do consumidor.

3.4. Atuação no juízo cível

3.5.1 – Esboço histórico

Impulsionado pelo advento da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), o Ministério Público tornou-se agente expressivo de modificação da realidade social com o manejo da ACP, por força da conformação constitucional recebida em 1988.

Contudo, com o surgimento do CDC, modificou-se sobremaneira a forma de condução e tutela dos direitos coletivos do consumidor, com a ampliação de possibilidades de atuação do órgão ministerial de execução, alcançando, inclusive, os ditos *interesses individuais homogêneos*, ao lado dos direitos coletivos e difusos, já previstos desde a ordem jurídica pretérita. Nem por isso se olvide dizer que o legislador ordinário criador do CDC não poderia ampliar hipóteses de agir ministerial não previstas na Constituição – à época da Constituinte, de fato, elas, nem sequer existiam[1] como espécies processuais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Certo é que a atuação do Ministério Público sempre será cabível em defesa dos interesses difusos. Com relação aos direitos coletivos e individuais homogêneos, atuará, desde que:

- haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (ainda que potencial);
- seja sobremaneira acentuada a relevância social do bem jurídico tutelado;
- seja necessária a defesa da estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja tutela interesse a toda a coletividade dos consumidores;
- Atualmente, vislumbra-se, sem maiores dificuldades e com as ressalvas acima expostas, o amplo espectro de atuação do Promotor de Justiça na defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos (*stricto sensu*) e difusos em matéria consumerista.

3.5.2 – Peculiaridades

No trato das ações civis públicas, nenhum reparo ou observação há de ser feito quanto ao exercício e condução do processo, bem como quanto à atuação do Ministério Público na condição de *custos legis*, razão pela qual remeto o Órgão Ministerial à leitura do tópico *Introdução* relativo à atuação do Promotor de Justiça no juízo cível.

Entretanto, ao serem ajuizadas ações coletivas, quais sejam, aquelas destinadas à tutela de direitos individuais homogêneos, seja pelo Promotor de Justiça, seja por quaisquer outros co-legitimados[2], fazem-se necessárias algumas observações, dada sua aplicação restrita ao microssistema do processo coletivo consumerista. São elas:

- publicação de edital, na forma do art. 94 do CDC;[3]
- promoção da liquidação e execução coletiva do *fluid recovery*, nos casos de condenações resultantes da ação coletiva, conforme art. 100;[4]
- assunção do pólo ativo do processo pelo Ministério Público, quando houver a desistência infundada ou abandono da ação por co-legitimado, na ação coletiva.[5][6]

3.5.3 – Execução de termos de ajustamento de conduta e termos de acordo

Cabe ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor da comarca de domicílio do compromissado o ajuizamento da ação de execução de título executivo judicial, lastreada em termos de ajustamento de conduta e termos de acordo celebrados pelo Órgão Ministerial, por Órgão Ministerial diverso ou, ainda, pelos demais órgãos e entidades co-legitimados, quando estes não o fizerem.[7][8]

Em respeito ao devido processo legal, bem como a outros direitos e garantias fundamentais, ocorrendo a hipótese de um aparente descumprimento do ajuste firmado, recomenda-se ao Promotor de Justiça, antes do ajuizamento do processo executivo, a realização de um procedimento administrativo formal de verificação do descumprimento da obrigação assumida, seja em termo de ajustamento de conduta, seja em termo de acordo.[9][10]

3.5.4 – Atuação como fiscal da lei (custos legis)

Na sua atuação como *custos legis*, o Promotor de Justiça, ao produzir seu parecer de mérito, sempre opinará em favor do melhor direito, e não da parte que determina a atuação ministerial.

Ao contrário, na dilação probatória, permitirá atuação mais voltada para o consumidor, requerendo a baixa dos autos em diligência, quando necessário, solicitando provas, etc. Deverá evitar e coibir, na medida do possível, atos meramente protelatórios e incompatíveis com a segurança, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.

---

[1] "Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados. Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa. Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.
Apesar de alguma divergência, a linha preponderante é no sentido do reconhecimento da legitimação, havendo casos em que esta é negada não em face de sua eventual inconstitucionalidade, mas porque se trata, na espécie concreta, de pequeno número de interessados, estritamente definido." (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 545-6)
No mesmo sentido:
Função institucional do Ministério Público. Direitos individuais e homogêneos. Limites. A função institucional do Ministério Público é definida pela CF (art. 129) e abrange a defesa dos direitos coletivos, dos quais são espécies os direitos individuais e homogêneos. A lei infraconstitucional, ou o intérprete, não podem reduzir a função institucional constitucionalizada. O fato de o Código do Consumidor ter introduzido normas relativas a ações coletivas, das quais o Ministério Público pode ser titular, não limita a Ação Civil Pública nem permite concluir que os interesses individuais homogêneos só são amparados nas relações de consumo. A matéria tributária, quando une número significativo de pessoas hipossuficientes, é direito coletivo que pode e deve ser sustentado pelo Ministério Público, para evitar a multiplicação de demandas repetitivas, em que, segundo a jurisprudência, a Fazenda Pública é invariavelmente condenada, ocasionando danos ao patrimônio público. Tratando-se de taxa de iluminação pública, envolvendo grande massa de hipossuficientes, cujo valor financeiro individual é pequeno, mas grande a lesão integral aos contribuintes e ao patrimônio público, patenteia-se o interesse social segundo a Constituição para ensejar a iniciativa constitucional do Ministério Público. ACÓRDÃO Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR, VENCIDO O REVISOR , E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO. (Apelação (Cv) Cível nº 000.200.704-5/00, 4ª Câmara Cível do TJMG, Governador Valadares, Rel. Des. Almeida Melo. j. 23/11/2000, maioria).

[2] CDC, art. 91 c/c 82, I a IV.

[3] Peculiaridade afeta ao trato das ações civis coletivas de consumo, a publicação de edital atende à especial característica do direito tutelado (que é intrinsecamente individual), com vistas a possibilitar a adesão de consumidores ao processo. Trata-se de exigência legal (CDC, art. 94) geradora de nulidade do processo, razão pela qual é de se ressaltar sua importância, seja na atuação ministerial como autor (legitimado extraordinário), seja como fiscal da lei, zelando pela sua observância, quando ajuizados pelos demais co-legitimados.

[4] Prescreve o art. 100 do CDC a possibilidade de liqüidação e execução das indenizações potencialmente existentes e não executadas pelos consumidores (*fluid recovery*), após transcorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado da ação coletiva.

[5] Tal como ocorre na ACP, o Ministério Público, verificando a ocorrência das hipóteses legais (§ 3º do art. 5º, da Lei Federal nº 7.347/85, com a redação dada pelo CDC), irá assumir a titularidade da ação coletiva, salvo quando se tratar de ações plurissubjetivas, cujo objeto estará adstrito, apenas, à tutela de direitos dos próprios associados.

[6] Hugo N. Mazzilli (in **A defesa dos interesses Difusos em Juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 350) entende que a recusa do Órgão Ministerial em assumir a titularidade da ação coletiva, por analogia ao sistema estatuído para o inquérito civil, deverá submeter, previamente, suas razões ao Conselho Superior do Ministério Público.

[7] Lei Federal nº 7.347/85, art. 5º, § 6º.

[8] Resp nº 222582/MG.

[9] Nos termos firmados na própria Promotoria de Justiça, o procedimento de verificação de eventual descumprimento do TAC ou do TA poderá se dar no bojo do respectivo inquérito civil de origem do termo. Ao se tratar de TAC firmado em outra Promotoria (comarca diversa, por ex.), o procedimento será instaurado sob a forma de procedimento preparatório (administrativo) ministerial. Em ambos os casos, porém, serão admitidos atos pelo compromissário, para esclarecimentos e justificativas, em respeito à ampla defesa, a fim de que se evite o ajuizamento desnecessário de execução judicial.
[10] A propósito, ver Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do processo administrativo federal), aplicável analogicamente.

3.5. Atuação administrativa
Informações preliminares

Ao lado da atuação administrativa típica do órgão ministerial, ou seja, a instauração de inquérito civil, temos ainda, por expresso comando constitucional[1)], transferidas ao Ministério Público as atividades do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor. Os arts. 22 a 24 da Lei Complementar Estadual nº 61/01 conferem as características básicas, prerrogativas e competências administrativas do PROCON-MG, para o cumprimento de seu mister institucional.[2)]

Vale salientar que, entre as competências do PROCON-MG, como seria de se esperar de qualquer outro PROCON, encontra-se o *poder de polícia administrativa*, o qual permite adotar medidas auto-executáveis, sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Tais instrumentos de atuação já se mostraram muito eficientes na defesa do consumidor, citando-se, por exemplo, a questão do combate à adulteração de combustíveis, com resultados expressivos na melhora dos produtos nesse segmento de consumo.

Contudo, cabe ao Promotor de Justiça, com atribuição na defesa do consumidor, a escolha dos mecanismos que considerar mais eficientes e efetivos no trato da defesa desses direitos.

[1)] CE-MG, art. 14 do ADCT.

[2)] "Art. 22 - Fica criado o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor (PROCON-MG), na estrutura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, para fins de aplicação das normas relativas às relações de consumo, especialmente as estabelecidas na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997.
Art. 23 - Compete ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, órgão vinculado diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça, exercer, por meio de sua Secretaria Executiva, a coordenação da política do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC), com competência, atribuições e atuação em todo o Estado, cabendo-lhe:
I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor;
II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;
III - dar atendimento e orientação permanente aos consumidores sobre seus direitos e garantias, processando regularmente as reclamações fundamentadas;
IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;
V - fiscalizar as relações de consumo e aplicar as sanções e penalidades administrativas previstas na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;
VI - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e pela legislação complementar;
VII - elaborar e divulgar anualmente o cadastro estadual de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e remeter cópia ao órgão federal incumbido da coordenação política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; VIII - celebrar convênios e termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985;
IX - elaborar e divulgar o elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas nas relações de consumo no âmbito do Estado e divulgar o elenco elaborado pelo órgão federal competente;
X - exercer as demais atividades previstas pela legislação relativa à defesa do consumidor e desenvolver outras compatíveis com suas finalidades.
§ 1º - A Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor será integrada pelos Promotores de Justiça com atribuições na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital e será dirigida por Secretário Executivo designado pelo Procurador-Geral de Justiça.
§ 2º - A distribuição de serviços e as atividades do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor serão regulamentadas por ato conjunto dos integrantes da Secretaria Executiva.
§ 3º - Das decisões proferidas pelas autoridades julgadoras integrantes da Secretaria Executiva nos processos administrativos caberá, no prazo de dez dias contados da data da intimação, recurso voluntário sem efeito suspensivo.
§ 4º - Na hipótese da cominação de pena de multa, o recurso será recebido com efeito suspensivo.
§ 5º - Da decisão que, em processo administrativo, julgar insubsistente a infração recorrerá de ofício a autoridade julgadora que o presidiu.
§ 6º - Fica criada a Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, composta por, no mínimo, três Procuradores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça, à qual compete proferir decisão administrativa definitiva em julgamento dos recursos voluntários e necessários interpostos contra as decisões das autoridades julgadoras nos processos administrativos.
Art. 24 - As multas aplicadas nos termos dos arts. 56, I, e 57, *caput*, da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, reverterão ao Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, na forma prevista em lei."

3.6. Atuação extrajudicial típica

Inquérito civil

Instrumento concebido na Lei da ACP, e respaldado na Constituição[1], como procedimento administrativo de atribuição exclusiva do Ministério Público para a verificação da existência de lesão ou ameaça de lesão a direito transindividual, bem como para apuração de responsabilidades.

Apresenta nítida natureza investigativa e inquisitorial, prestando-se à colheita de elementos de prova suficientes para a propositura de Ação Civil Pública e de Ação Coletiva de Consumo, razão pela qual não se aplica, nesse momento, qualquer sanção aos investigados.

O objeto do inquérito civil é o mais amplo possível, dentro das possibilidades de atuação do Ministério Público, podendo referir-se a um fato determinado ou a um conjunto de fatos que revelem um estado de coisas contrário aos interesses da coletividade.[2]

Caso se constatem, no curso das investigações, indícios e provas da prática de ilícito penal, nada impede que esses dados, obtidos no inquérito civil, sirvam de elemento para a propositura de ação penal.[3]

Assim como ocorre com o inquérito policial, o inquérito civil não é indispensável (obrigatório) como etapa precedente à propositura de ações judiciais pelo órgão ministerial.[4]

Após instrução do inquérito civil, caso o Promotor de Justiça não vislumbre os elementos necessários para a adoção de nenhuma medida posterior, judicial ou extrajudicial, ou com a realização das medidas extrajudiciais de recomendação ou ajustamento de conduta, quando não mais restarem iniciativas a serem tomadas, proporá, fundamentadamente, o arquivamento do feito, submetendo sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público, para que, ratificando-a ou não, exerça o controle da atividade ministerial.[5]

Sobre as informações e outros dados obtidos em função das investigações, alerta-se ainda o membro do Ministério Público para que faça uso responsável delas, sob pena de responsabilização pessoal pelos danos porventura causados.[6]

Recomendação

Instrumento concebido na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, reproduzido na Lei nº 34/94 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais)[7], no sentido de orientar e recomendar aos responsáveis a adoção de medidas que possam favorecer a adequada prestação de serviços públicos ou o respeito a bens, interesses e direitos transindividuais, cuja tutela caiba ao Ministério Público.

Embora não tenha caráter obrigatório, a recomendação serve de advertência a respeito das implicações de sua inobservância, devendo ainda ser justificada, a fim de que o recomendado se convença da legalidade e justeza de suas disposições.[8] Sugere-se dar a mais ampla publicidade à recomendação ministerial, seja pelo Ministério Público, por seus próprios meios, seja pela imprensa, ou mesmo pelo destinatário da recomendação, caso isso seja objeto de acordo entre as partes.[9]

Conforme a Resolução CNMP nº 23/2007, é vedada a utilização da recomendação como substituta ao inquérito civil e da ação civil pública.

---

[1] CF/88, art. 129, III.

[2] Sugere-se a definição, minimamente criteriosa, do fato ou problema investigado, a fim de que se evite a universalização da investigação, o que pode redundar na impossibilidade de atingimento dos objetivos persecutórios, dificultando sua conclusão. Nesse sentido, vislumbra-se, com o fito de racionalização dos trabalhos, a possibilidade de cisão do inquérito civil, em tantas quantas forem as vertentes de investigação.

[3] Embora o inquérito civil possa servir de base para a propositura de ação penal, não se deve, por isso, elevá-lo a única ou principal forma de apuração de infrações penais – para isso, temos o inquérito policial. Desse modo, em determinadas situações excepcionais, não há quaisquer óbices à apuração de fatos penalmente relevantes pelo órgão do Ministério

Público, embora reconheça a celeuma, ainda existente entre os órgãos policiais e o Ministério Público, sobre a competência para a investigação de fatos penais.

[4)] Em sentido inverso, vide o artigo de Dallari, Adilson Abreu. **Obrigatoriedade de realização de inquérito civil**. Revista Interesse Público. n. 1. 1999. p. 7/18.

[5)] Na hipótese de o Conselho Superior do Ministério Público rejeitar a proposta de arquivamento do inquérito civil, em consideração ao princípio da independência funcional do órgão de execução, será designado outro Promotor de Justiça para o prosseguimento das investigações ou outras medidas determinadas pelo órgão de controle.

[6)] Vide LC nº 75/93, art. 8º § 1º e Lei Federal nº 8.625/93, art. 26, § 2º.

[7)] LCE nº 34/94, art. 67, VI (revogado pela LCE nº 99/07 com efeitos suspensos por medida cautelar na ADI 3946).

[8)] Orienta-se, nesse particular, que o Promotor de Justiça, ao expedir recomendações, o faça nos estritos limites da lei, conclamando os destinatários a cumprir fielmente suas disposições, alertando, inclusive, para as conseqüências jurídicas de seu não atendimento.

[9)] Vide disposições acerca do termo de ajustamento de conduta.

3.7 Atuação extrajudicial atípica

Mecanismos de atuação do Promotor de Justiça à frente do Procon-Mg

[1)]

Conforme dito alhures, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por força de disposição constitucional expressa[2)], passou a titularizar, com exclusividade, as competências do órgão estadual de proteção e defesa do consumidor (PROCON-MG).

Desse modo e considerando a forma peculiar de atuação do Promotor de Justiça na condição de autoridade administrativa do PROCON-MG[3)], faz-se necessária a descrição dos instrumentos de ação administrativa do órgão de defesa do consumidor e suas formas de ação, baseadas na estrita observância do regime jurídico administrativo.

Medidas cautelares

Nota de destaque na atuação do Promotor de Justiça, no manejo dos instrumentos de atuação na defesa do consumidor enquanto PROCON-MG, é a possibilidade de se servir de medidas administrativas cautelares. Tais medidas, desde que necessárias e atendidos seus pressupostos, são de grande valia e têm por escopo fazer cessar, interromper, atos tendentes a causar prejuízos ao consumidor. Revestem-se, por exemplo, dos atributos da auto-executoriedade e da imperatividade, sendo, pois, de cumprimento obrigatório, sem a necessidade de prévio ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário. Desse modo, é instrumento célere e valioso na efetivação de direitos do consumidor e, principalmente, na prevenção de danos a estes, concretizando, assim, direito básico do consumidor, constante do art. 6º, VI, do CDC.[4)]

Investigação preliminar

Instrumento análogo ao inquérito civil, utilizado para a investigação de fatos indicadores de lesão ou ameaça de lesão a interesses consumeristas. Previsto no art. 33, § 1º, do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Recomenda-se a adoção da investigação preliminar quando do recebimento, pelo Promotor de Justiça, de representações de entidades e pessoas, físicas e jurídicas, com a notícia de fatos, em tese, indicativos de infração a direitos do consumidor, visto que as provas, porventura existentes, foram unilateralmente produzidas.[5)]

Processo administrativo

Nas hipóteses em que restar caracterizada a prática de ilícito consumerista, o Promotor de Justiça poderá servir-se do *processo administrativo*, com vistas à aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC.[6)]

Usualmente, são duas as formas pelas quais tem início o *processo administrativo*:[7)]

- auto de infração, lavrado por agente fiscal do PROCON-MG;
- portaria.

O *auto de infração* vem exaustivamente descrito no art. 35, inciso I, do Decreto nº 2.181/97, letras “a” a “h”. É de se salientar que os autos de infração atualmente em uso no PROCON-MG têm todas as características legais, próprias da espécie em comento. É formalizado pelo agente fiscal do PROCON-MG[8)], em atos fiscalizatórios regulares, realizados junto ao mercado consumidor, ou, em casos especiais, mediante determinação específica da autoridade (Promotor de Justiça). Nesse caso, não se faz necessária a portaria do Promotor de Justiça, pois o auto de infração é a peça de instauração do processo.

A *portaria* tem sua forma legal definida no art. 40, incisos I e IV, do Decreto nº 2.181/97. Objetiva a individualização do fato constituinte da infração e a explicitação dos dispositivos legais pertinentes. Poderá, se presentes as circunstâncias autorizadoras, vir acompanhado de medidas cautelares. É ato exclusivo do Promotor de Justiça, na condição de autoridade administrativa do PROCON-MG.

Tanto o auto de infração quanto a portaria têm por escopo definir o objeto sobre o qual versa o processo

administrativo, possibilitando o exercício de defesa e contraditório.

Recomenda-se que ambas as peças de instauração do processo tragam consigo a notificação para a juntada aos autos de cópias do contrato social, estatuto (ou ato equivalente), atualizados, bem como da *Demonstração do Resultado do Exercício*, referente ao exercício financeiro imediatamente anterior ao da prática da suposta infração.[9)]

Iter procedimental

Iniciado por auto de infração ou portaria, o processo administrativo aguarda a *impugnação* (defesa) do fornecedor, a ser produzida em até 10 dias, contados da intimação do ato[10)]. É possível a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, na forma prevista pela Lei Federal nº 9.800/99.

Após recebimento de impugnação, verificar a existência de requerimento de perícias, análises de contraprova, entre outros atos de instrução, bem como pedido de celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC) ou termo de acordo (TA). Deferir aqueles que sejam pertinentes, notificando a empresa das diligências posteriores, para acompanhamento, se desejarem, por profissional especializado.[11)]

Caso haja dilação instrutória, o fornecedor será intimado do resultado das diligências, podendo defender-se em sede de *alegações* finais.[12)] Ao Promotor de Justiça é facultada a possibilidade de requerer diligências instrutórias complementares, após as quais sempre se dará vista ao fornecedor. Reiterar, se necessário, requisição de documentos ao fornecedor.[13)]

Após o encerramento da fase instrutória e verificada, pelo Promotor de Justiça, a verossimilhança da autuação contida no auto de infração ou na portaria, deverá ser oportunizada a solução conciliatória, consistente em proposta ministerial de termo de ajustamento de conduta (TAC) ou termo de acordo (TA), esse último quando a conduta do fornecedor já tiver sido adequada às normas pertinentes[14)] ou, ainda, quando a correção da conduta se mostrar inexeqüível[15)]. Sendo obtida a conciliação, o processo será suspenso até que se verifique o cumprimento integral do termo firmado, seguido de seu arquivamento, sujeito a controle pela Junta Recursal. Não sendo possível a solução conciliatória, por negativa do fornecedor acusado, o processo segue para *decisão administrativa*.

Decisão administrativa

Em sede de decisão administrativa, o Promotor de Justiça julgará a infração *subsistente ou insubsistente*.[16)]

Ao julgar subsistente a infração, aplicará as sanções cabíveis, entre as elencadas no art. 56 do CDC, ou, desde que haja autorização legal para tanto, outras sanções previstas em normas específicas. É, em todo caso, possível a cumulação de sanções, conquanto sejam pertinentes e úteis ao objetivo pretendido de proteção e defesa do consumidor. Da referida decisão de subsistência, cabe recurso voluntário[17)] no prazo de dez dias.

Se, do contrário, o Promotor de Justiça considerar insubsistente a infração, decidirá nesse sentido, submetendo, *incontinenti*, sua decisão, sob a forma de reexame necessário, ao órgão superior competente, isto é, à Junta Recursal do PROCON.

Sanções

As sanções previstas no CDC encontram-se elencadas no art. 56, incisos I a XII, sendo certo que, à exceção da multa (inciso I), poderão as demais, inclusive, ser objeto de medida cautelar, antecedente[18)] ou incidente de processo[19)]administrativo.

No magistério de Cláudia Lima Marques, as sanções comportam divisão em:

a) pecuniária;
b) objetivas;
c) subjetivas.

A *sanção pecuniária* consiste basicamente na imposição de multa, graduada conforme disposições legais

constantes do art. 57 do CDC. O PROCON-MG possui planilha informatizada própria para o cálculo das sanções pecuniárias, possibilitando, assim, a fixação objetiva, uniforme e isonômica do *quantum* da multa. Quando, na instrução do processo, não for dado conhecer a capacidade econômica do fornecedor, esta será arbitrada[20]. Somente será aplicada, após regular processo administrativo, julgado subsistente.[21]

As *sanções objetivas* são aquelas que resultam em medidas concretas quanto ao produto ou serviço, sobre o qual incide a conduta ilícita. Visa cessar ou interromper a propagação e perpetração de fatos atentatórios ao direito do consumidor. São comuns as medidas cautelares administrativas que se servem das sanções objetivas, antecedentes ao provimento final do órgão de defesa do consumidor[22], com vistas, no mais das vezes, à preservação da saúde e segurança do consumidor.[23][24]

Por fim, as *sanções subjetivas* são as que se referem diretamente à atividade do fornecedor, determinando a abstenção dela (CDC, art. 56, VII a XI), sob a forma de medidas de caráter geral ou, ainda, a imposição de uma obrigação de fazer, consistente na contrapropaganda (art. 56, XII). Têm caráter bifronte – preventivo e repressivo – de afetação da conduta do fornecedor que seja prejudicial aos legítimos interesses e direitos do consumidor.[25]

Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima *et al*. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

---

[1] Vide LCE nº 61/2001 e Resolução PGJ nº 49/2002.

[2] CE-MG, art. 14 do ADCT.

[3] Ao compatibilizar as competências administrativas do PROCON-MG com os objetivos e funções institucionais do Ministério Público, observa-se que, em uma interpretação sistemática dos dispositivos legais em questão, somente quando verificada a existência de interesses transindividuais e/ou indisponíveis, estará o órgão estadual autorizado a agir. Note-se, porém, que, em se tratando de PROCON municipal, não existe nenhuma vedação a sua atuação na defesa do consumidor, seja ele individual ou coletivamente considerado.

[4] Inserem-se nessa categoria de atos as interdições administrativas, as medidas suspensivas de comercialização e distribuição de produtos, busca e apreensão de mercadorias, proibição de fabricação de produtos, entre outras.

[5] Exemplo que caracteriza bem a questão acima descrita pode ser dada com relação ao problema de impureza e sujidades encontradas no café torrado e moído. Habitualmente, os sindicatos e associações de produtores de café encaminham ao PROCON-MG representação contra fornecedores, noticiando, embasados em laudos periciais, a existência de vícios de qualidade no produto café torrado e moído. Ocorre, porém, que, em razão de limitações administrativas e também em respeito ao devido processo legal, necessidade de contraditório e ampla defesa, não é possível a instauração, de plano, do processo administrativo. Assim, deve o Promotor de Justiça agir com a devida cautela e receber a representação como *notitia delicti*, passando, ato contínuo, a certificar-se a respeito da suposta infração, instruindo o procedimento inquisitivo com provas passíveis de suportar processo administrativo em contraditório.

[6] "Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão

do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste art. serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo."
Acerca da aplicação das sanções previstas no CDC, vide tópico específico abaixo.

[7)] O Dec. nº 2.181/97, art. 33, III, prevê ainda a modalidade de reclamação, porém esta é típica da ação dos órgãos oficiais de defesa do consumidor no tocante a interesses individuais. O recebimento de reclamações pelo Promotor de Justiça tem, por essa razão, apenas o condão de dar-lhe conhecimento da suposta prática de ilícito consumerista (*notitia delicti*).

[8)] Conforme a Resolução PGJ nº 49/2002, art.12, § 2º, com a redação dada pela Resolução PGJ nº 14/2003, são agentes fiscais do PROCON-MG os oficiais do Ministério Público em exercício nas Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Consumidor. Na hipótese de, extraordinariamente, ser necessária a designação de outro servidor, será previamente nomeado pelo Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor, mediante Portaria, *agente fiscal AD HOC*, com menção expressa das diligências a cumprir, bem como da autorização do Promotor de Justiça a que estiver subordinado. A respectiva Portaria acompanhará todos os atos praticados pelo agente fiscal designado e será anexada aos autos dos procedimentos em que este atuar.

[9)] Na generalidade dos casos, as empresas consideram, para efeito de exercício financeiro, o ano fiscal, compreendido entre o dia 1º de janeiro e 31 de dezembro.

[10)] A contagem dos prazos, no sistema dos processos administrativos do CDC, obedece à regra especial do art. 42 do Dec. nº 2.181/97: na contagem do prazo computa-se o dia do início. Caso algum dos prazos encerre-se em dia sem expediente normal na Promotoria, será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, no qual houver expediente normal.

[11)] Nas perícias, deve-se sempre facultar ao fornecedor acusado o acompanhamento da diligência por assistente técnico e a formulação de quesitos.

[12)] Em que pese o fato de as alegações finais não constarem do procedimento descrito no Dec. nº 2.181/97, em respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, ao fornecedor acusado deve-se permitir a produção de argumentos sobre as provas produzidas e carreadas aos autos após a *impugnação*.

[13)] Cópias do contrato social, estatuto (ou ato equivalente), atualizados, bem como da Demonstração do Resultado do Exercício, referente ao exercício financeiro imediatamente anterior ao da prática da suposta infração.

[14)] Demonstrada, de forma cabal, no processo administrativo.

[15)] Tal como ocorre nas hipóteses de encerramento ou alteração das atividades (objeto social) do fornecedor.

[16)] Procedente ou improcedente, respectivamente.

[17)] Caso seja aplicada a sanção pecuniária (multa), o recurso interposto terá efeito suspensivo; nas demais hipóteses, somente comportará efeito devolutivo.

[18)] Por medida cautelar antecedente ao processo administrativo, entenda-se medida cautelar inserta na investigação preliminar, que é a única espécie administrativa procedimental e pré-processual, prevista no Dec. nº 2.181/97.

[19)] Embora a redação do parágrafo único do art. 56 do CDC faça uso do vocábulo *procedimento*, entendo que a sua substituição por processo preserva melhor a técnica jurídica, uma vez que não se admite a tomada de medidas cautelares isoladas e independentes de quaisquer procedimentos.

[20)] Sugere-se, nos casos em que o fornecedor qualificar-se como *microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP)*, adotar-se os limites máximos de faturamento bruto anual, previstos para essas pessoas. - vide, a propósito, a Lei Federal nº 9317/96 e a Lei Complementar Federal nº 123/06.

[21)] Conforme se depreende do art. 57, *caput*, do CDC, a *contrario sensu*, as demais espécies de sanções poderão ser objeto de medidas cautelares administrativas.

[22)] Nesse sentido, são exemplos de medidas cautelares a apreensão de produto impróprio (art. 57, II), seguida, ou não, de sua destruição (art. 57, III – inutilização), bem como a medida de suspensão de fornecimento de produtos e/ou serviços (art. 57, VI).

[23)] Em especial, CDC, arts. 6º, I, 8º, 9º e 10.

[24)] Note-se que, em se tratando de medida cautelar pré-processual, nada obsta a que seja diferido o contraditório. Sempre que presentes as circunstâncias autorizadoras da adoção de cautelares administrativas, o princípio do devido processo legal será observado, haja vista que haverá a necessária ponderação entre o interesse do fornecedor, calcado constitucionalmente na garantia de propriedade privada (CF/88, art. 5º, XXII) e livre iniciativa (CF/88, art. 170), e a garantia estatal de defesa do interesse do consumidor (CF/88, art. 5º, XXXII), assim como, conforme o caso concreto, a preservação da vida, dignidade e integridade física e moral da pessoa (CF/88, art. 5º, *caput*).

[25)] *Vide* nota anterior (nº 99).

4. Atuação especializada nos direitos da criança e do adolescente

[1)]

Autora/Organizadora: *Promotora de Justiça Andréa Mismotto Carelli*

Esta versão atualizada do Manual de Atuação para Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais da área da Infância e Juventude é de grande relevância, por dois principais motivos. Primeiramente, trata-se de um ramo especializado, pouco aprofundado e, às vezes, nem sequer abordado nas faculdades de Direito. Em segundo lugar, é uma área tão nova quanto o público a que visa proteger. Além disso, a doutrina não dedica a esse tema o mesmo empenho aplicado a outros ramos jurídicos, o que se observa principalmente nas rotinas relacionadas ao operador do direito. Embora qualificada, a doutrina é ineficiente, resultando em prejuízo aos aspectos práticos e sobretudo à atuação do *Parquet*. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) está prestes a completar 25 anos, o que, em termos históricos, é pouco para ser absorvido pela sociedade.

Por essas razões, o Estatuto da Criança e do Adolescente não foi completamente implantado. Outra barreira é a dificuldade do Poder Judiciário em exigir do Poder Executivo condições apropriadas ao exercício de direitos em processos coletivos, provavelmente por conveniência, oportunismo, má-fé ou despreparo dos gestores da Administração Pública. Tais obstáculos deveriam levar o Ministério Público à reflexão, visando a fortalecer sua missão constitucional de garantir o exercício de direitos coletivos, cuja proteção é prioridade absoluta da República, nos termos do art. 227 da Carta de 1988.

Um dos escopos deste manual é ser peça-chave para uma atuação mais autônoma, articulada e uniforme do Promotor de Justiça. Serão abordadas questões práticas e polêmicas, com o objetivo de propor uma reestruturação na rede de proteção, a fim de que os direitos da infância e juventude sejam plena e universalmente exercidos.

Para tanto, a atuação do Promotor de Justiça da Infância e Juventude deve ser diferenciada. Mais do que se deter em processos e sugerir ações, o que o novo sistema requer é alguém que mobilize a comunidade, influencie a opinião pública e articule soluções conjuntas, estimulando gestores e sociedade civil organizada a criar, aperfeiçoar e monitorar políticas públicas ao público infantojuvenil, o que geralmente não se consegue por meio do ajuizamento de ações.

Na maioria das circunstâncias, não basta ajuizar a demanda. É preciso orientar o gestor, centrar esforços na elaboração do orçamento, mobilizar outras instâncias e até mesmo trabalhar diuturnamente, sob a premissa do ordenamento jurídico de que todos nós estamos compelidos a criar condições para o exercício dos direitos de crianças e adolescentes.

Por meio deste Manual, propõe-se que, inicialmente, o Promotor de Justiça mapeie a rede comunitária para diagnosticar suas deficiências, competências e lacunas e obtenha assim uma visão global das potencialidades locais. Em seguida, é preciso dialogar e criar condições para a qualificação da comunidade, demarcando a responsabilidade de cada um dentro das relações sociais.

Tais procedimentos têm o potencial de interromper uma prática deletéria comum em algumas comarcas: o encaminhamento eterno - a criança é encaminhada a um sem-número de instituições, sem que alguém realmente a assuma. Além do mais, essa mudança de atitude poderia agilizar a solução de emergências e proporcionar à Promotoria de Justiça condições de trabalhar de forma preventiva no controle das mazelas sociais.

Sem dúvida, a criminalidade e a corrupção são resultado da falta de investimento na criança e no adolescente nos mais de 500 anos de história do Brasil. Somente a renovação das políticas sociais, em conjunto com a atuação categórica do Ministério Público, poderá reverter o resultado negativo dessa trajetória.

- 4.1. Breve história do direito da criança e do adolescente
- 4.2. Alteração do paradigma do direito da criança e do adolescente

- 4.3. Peculiaridades da atuação na área
- 4.4. A primeiras atribuições do Promotor de Justiça da área da infância e da juventude
- 4.5. O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente
- 4.6. O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos
- 4.7. O Promotor de Justiça e o ato infracional
- 4.8. O Promotor de Justiça como fiscal da lei
- 4.9. O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais
- 4.10. Considerações finais
- 4.11. Apêndice

[1)] Na primeira edição desta obra o autor do texto da presente área foi o Procurador de Justiça José Ronald Vasconcelos de Albergaria.

4.1. Breve história do direito da criança e do adolescente

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são pessoas em estado de desenvolvimento e que, em razão disso, merecem tratamento diferenciado e prioritário é novidade na história da civilização, o que explica, mas não justifica a dificuldade de implementação da lei. O cenário social e o posicionamento do Direito revelam o valor que a criança e o adolescente tinham em cada época e evidenciam quem sempre foi o lado mais fraco.

A supremacia dos interesses da família – considerada sagrada pela maioria das religiões – em detrimento dos interesses da criança parece ter sido a tônica desde o início da história do homem sobre a Terra. Nas antigas civilizações, os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião, e não pela afetividade ou consanguinidade. O pai era a autoridade máxima e detinha poder absoluto sobre os filhos enquanto morassem com ele, independentemente da maioridade, pois ainda não havia distinção entre maiores e menores.

O direito romano consagrava ao *pater família* o direito de apor o seu nome nos componentes de seu patrimônio, razão pela qual a esposa e os filhos ganhavam o sobrenome do varão. Havia inclusive a regra de que o pai que não quisesse ressarcir danos causados pelo filho poderia entregá-lo à pessoa prejudicada para que esta o fizesse escravo e explorasse o seu trabalho.

As práticas ocorridas em Esparta também são eloquentes para caracterizar o pensamento vigente. O pai transferia a um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos a partir do momento em que completassem sete anos, com o intento de torná-los guerreiros, o que talvez fosse a principal meta daquela cidade-estado grega.

Na Idade Média, o crescimento da religião cristã influenciou as normas e deu início ao reconhecimento dos direitos das crianças ao pregar o direito de todos à dignidade, indistintamente. A Igreja foi aos poucos outorgando proteção aos menores e aplicando penas aos pais que os abandonassem. No entanto, essa proteção se restringia aos nascidos dentro do casamento, relegando aos filhos extramatrimoniais a bastardia e a discriminação.

No Brasil-Colônia, a legislação manteve o pai como autoridade máxima e assegurou a ele o direito de castigar o filho como forma de educá-lo, ignorando a ilicitude da conduta mesmo em caso de lesão ou morte do filho. O pai não sofria nenhuma sanção, pois entendia-se que estava exercendo legalmente seu direito.

Já com relação aos indígenas, houve uma inversão no tratamento às crianças, segundo Amin [1)], por interesses religiosos. Dada a dificuldade de catequizar índios adultos, os jesuítas perceberam que era mais simples educar as crianças e utilizá-las para atingir os pais, a fim de impor uma visão sacralizada. Os filhos passaram a inserir os pais na nova ordem moral.

Desse ponto em diante, iniciou-se uma prática comum por parte do Estado brasileiro em quase quinhentos anos de história: a de se apropriar da criação de crianças e adolescentes, não reconhecendo a família como instância adequada para tal, sobretudo se pertencesse a classes sociais desfavorecidas.

Em 1551, o Estado passou a atuar por meio da Igreja e fundou a primeira casa de recolhimento de crianças do Brasil, gerida por jesuítas. O objetivo era isolar crianças índias e negras do que consideravam má influência e costumes bárbaros dos pais, partindo do pressuposto de que as famílias desvalidas e de ascendência não europeia eram inábeis para educar sua prole. Consolidou-se uma política de recolhimento que se apropriava dos infantes para disseminar os valores caros à ordem dominante.

No século XVIII, o Estado passa a se preocupar ainda mais com órfãos e expostos. Na época, era muito comum abandonar crianças, principalmente ilegítimas (nascidas fora do casamento) e filhas de escravos, na porta de igrejas, conventos, residências e até mesmo na rua, fato que deu causa à importação da roda dos expostos, mecanismo europeu que perdurou no Brasil até a década de 1950. A roda dos expostos era um engenho instalado na porta das Santas Casas de Misericórdia, no qual havia um compartimento para que os bebês fossem ali depositados e que rodava para o interior do recinto, de modo a garantir o anonimato de quem abandonasse a criança. Estava institucionalizado o desamparo, o abandono, e, ainda, oferecia-se ao autor de tal desumanidade um engenho que lhe garantisse o anonimato, como se a criação de uma criança fosse um estorvo. Além disso, afastar o bebê da família era considerado a medida mais adequada para o

desenvolvimento e a sobrevivência do infante.

O início do período republicano foi marcado pelo crescimento da população de cidades como Rio de Janeiro e São Paulo. As mazelas sociais, como doenças e falta de moradia, se agravaram, exigindo medidas urgentes e cruciais, pois aquele era o momento de construção da imagem da República. Entidades assistenciais foram fundadas para intensificar o recolhimento, e o pensamento social oscilava entre assegurar direitos e "se defender" dos menores. Mais de um século depois, o anseio social dominante não é muito diferente.

Construiu-se nesse contexto a Doutrina do Direito do Menor, fundamentada no binômio carência/delinquência e na noção de que o Estado deveria "proteger" os menores, mesmo à custa da supressão de suas garantias. Naquele momento, a tutela da infância se caracterizou pelo regime de internações e a quebra de vínculos familiares, substituídos por vínculos com instituições. O objetivo era "recuperar" o menor, adequando-o ao comportamento desejado pelo Estado, mesmo que fosse necessário afastá-lo dos familiares. A preocupação era correcional, higienista, e não afetiva. O próprio fato de ser menor já trazia em seu bojo a ideia de alguém a ser recuperado, como se menoridade fosse delinquência.

A criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), na década de 1960, foi mais um incentivo à política de segregação, a qual demonstrou ser um instrumento hábil para imposição da instituição estatal como forma de controle político sobre a população mais jovem.

No entanto, esse paradigma foi quebrado entre 1980 e 1990, quando se difundiu o pensamento de que as crianças deveriam ser criadas por suas famílias e que a entidade familiar (biológica ou não) é essencial à pessoa em formação. Esse novo conceito se consolidou e foi incorporado à Constituição da República de 1988, nos art. 227, 4º e 16, inc. V, e de modo destacado no Capítulo III, Título II da Lei nº 8.069/90.

Essa ruptura de paradigma não ocorreu de um dia para outro, muito pelo contrário, e por isso merece ser devidamente contextualizada. No século XX, houve um notável avanço de disciplinas como pedagogia, psicologia, medicina e psicanálise, que elaboraram teorias sobre o estado de ser criança e suas necessidades diferenciadas. Os trabalhos empreendidos por Freud, Melanie Klein, Lacan, Piaget, Winnicott e Paulo Freire, por exemplo, foram extremamente reveladores das vicissitudes enfrentadas por quem se encontra em desenvolvimento físico e psíquico. O entendimento propiciado por esses estudos e o cenário político brasileiro entre 1980-1990 deram vazão ao novo paradigma que viria nortear o direito da criança e do adolescente e encarregaria de sua tutela o Ministério Público.

Ao fim do longo regime militar instituído pelo Golpe de 1964, que suprimiu os direitos de reunião e de expressão do pensamento e privou a população de participar de atos ligados à República, a sociedade de dezembro de 1983 se viu mais apta a se manifestar contra os problemas sociais, até então mascarados pela censura aos meios de comunicação.

O cenário social foi se revelando na medida em que a censura caía e os meios de comunicação se reorganizavam. Desemprego, fome, violência, altos índices de analfabetismo, aglomeração de populações em favelas em torno dos grandes centros urbanos e uma total ausência de políticas públicas e exclusão impulsionaram as manifestações populares a reivindicar direitos que lhe foram negados. Crianças e adolescentes se destacaram como as vítimas mais frágeis das mazelas que se descortinavam, causando comoção e revelando o efeito negativo dos 500 anos de negação dos direitos fundamentais.

Por outro lado, os partidos políticos começaram a se organizar. A Assembleia Nacional Constituinte foi convocada a reparar a omissão em relação ao público infantojuvenil, até então tratado como objeto de intervenção do mundo adulto e não reconhecido como sujeito de direitos. Diante desse panorama, a Constituinte estabeleceu a proteção dos interesses da infância e da juventude como única prioridade absoluta da República e elaborou o art. 227 da Carta Magna. Passou-se do princípio da situação irregular para o da proteção integral.

[1)] AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

4.2. Alteração do paradigma do direito da criança e do adolescente

A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos de crianças e adolescentes ancora-se na extrema renovação jurídica regulamentada pela Constituição da República de 1988, que rejeitou a doutrina da situação irregular, disseminada principalmente pelo Código de Menores, e priorizou a infância e juventude no Estado de Direito Brasileiro. De forma absolutamente inovadora, crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos fundamentais, e a responsabilidade de garantir esses direitos recaiu não só sobre a família, mas também sobre o Estado e a sociedade.

Em termos jurídicos, a alteração do paradigma retirou da doutrina a noção de situação irregular e implantou a de proteção integral, fruto de uma longa sucessão de fatos que resultou na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), microssistema aberto de regras e princípios criado em 1990 para dar efetividade ao art. 227 da Constituição Federal.

Sobre essa sucessão de eventos, escreve Amin:

> ”O primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações.
>
> Contudo, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos carecedoras de proteção e cuidados especiais. O documento estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.
>
> A ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano de direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979, montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44”[1].

A doutrina da situação irregular perdurou por quase um século e era limitada. O Juiz de Menores restringia sua atuação ao binômio carência/delinquência, e se limitava a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular estabelecido no art. 2º do Código de Menores. Ele centralizava as funções jurisdicionais e administrativas, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Todas as demais questões envolvendo crianças e adolescentes eram discutidas na Vara de Família e regidas pelo Código Civil.

Os limites de atuação do juiz eram indefinidos, e os princípios de tripartição dos Poderes e de inércia do Poder Judiciário ficavam em segundo plano. O Juiz de Menores exercia função de pai, o que aparentemente bastava ao sistema, sob o pressuposto de que, por ser magistrado, homem e possível pai de família, sabia o que era melhor para a criança a ele apresentada. A inconsistência dessa lógica pode ser comprovada pela complexidade social e psicológica que envolve a história de cada pessoa que chega ao sistema de Justiça.

A situação irregular era uma doutrina não universal, direcionada a um público infantojuvenil específico e enquadrada no binômio carência/delinquência, ideologia disseminada na época. Não se tratava de uma doutrina garantista ou cidadã; agia apenas na sequência, e não na causa do problema. Era um Direito do Menor que agia sobre ele como objeto, e não como sujeito de direitos. A doutrina da proteção integral, por sua vez, rompeu com o Código de Menores, que obviamente não trouxe benefícios, e absorveu os valores definidos na Convenção dos Direitos da Criança.

A responsabilidade de assegurar esses direitos é atribuída primeiramente à família e estendida ao Estado e à sociedade, em regime de cogestão e corresponsabilidade. A legislação é clara ao estabelecer a família como primeira responsável, pois o Estado e a sociedade não substituem a contento o clima de acolhimento que uma família apenas razoável pode oferecer ao infante. Nenhuma instituição, por melhor que seja, aplaca as necessidades afetivas de um ser em formação como a entidade familiar. Esta afirmação pode ser confirmada

nas visitas a unidades de acolhimento, quando a maioria das crianças manifesta o desejo de serem adotadas, mesmo estando acolhidas em ambientes adequados e razoáveis.

Embora o art. 227 da Constituição da República defina em seu *caput* os direitos fundamentais e sua aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral. De início, a nova lei se estendeu indistintamente a todas as crianças e adolescentes e passou a considerar, para fins de proteção, não mais a situação irregular, mas a possibilidade de eventual risco social, definida no art. 98 da Lei nº 8.069/90.

A fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral, a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial a vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, além de proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.

Adotou-se o princípio da descentralização político-administrativa, materializando-o na esfera municipal pela participação direta da comunidade através do Conselho Municipal de Direitos e do Conselho Tutelar. A responsabilidade pela causa da infância ultrapassa a esfera familiar e recai sobre a comunidade da criança ou do adolescente e o poder público, principalmente o municipal, executor da política de atendimento, de acordo com o art. 88, inc.I, do ECA.

Coube ao juiz a função que lhe é própria: julgar. A atuação *ex officio* não se encontra elencada nos arts. 148 e 149 da legislação estatutária, apenas aquela restrita às funções judicante e normativa, esta última em caráter excepcional, por ser atípica à magistratura. Agora é a própria sociedade, através do Conselho Tutelar, que atua diretamente na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e, ao Ministério Público, notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente.

A atuação do Ministério Público no sistema garantidor do ECA foi sobremaneira ampliada pela Constituição da República, que promove o *Parquet* a agente de transformação social. No campo formal, a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável.

4.2.1. Princípios basilares do atual direito da criança e do adolescente

---

[1)] AMIN, Andréa R. Doutrina da Proteção Integral e princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

4.2.1. Princípios basilares do atual direito da criança e do adolescente

O direito da infância e juventude, assim como qualquer outro ramo jurídico, contém princípios próprios, alicerces de todo o sistema. Nos dizeres de Cretella Júnior,

> "[...] princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes"[1].

A inobservância de qualquer um deles importará em atuação ilegal.

Na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente ou de qualquer outro dispositivo do sistema, a interpretação do comando oriundo da norma deve se aproximar ao máximo do princípio basilar. O mesmo vale para casos de aparente contradição, como ocorreu na edição da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, que alterou artigos do Estatuto e ficou conhecida nos meios de comunicação como Nova Lei de Adoção. Aparentemente, essa alteração ensejou dois comandos antagônicos que requerem do intérprete uma manobra para evitar contradições, o que é possível evocando-se um dos princípios presentes no Estatuto.

O art. 136 da Lei nº 8.069/90 atesta que o Conselheiro Tutelar tem a atribuição de aplicar as medidas de proteção arroladas no art. 101 dos incs. I a VII, e este último inciso abarca a possibilidade de o Conselheiro aplicar a medida do "acolhimento institucional", expressão que substitui o termo "abrigo"[2]. Porém, no § 2º do mesmo art. 101, o Estatuto estabelece que

> "o afastamento de criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária"[3].

É óbvio que, ao colocar a criança numa unidade de acolhimento, com base no inc. VII do art. 101, o Conselheiro Tutelar a está afastando do convívio familiar, o que lhe é vedado pelo § 2º do mesmo dispositivo.

Está-se diante de um aparente conflito, e já começam a aparecer posições nos dois sentidos: de que só o juiz pode decidir pela colocação em unidade de acolhimento, pois isso não deixa de ser uma forma de afastamento do convívio familiar; e de que o conselheiro pode, sim, colocar a criança em tais instituições. Para solucionar essa possível contradição, deve-se atentar para os princípios basilares do Estatuto, e um deles parece ser bem esclarecedor: o do melhor interesse para a criança. O sistema de garantias deve assegurar a prevalência de tal interesse.

Parte-se do pressuposto de que o melhor para a criança é permanecer junto à família natural, e ser dela afastada somente em situação de risco (art. 98 do ECA). A convivência familiar é a regra básica. A retirada é excepcional e deverá ser feita por autoridade judicial. Entretanto, considerando o princípio do melhor interesse, a criança ou o adolescente pode ser afastado pelo Conselheiro se seu direito estiver sendo violado, de maneira que a espera da decisão judicial poderia lhe ser prejudicial.

Por fim, é preciso destacar que o compromisso do Promotor de Justiça da Infância e Juventude é para com a proteção dos interesses de crianças e adolescentes, e não dos pais. Ele deve defendê-los a despeito dos anseios parentais, do Estado e da sociedade, em caso de conflito. O bem maior, nesse contexto, é o bem-estar dessa faixa etária.

- 4.2.1.1. Princípio da prioridade absoluta
- 4.2.1.2. Princípio da proteção integral
- 4.2.1.3. Princípio do melhor interesse
- 4.2.1.4. Princípio do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento

- 4.2.1.5. Princípio da municipalização do atendimento

[1)] CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

[2)] "Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VIII - colocação em família substituta;
[…]
Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade."

[3)] "§2º. Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa."

4.2.1.1. Princípio da prioridade absoluta

O verbete “prioridade” é definido pelo dicionário Aurélio como

> “qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia”[1].

O mesmo dicionário define o verbete “absoluto” como aquele que

> “não depende de outrem ou de uma coisa; independente; não sujeito a condições; incondicional, superior a todos os outros; único; seguro, firme” [2].

O princípio da absoluta prioridade do direito da criança e do adolescente só pode ser compreendido pela interpretação literal de cada um de seus vocábulos. A prioridade se mostra premente porque a criança e o adolescente são sujeitos em estado de desenvolvimento físico, psíquico, emocional e espiritual e, considerando a fragilidade natural decorrente dessa condição, carecem de proteção especializada, diferenciada e integral. Devido a essa fase de transição e crescimento, a criança e o adolescente estão sujeitos tanto a sofrer mais por serem privados de condições básicas de sobrevivência como a aproveitarem melhor os investimentos sociais, sobretudo em se tratando de educação.

Liberati define da seguinte forma o princípio da absoluta prioridade:

> “Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes[…].
> Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

No campo legislativo, o princípio da prioridade absoluta ao direito da criança e do adolescente é disciplinado na própria Carta Constitucional; vide o art. 227:

> ‘Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão'”[3].

No aspecto infraconstitucional, o princípio encontra-se no art. 4º da Lei nº 8.069/90 (ECA):

> “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. […]”[4].

Os dispositivos mencionados são escritos em linguagem absolutamente clara e, além disso, o legislador explicitou no artigo 6º os critérios a serem adotados pelo intérprete a fim de eliminar qualquer dúvida ou divergência quanto à primazia do interesse da criança e do adolescente sobre os demais no sistema jurídico:

> “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do

> adolescente como pessoas em desenvolvimento”[5].

Embora o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) dê prioridade absoluta ao direito dos idosos, crianças e adolescentes terão primazia em situações concretas em que houver conflito de interesses. Isso porque a prioridade conferida ao idoso é infraconstitucional, e a das crianças e adolescentes é constitucional. É interessante notar que o princípio da prioridade absoluta já foi completamente absorvido pelos Tribunais Superiores:

> “PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO A ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no art. 90, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. 3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre “vetada” pela ordem jurídica. 4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, in verbis: ‘É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’ 5.O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados no art. 460, do CPC. 8. Recurso especial desprovido. **STJ**. HC 97539 / RJ - RIO DE JANEIRO. *HABEAS CORPUS*. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 16.06.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma”.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta Corte do país, reconheceu inteiramente o princípio da prioridade absoluta ao julgar uma ação movida pelo Ministério Público contra o Governo de Tocantins. O STF considerou que o Poder Judiciário pode exigir do Executivo a consecução de políticas públicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na ação, o Ministério Público exigiu a implantação de um programa de internação e semiliberdade para adolescentes em conflito com a lei, em Araguaína, município de 115 mil habitantes. Conforme o processo, o Estado estaria abrigando menores em cadeia comum, numa unidade a 160 quilômetros de Araguaína, contrariando o Estatuto da Criança e do Adolescente por dificultar o contato deles com a família e por não haver uma unidade de atendimento especializada na cidade.

O *Parquet* venceu a ação em primeira e segunda instâncias, exigindo do governo estadual a criação de uma política pública de atendimento a adolescentes infratores no prazo de um ano, sob pena de multa diária de R$

3.000,00 (três mil reais), por tempo indeterminado.

O Governo de Tocantins recorreu ao STF alegando que o orçamento estadual não previa recursos para essas ações e que a punição provocaria “lesão à economia pública estadual”, e questionou a interferência entre Poderes. Porém, o presidente do STF manteve a decisão e ditou:

> “[...] A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional”.

O STF abriu um precedente histórico ao reconhecer o princípio da prioridade absoluta de atendimento a crianças e adolescentes. Além disso, pela primeira vez, entendeu-se que o Judiciário pode obrigar o Executivo a cumprir políticas públicas sociais. Na antiga posição do Supremo, prevaleciam o princípio da separação dos Poderes, pelo qual o Judiciário não poderia interferir em assuntos de competência do Executivo, e o da “reserva do possível”, segundo o qual os direitos só poderiam ser garantidos se houvessem recursos públicos disponíveis. São justamente esses os argumentos usados como defesa pelos governos municipais, estaduais e federal em ações que cobram a execução de políticas públicas, como no caso desse processo, julgado pelo Ministro Gilmar Mendes[6].

---

[1] FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

[2] FERREIRA, 1986.

[3] LIBERATI. Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: IBPS, 1991. p. 45.

[4] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

[5] BRASIL, 1990.

[6] A íntegra da decisão está disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/sl235.pdf

4.2.1.2. Princípio da proteção integral

A doutrina da proteção integral foi instituída em 20 de novembro de 1989, na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, formulada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi ratificada pelo Brasil em 22 de novembro de 1990, por meio do Decreto nº 99.710, com o fito de proteger a criança e o adolescente integralmente, em todas as suas necessidades.

No ordenamento jurídico pátrio, a doutrina da proteção integral surgiu com status de texto constitucional. O art. 227 da Constituição da República assegurou à criança e ao adolescente todo um rol de direitos fundamentais.

Os pormenores desta doutrina couberam à Lei nº 8.069/90 (ECA), que, já em seu art. 1º, faz menção expressa ao fato de tutelar a "proteção integral à criança e ao adolescente", a qual, nos moldes do art. 3º, compreende a proteção ao "desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social" da criança e do adolescente.

Várias foram as alterações trazidas pela doutrina da proteção integral em substituição à da situação irregular explicitada no Código de Menores. Três dessas mudanças podem ser referidas como os cânones do microssistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

I - A criança e o adolescente deixam a categoria de mero objeto de intervenção do mundo adulto, como se fossem algo do qual pudessem dispor, e se tornam sujeitos de direitos, obtendo todas as garantias fundamentais inerentes a essa condição (art. 3º).

II - A defesa dos interesses e direitos deste público torna-se prioridade absoluta da República brasileira, o que acaba por repercutir no conteúdo estabelecido no art. 4º do Estatuto, a saber:

> "[...] a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais; a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude".

III - A criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como pessoas em estado de desenvolvimento, devendo a família, a sociedade e o Estado respeitarem essa condição peculiar (art. 6º).

O quadro a seguir compara o confronto entre as doutrinas da proteção integral e da situação irregular [1)]:

Aspecto	Situação Anterior	Situação Atual
Doutrinário	Situação irregular	Proteção integral
Caráter	Filantrópico	Política pública
Fundamento	Assistencialista	Direito subjetivo
Centralidade Local	Judiciário	Município
Competência Executória	União e Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-Gestão: sociedade civil
Organização	Piramidal hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

Em virtude do novo paradigma do ordenamento jurídico, diversos princípios que hoje norteiam o direito da

criança e do adolescente foram sendo estatuídos. A nomenclatura e a quantificação desses princípios não são unânimes na literatura jurídica. Considerando sobretudo os focos de atuação do Ministério Público, adotaremos a divisão em cinco princípios, cujo domínio é essencial no dia-a-dia do Promotor de Justiça – o da prioridade absoluta, o da proteção integral, o do melhor interesse, o do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento e o da municipalização.

O julgado a seguir, proveniente do TJMG, demonstra o alcance do princípio da doutrina da proteção integral e instrui quanto a postura do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Executivo em garantir os direitos de crianças e adolescentes:

> CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e dos arts. 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei nº 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos municípios de Carangola, São Francisco do Glória, Faria Lemos e de Fervedouro, para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco, arrasta-se há anos. Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob constante e permanente lesão. Ao se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que, muitas vezes, conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de 'mero capacho' do Executivo. **TJMG**. Processo n.º 1.013305.027113-8/001 (1). Relatora: Ministra MARIA ELZA. Data do Julgamento: 29.11.2007. Data da Publicação: 19.12.2007.

[1)] BRANCHER apud AMIN, Andréa R. Doutrina da Proteção Integral e princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008. p.15.

4.2.1.3. Princípio do melhor interesse

Se o princípio da prioridade absoluta impõe atendimento prioritário aos direitos da criança e do adolescente, o princípio do melhor interesse consubstancia-se em um princípio de hermenêutica, à medida que orienta o jurista, o legislador, o operador do direito e o gestor a optarem pela decisão que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente.

A História, importante instrumento para esclarecer preceitos contemporâneos, revela que o nascedouro desse princípio encontra-se ligado ao instituto do *parens patrie*, mecanismo utilizado na Inglaterra do séc. XIV que conferia ao rei a prerrogativa de proteção das pessoas incapazes [1)].

Pereira [2)] aponta dois julgados do Direito Inglês do ano de 1763 – os casos "Rex *versus* Delaval" e "Blissets", ambos apreciados pelo juiz Lord Mansfield – como primeiros precedentes da primazia do interesse da criança, nos quais o magistrado utilizou-se de medida semelhante à ação de busca e apreensão brasileira, adotando posicionamento que entendia ser mais adequado para a salvaguarda da criança.

No campo legislativo, os primeiros documentos que admitiram o princípio do melhor interesse possuem alcance internacional. Em 1959, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ao promulgar a Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, declarou que:

> "A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei, por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (segundo princípio)".

Nesse mesmo contexto, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, igualmente aprovada pela Assembleia da ONU, em 20 de novembro de 1989, expressou, em seu art. 3º, que:

> "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança".

Assim, o princípio do melhor interesse pode ser compreendido como um princípio orientador, que dará sentido aos demais dispositivos do sistema.

O julgado a seguir evidencia como o referido princípio deve ser aplicado em casos concretos:

> "DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENORES AJUIZADA PELO PAI EM FACE DA MÃE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MELHORES CONDIÇÕES. - Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA. - Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA. - A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação. - Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor

> deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo. - Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com seqüelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta. - Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas. - O pai, por conseguinte, deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. - Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas. - Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade. Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. STJ. Resp nº 964836/BA. RECURSO ESPECIAL 2007/0151058-1.Rel.: Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 02.04.2009. Data da Publicação/Fonte: **DJe**: 04.08.2009”.

[1)] PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1.

[2)] PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

4.2.1.4. Princípio do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento

Este princípio serve como norte na interpretação dos dispositivos estabelecidos no art. 6º da Lei nº 8.069/90, mas também como fundamento do investimento prioritário que família, Estado e sociedade devem fazer com relação a crianças e adolescentes[1)]. Na verdade, trata-se de um axioma que legitima todos os demais princípios. Esta premissa parece ter relevância também por ser um comando ao gestor na formulação de políticas para este público em especial.

A prestação de serviços, como acolhimento institucional, medidas socioeducativas e tratamento de alcoolismo e drogas, deve levar em conta todos os questionamentos, angústias e descobertas das pessoas em desenvolvimento. Vale mais investir na formação de crianças e adolescentes do que nos demais, porque o psiquismo ainda está longe de ser concluído nessa faixa etária, o que aumenta a probabilidade de se obter resultados mais frutíferos.

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento consiste no fato de não conhecerem inteiramente seus direitos e não terem condições de defendê-los, além de ainda não serem capazes, principalmente as crianças, de suprir por si mesmas suas necessidades básicas. A definição de "pessoas em condição peculiar de desenvolvimento" não pode ser feita apenas com base no que a criança ou o adolescente não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase de desenvolvimento tem singularidades e completude relativa. Cada etapa representa um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pela família, sociedade e o Estado. Crianças e adolescentes detêm os mesmos direitos que os adultos, além dos direitos especiais advindos dessa condição.

Nesse aspecto, o julgado a seguir versa sobre uma das muitas possibilidades de interpretação propiciada por tal princípio:

> "RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE EM GRAU CORRESPONDENTE AO ILÍCITO PRATICADO COM O MAIOR DE 18 ANOS. INEXISTÊNCIA. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram que as passagens anteriores do menor pela Vara da Infância e da Juventude, por atos infracionais praticados mediante violência ou grave ameaça, aliadas ao seu comportamento no fato descrito na denúncia – roubo –, revelariam a prévia corrupção moral do adolescente, caracterizadora do crime impossível. 3. Procedimentos judiciais em curso na Vara da Infância e da Juventude não podem ser considerados como prova de prévia corrupção do menor, por decorrência lógica de não serem sequer prova de sua participação em ato infracional. 4. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: 'A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente' (REsp 909.787/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 3/9/07). 5. Tratando-se de criança ou adolescente, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei nº 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227). 6. É nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias – efeito secundário –, pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei nº 8.069/90, arts.112-125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei nº 8.069/90, art. 1º) por critério simplesmente etário (Lei nº 8.069/90, art. 2º, caput). 7. O art. 1º da Lei nº 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as

> oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei nº 8.069/90, art. 3º). 8. Diante disso, dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais. 9. Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado. 10. De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida. 11. Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida. 12. Todavia, tal entendimento, como visto, fere o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se observar que até mesmo a internação, medida socioeducativa privativa de liberdade e de maior gravidade aplicável ao menor infrator, está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8.069/90, art. 121, caput). 13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tipicidade da conduta. STJ REsp 1031617/DF. RECURSO ESPECIAL 2008/0033109-7. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 29.05.2008. Data da Publicação/Fonte: **DJe** 04/08/2008".

---

[1] "Art. 6º: Na interpretação desta lei, levam-se em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e os deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

Princípio da municipalização do atendimento

A Constituição Federal ampliou o alcance da assistência social e instituiu o princípio da descentralização do atendimento, nos termos do art. 204, inc. I[1]. Conectado a esse princípio e essencial ao seu funcionamento, surge o princípio da municipalização, igualmente previsto na Carta Magna (art. 30 e incisos) e na Lei nº 8.069/90 (art. 88, I). O município foi elevado à categoria de ente da Federação, tal qual ocorrera com os Estados e o Distrito Federal. Municipalizar significa que os demais entes federativos transferiram atribuições suas aos municípios, por estes estarem mais próximos da realidade local. A municipalização envolve tanto a formulação quanto a execução de programas direcionados ao atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Nesse ponto, endossamos a ressalva feita por Amin :

> "É necessário que ocorra a municipalização real, ou seja, é indispensável que o poder público municipal instale os Conselhos de Direitos e Tutelar, é preciso a elaboração e a fiscalização da lei orçamentária e, por meio dela, sejam destinados recursos aos programas de atendimento, é preciso que o Município se envolva com os problemas da sua população"[2].

Infelizmente, isso não vem ocorrendo, porque a maioria dos municípios não consegue se estruturar. Falta preparo técnico e novo comando a prefeitos, secretários e servidores públicos; para tanto, é necessário que os demais entes federativos atuem para implantar este princípio, mas eles próprios não têm investido na qualificação de gestores municipais. Muito se fala na ingerência de prefeitos em relação aos Conselhos Municipais, quando existem, e raros são os Conselhos Municipais que elaboram e deliberam sobre políticas públicas na área da infância e juventude. Cabe à sociedade civil e ao Ministério Público a reavaliação de suas ações, já que a falta de conhecimento e a omissão têm impedido a reversão desse quadro em curto e médio prazo. É relevante enfatizar que a sociedade civil também foi invocada pela Constituição Federal a atuar em defesa dos direitos, sobretudo os fundamentais, de crianças e adolescentes, o que só é possível mediante a eficácia dos Conselhos de Direitos Municipais.

Uma leitura adequada do princípio abordado neste tópico pode ser observada no seguinte julgado:

> "APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE PROVIDÊNCIA EM FAVOR DE MENOR FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERNAÇÃO EM CLÍNICA DE RECUPERAÇÃO QUÍMICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ARTS. 98, INC. II, 101 E 201, INC. VIII, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ART. 129, INC. IX, DA CF/88 - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PRESCINDÍVEL - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 E 227, CAPUT, DA CF/88 E ARTS. 4º, 7º, 11 e 88, INC. III DO ECA - NECESSIDADE DO TRATAMENTO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO ESPECÍFICA QUANTO À MEDIDA PLEITEADA - ALEGAÇÕES GENÉRICAS QUANTO AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS - COMINAÇÃO DE MULTA - POSSIBILIDADE. - Nos termos do art. 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.- O sistema de compartilhamento de competências, tal como estabelecido no art. 23, II, da CF/88, reserva competência concorrente ao município para avaliar as ações e a forma de execução dos serviços públicos relativos à saúde, a ele competindo fornecer os meios para realização de internação de adolescente carente, portador de dependência química, ainda que sua atividade deva obediência às regras gerais previamente estabelecidas pelo Ministério da Saúde. - Comprovada a necessidade de o adolescente, hipossuficiente financeiramente, ser submetido a tratamento toxicológico adequado, deve-se confirmar a condenação do Município de Ubá a interná-lo em clínica de recuperação química, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 196 da Constituição da República e nos arts. 7º, 11, e 88, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram ao direito social a saúde digna. **TJMG**. Relator: ARMANDO FREIRE. Data do Julgamento: 01.09.2009. Data da Publicação: 09.10.2009".

[1] "Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da

seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
[...].”

[2)] AMIN, Andréa R. Doutrina da Proteção Integral e princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30

4.3. Peculiaridades da atuação na área

O Promotor de Justiça desta área atua na seara civil e infracional, no extra e no judicial. Defende direitos individuais, coletivos e difusos, e deve participar das discussões dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCAs), nos termos do art. 122 e do parágrafo único da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais (ATO CGMP nº 1, de 19 de fevereiro de 2010, que aprova a revisão e a atualização da Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais)[1].

A participação do Promotor de Justiça em reuniões dos CMDCAs é de extrema importância. Primeiro, porque pode ter o condão de fazer com que os Conselheiros de fato compareçam, o que, em muitos municípios, já é um feito. Segundo, porque pode fomentar discussões pertinentes e detectar as necessidades locais, nos moldes da demanda que se apresenta na Promotoria de Justiça, propiciando a discussão de ações que possam sanar as deficiências dos serviços públicos municipais.

O Promotor de Justiça da Infância e da Juventude não pode se limitar a trabalhar de portas fechadas, ao contrário; deve estar em sintonia com as discussões recorrentes na sociedade local e manter diálogo com o Poder Legislativo e os Conselhos Tutelar e de Direitos, sob pena de as decisões judiciais às quais se dedica não terem aplicabilidade prática. De que adianta o Promotor de Justiça ajuizar ação de extinção do poder familiar se, depois de extinto, não há unidade de acolhimento ou programa para atender a criança que foi afastada dos pais? De que adianta ajuizar a representação e diligenciar com o fito de que o adolescente receba a medida socioeducativa de meio aberto se ela não é oferecida no município?

Tais serviços - acolhimento institucional, oferecimento de medidas socioeducativas e tantos outros – poderiam ser exigidos do Poder Executivo mediante o ajuizamento de ações civis públicas. Entretanto, mesmo após quase 25 anos de Estatuto da Criança e do Adolescente, bater às portas do Judiciário não se mostrou tão eficaz para combater a omissão dos gestores. Há aí não só a questão de se querer evitar o enfrentamento político com o gestor, mas também a lentidão da decisão diante dos efeitos suspensivos dos recursos manejados. A resposta que deveria ser célere torna-se pouco útil para a pessoa em desenvolvimento e em situação de risco.

As ações cominatórias, de obrigação de fazer, são amplamente utilizadas na área da infância, frente à habitual ausência de políticas públicas de universalização do acesso a direitos fundamentais por crianças e adolescentes. Porém, o descumprimento da decisão que antecipa a tutela é recorrente em Minas Gerais, e o sistema de Justiça se questiona sobre como proceder nesse caso. Convenhamos que, neste ponto, a lei deveria ser melhor. Como lidar eficazmente com o gestor que, mesmo diante de decisão judicial, mantém-se estagnado e descumpre a ordem de criar condições para o exercício do direito do infante? Esta questão pertinente ainda não foi superada, dificultando ao *Parquet* dar respostas efetivas no manejo de ações coletivas.

A alegação anterior de que a lei poderia ser melhor se baseia no art. 12 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85):

> Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
> […].
> § 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Embora a multa seja devida desde o momento do descumprimento, para ser exigível é preciso que a decisão tenha transitado em julgado. Cabe perguntar qual decisão: a interlocutória, que antecipou a tutela, ou a final? Ao comentar o referido dispositivo, Nery Júnior e Andrade Nery asseveram que

> "[…] a multa é devida desde o descumprimento da liminar, mas exigível somente após o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido"[2].

Tal entendimento vinha sendo adotado também pela Jurisprudência. Em ação civil pública ajuizada pelo

Ministério Público de São Paulo, o Tribunal de Justiça daquele Estado já havia encampado decisão neste sentido (j.10.08.1990, Rel. Des. Walter Moraes, v.u., RTJESP n.128/383).

Sendo assim, o intervalo entre o descumprimento e a exigibilidade da multa, infinitamente prorrogável por meio da interposição de recursos, poderia dissuadir o chefe do Executivo de cumprir a decisão judicial, até porque ele talvez nem esteja mais no cargo quando do trânsito em julgado. Mas, felizmente, esse entendimento vem sendo alterado. Uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a decisão interlocutória que fixa a multa já é título executivo para a execução definitiva, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado da sentença.

> A irresignação recursal consiste em saber da possibilidade de execução definitiva da multa diária (astreintes) fixada em decisão liminar nos autos de ação popular contra prefeito ajuizada para remoção de placas com símbolo de campanha instaladas em obras públicas. Segundo observa o Min. Relator, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que agora se processa como definitiva (art. 475-O, do CPC), além de que a jurisprudência deste Superior Tribunal, em situações análogas, já assentou que a decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva. Sendo assim, a execução de multa diária (astreintes) por descumprimento de obrigação fixada em liminar concedida em ação popular pode ser realizada nos próprios autos, conseqüentemente não carece de trânsito em julgado da sentença final condenatória. Ademais, quanto à questão de deserção do REsp por ausência de pagamento das custas de remessa e retorno, trata-se de recurso interposto por autor popular que goza do benefício da isenção (art. 5º, LXXIII, da CF/88). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag nº 1.040.411-RS, **DJe** 19/12/2008; Resp nº 1.067.211/RS, **DJe** 23/10/2008; Resp nº 973.647/RS, **DJ** 29/10/2007; REsp nº 689.038-RJ, **DJ** 03/08/2007; REsp nº 869.106/RS, **DJ** 30/11/2006, e REsp nº 885.737/SE, **DJ** 12/04/2007. REsp nº 1.098.028/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/02/2010.

Outras questões de cunho processual permeiam o campo das ações coletivas. Por exemplo: a multa deve ser paga com recursos do próprio prefeito, que foi omisso, ou do Município, já onerado por ter um gestor omisso? Aparentemente, esta questão permanece em aberto. Também a ideia de responsabilizar o gestor penalmente pelo descumprimento da decisão judicial, pelo entendimento jurisprudencial em vigor, não parece possível.

O entendimento prevalente é de que, frente a existência da sanção civil imposta em razão do descumprimento (astreintes), seria um *bis in idem* responsabilizá-lo também criminalmente.

> *HABEAS CORPUS*. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO.TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1.Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. 2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. 3.Parecer do MPU pela denegação da ordem. 4.Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente. STJ. *HABEAS CORPUS* nº 2007/0244468-6. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 18.12.2007. Data da Publicação/Fonte: **DJ** 25/02/2008. p. 352.

Tais ações serão sempre instrumentos valiosos para que se possa tutelar o direito de crianças e adolescentes, mas essa estratégia não basta. A atuação do Promotor nos Conselhos é imprescindível exatamente por instar os Conselheiros a conhecerem a realidade local, a deliberarem sobre a política a ser adotada e a diligenciarem para garantir recursos orçamentários suficientes para os serviços previstos em suas Resoluções. Outra importante estratégia de atuação é monitorar o gasto de recursos públicos e investigar se o gestor local respeita o princípio da prioridade absoluta.

- 4.3.1. O sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes
- 4.3.2. Políticas públicas na área da infância e juventude, Conselhos de Direitos e Fundo da Infância e Juventude (FIA)
- 4.3.3. O Conselho Tutelar

---

[1] "Art. 122. Recomenda-se a permanente participação dos órgãos de execução com atribuições na defesa dos direitos da infância e juventude nas reuniões – ordinárias e extraordinárias – dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a comarca, sem embargo do exercício da contínua fiscalização dos trabalhos de tais conselhos, cobrando-se a efetiva formulação de políticas de atendimento à criança e ao adolescente, estabelecendo-se o rol de prioridades a serem enfrentadas no âmbito municipal e a elaboração de projetos que viabilizem a adoção de medidas de prevenção, proteção especial e socioeducativas, nos moldes previstos nos arts. 101, 129 e 112 (notadamente em seus incisos III e IV) da Lei n.º 8.069, de 1990.
Parágrafo único. Orienta-se no sentido da manutenção, em arquivo próprio da Promotoria de Justiça, de cópias de todas as atas de reuniões dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios que integram a comarca – consignando a presença e a participação do membro ministerial – bem como de documentos outros relacionados ao seu funcionamento, para fins de controle e acompanhamento, passando tal acervo a integrar o rol de dados aferíveis por ocasião da realização de correições ordinárias (arts. 204, II, e 227, § 7º, da Constituição Federal; art. 17, IV, da Lei n.º 8.625, de 1993; art. 39, VII, da Lei Complementar Estadual n.º 34, de 1994; art. 88, I, da Lei n.º 8.069, de 1990)."

[2] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

4.3.1. O sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes

O grande desafio deixou de ser a positivação e concentra-se agora na instauração de políticas públicas que universalizem o acesso de crianças e adolescentes aos direitos fundamentais. Neste ponto, o Estatuto é inovador, ao instaurar na história brasileira uma declaração de direitos acompanhada de um sistema de garantias que permita concretizá-los.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente adquiriram *status* de prioridade absoluta e requerem uma hermenêutica própria, comprometida com a proteção integral e o melhor interesse da criança. Trata-se de um conjunto de garantias amparado no sistema de proteção integral, organizado sob a lógica de uma rede que compartilha responsabilidades entre família, sociedade e Estado.

Os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares são instituições pilares desse sistema. Os Conselhos de Direitos são responsáveis pelo planejamento, controle, deliberação e monitoramento das políticas públicas e devem ser instalados nas esferas nacional, estadual e municipal.

Já os Conselhos Tutelares são compostos por representantes da sociedade civil e devem ser instalados em todos os municípios brasileiros. Estes órgãos interferem sempre que os direitos forem ameaçados ou violados, pela família, pela sociedade, pelo Estado e até mesmo pelas próprias crianças e adolescentes, e aplicam medidas de proteção às crianças e aos adolescentes e também aos pais ou responsáveis.

O sistema de garantias de direitos pretende provocar transformações estruturais a partir do entrelaçamento de quatro dinâmicas específicas, que envolvem: política de atendimento; política de proteção; política de promoção e política da Justiça. Cabe ao Ministério Público coordenar a articulação dos atores sociais envolvidos no sistema.

4.3.2. Políticas públicas na área da infância e juventude, Conselhos de Direitos e Fundo da Infância e Juventude (FIA)

Entende-se por políticas públicas um certo tipo de orientação para a tomada de decisões em assuntos públicos, políticos ou coletivos. Ou, ainda, "o conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas"[1)].

A definição surgiu nas áreas de administração e política e se estendeu a outros campos, inclusive o jurídico, uma vez que a concretização dos direitos sociais passa necessariamente pelo entendimento deste conceito.

A Lei nº 8.069/90 constituiu-se em fundamento legal e determinante para a responsabilização do Estado e da sociedade na implementação de políticas na área da infância e juventude. Nos anos de 1990, uma série de legislações complementares e normatizações foi aprovada visando tanto a garantia de direitos quanto a constituição de programas e serviços com o escopo de concretizá-los.

O Estatuto da Criança e do Adolescente inovou quanto a gestão, método e conteúdo do tratamento dispensado a infantes e adolescentes brasileiros, estimulando a elaboração de políticas mais complexas, desenvolvidas por organizações de diferentes naturezas jurídicas e financeiras e que mesclam interesses públicos e privados, de ordem econômica, social e religiosa. É claro que a disparidade de interesses pode dificultar o diálogo, o entendimento, o trabalho conjunto e o dinamismo das atividades, consideradas urgentes por focarem um público em fase de desenvolvimento. Por outro lado, possibilita a convivência, o entendimento e a tolerância entre atores de origens díspares, ensejando o princípio republicano e democrático.

Um dos elementos de complexidade reside na execução dos programas assistenciais desenvolvidos por trabalhadores de diferentes níveis de formação e socioculturais, envolvendo múltiplas subjetividades, relações organizacionais e objetivos de trabalho. A construção de políticas de atendimento requer a integração de organizações governamentais e não-governamentais na produção de diagnósticos, controles, monitoramentos e avaliações, com vistas à melhoria qualitativa dos serviços prestados e ao acesso universal.

Além das diretrizes previstas no ECA, novas estratégias foram traçadas nos últimos anos, pelas Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente, amparadas pelos princípios da doutrina da proteção integral. As conferências são municipais, estaduais e nacionais e ocorrem no interstício de dois anos, com ampla participação da sociedade civil e de representantes do governo, a fim de avaliar as ações realizadas e apontar diretrizes para o biênio seguinte. A comunidade encontra nas conferências uma oportunidade de relação com o Estado, um espaço de participação onde possa sugerir políticas efetivas de atendimento a crianças e adolescentes.

O ECA também estabeleceu o princípio da municipalização dos serviços, com o fito de harmonizar a decisão e a execução das medidas, de modo que os programas estejam sintonizados às necessidades das comunidades, dando a elas o controle das ações e propondo alternativas mais efetivas de atendimento às crianças e aos adolescentes.

- 4.3.2.1. Conselhos de Direitos
- 4.3.2.2. Fundo da Infância e da Adolescência (FIA)

1) GUARESCHI, Neuza; STREY, Marlene N. et al. (Org.). Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2004. p. 180

Conselhos de direitos

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente foram criados pelo ECA para a efetivação de todos os elementos propostos em lei, como órgãos deliberativos e controladores, nos níveis municipal (CMDCAs), estadual (CEDCA) e nacional (CONANDA), alterando profundamente as relações hierárquicas de gestão pública de atendimento. Até então, as esferas nacional e estaduais detinham o poder de intervenção nos níveis inferiores, o que resultava num controle hierarquizado e distante, reduzindo a participação das comunidades nas ações. Agora, a comunidade local está compelida a colaborar com as propostas.

Merecem ser destacadas as decisões dos conselhos, porque têm caráter deliberativo, editam e divulgam resoluções nas quais a sociedade civil e o Poder Executivo devem estar paritariamente representados, e porque vinculam o chefe do Poder Executivo local, que deve necessariamente atender aos comandos. Para vincular o gestor, é imprescindível que seja expedida resolução. O Promotor de Justiça tem o poder/dever de ajuizar ação civil pública para compelir o prefeito a executá-la caso este apresente resistência.

Sobre este tema, o CONANDA editou a Resolução nº 116/2006, alterando os dispositivos das Resoluções nº 105/2005 e 106/2006, ambas tratando de Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Destaque-se o teor dos §§ 2º e 3º do art. 2º:

> Art. 2º Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios haverá um único Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, composto paritariamente de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo-se a participação popular no processo de discussão, deliberação e controle da política de atendimento integral dos direitos da criança e do adolescente, que compreende as políticas sociais básicas e demais políticas necessárias à execução das medidas protetivas e socioeducativas previstas nos arts. 87, 101 e 112, da Lei nº 8.069/90.
> […].
> § 2º As decisões do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competências, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada, em respeito aos princípios constitucionais da participação popular e da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.
> § 3º Em caso de infringência de alguma de suas deliberações, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente representará ao Ministério Público visando à adoção de providências cabíveis, bem assim aos demais órgãos legitimados no art. 210 da Lei nº 8.069/90 para que demandem em Juízo mediante ação mandamental ou ação civil pública.

O Promotor de Justiça da área da infância e juventude deve diligenciar para:

- a) Aferir se há lei municipal que crie o Conselho Tutelar e o Conselho de Direitos e se está sendo obedecida;
- b) Examinar, no que diz respeito ao Conselho de Direitos:

1) se a composição respeita a paridade, em que o número de representantes do Poder Executivo deve ser igual ao dos representantes da sociedade civil;

2) se a sociedade civil se faz representar no CMDCA por meio de entidades do terceiro setor, privadas, sem que sobre elas haja a ingerência estatal[1)];

3) se quem elege tais entidades para compor o Conselho é a própria sociedade civil organizada, pois nesta escolha não pode haver nenhum tipo de ingerência dos representantes governamentais, sob pena de se ferir a paridade.

Existem ainda outros pontos dos quais a lei municipal deve tratar no que concerne aos CMDCAs:

- a) A participação de membros do Poder Legislativo como representantes do governo deve ser questionada, uma vez que a ideia de governo corresponde à estrutura do Poder Executivo e não à do Legislativo. Haveria nessa participação, salvo melhor juízo, uma inconstitucionalidade. Mais uma vez, sobre esse aspecto, a

Resolução do CONANDA mencionada esclarece:

> Art. 11 Não deverão compor o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito do seu funcionamento:
> […]
> III - ocupantes de cargo de confiança e/ou função comissionada do poder público, na qualidade de representante de organização da sociedade civil;
> Parágrafo único. Também não deverão compor o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, na forma do disposto neste artigo, a autoridade judiciária, legislativa e o representante do Ministério Público e da Defensoria Pública, com atuação no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou em exercício na Comarca, foro regional, Distrital ou Federal.

- b) Deve-se estar atento, ainda, ao fato de que alguns Conselhos exigem que as entidades postulantes a eleição como representantes da sociedade civil trabalhem necessariamente com crianças ou adolescentes. Dessa maneira, exclui-se a participação de entidades de classe, como sindicatos e outras que não trabalhem necessariamente com esse público. A orientação doutrinária mais moderna é a de que não se deve proibir a participação de entidades tais, uma vez que todos os segmentos sociais estão autorizados a ter projetos para a proteção dos pequenos.

A lei municipal deve ainda disciplinar:

- a) a forma de publicação dos atos deliberativos;
- b) composição (quais Secretarias se farão representar, por exemplo) e mandato (prazo)[2];
- c) sanções ao Conselheiro faltoso[3];
- d) impedimentos e cassação do mandato;
- e) competência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- f) processo de escolha dos Conselheiros dos Direitos não governamentais;
- g) requisitos para ser Conselheiro dos direitos não governamental;
- h) a forma do procedimento para a aplicação de sanção;
- i) comissões temáticas, como a de antidrogas, por exemplo, que se tornou obrigatória em todos os CMDCAs, segundo a Resolução promulgada em dezembro de 2009, pelo CEDCA.

Além disso, o Conselho deve elaborar um regimento interno com vistas a orientar os próprios trabalhos. Como todo ato administrativo, o regimento interno não pode exceder os limites já previstos no ECA, na lei de criação do Conselho ou nas demais normativas de hierarquia superior.

O princípio-fim estabelecido pelo direito da criança e do adolescente transfigura-se numa estratégia de empoderamento local, sendo necessário para tanto:

- a) criar espaços institucionais adequados, como audiências públicas, para que setores excluídos participem da elaboração das políticas públicas;
- b) transmitir capacidades para exercício e produção da cidadania, incluindo a disseminação de saberes instrumentais essenciais e de ferramentas para analisar dinâmicas econômicas e políticas, como seminários intersetoriais e qualificações permanentes.

Destaque para a longa extensão do papel do Conselho de Direitos:

- a) deliberar e acompanhar, monitorar e avaliar as políticas propostas para o município;
- b) conhecer a realidade de seu território e elaborar um plano de ação, definindo as prioridades de atuação;
- c) propor a elaboração de estudos e pesquisas para promover, subsidiar e dar mais efetividade às políticas públicas;
- d) integrar-se a outros órgãos executores de políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente e demais conselhos setoriais;
- e) propor e acompanhar o reordenamento institucional, buscando o funcionamento em rede das estruturas públicas governamentais e das organizações da sociedade;
- f) acompanhar e participar da elaboração, aprovação e execução do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), indicando as modificações necessárias ao alcance dos objetivos das políticas de atenção aos direitos da criança e do adolescente, zelando para que o orçamento público respeite o princípio constitucional da *prioridade absoluta*;
- g) acompanhar e participar do processo de elaboração da legislação municipal relacionada à infância e à adolescência, oferecendo apoio e colaborando com o Poder Legislativo;
- h) "gerir" o Fundo da Infância e da Adolescência (FIA), definindo a destinação dos recursos por meio de um plano de aplicação e fiscalizando atentamente a respectiva execução;
- i) divulgar e promover as políticas e práticas bem-sucedidas;
- j) difundir junto à sociedade local o conceito da Proteção Integral: a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, pessoas em situação especial de desenvolvimento e com prioridade absoluta nas políticas e no orçamento público;
- k) promover e apoiar campanhas educativas sobre os direitos da infância e da juventude;
- l) atuar como instância de apoio, no plano local, nos casos de denúncias ou solicitações formuladas por qualquer cidadão ou instituição, e também receber e encaminhar aos órgãos competentes reivindicações, denúncias e reclamações;
- m) fomentar a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Pública na apuração dos casos de denúncias e reclamações – formuladas por qualquer pessoa ou entidade – que versem sobre ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente;
- n) registrar as organizações da sociedade civil sediadas em sua base territorial que prestem atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, executando os programas a que se refere o art. 90, *caput*, e, no que couber, as medidas previstas nos arts. 101, 112 e 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- o) fazer o registro dos programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias em execução na sua base territorial por entidades governamentais e organizações da sociedade civil;
- p) recadastrar as entidades e os programas em execução, certificando-se de sua contínua adequação à política traçada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;
- q) regulamentar, organizar e coordenar o processo de escolha dos conselheiros tutelares, seguindo as determinações do Estatuto e da Resolução nº 75/2001 do CONANDA. Esta responsabilidade é atribuída somente aos CMDCAs (art. 139 do ECA);

- r) Instaurar sindicância a fim de apurar eventual falta grave cometida por conselheiro tutelar no exercício de suas funções, observando a legislação municipal pertinente aos processos administrativos/disciplinares ou de sindicância.

Atente-se para o fato de que o *Parquet* poderá intervir a fim de contribuir para a superação das dificuldades que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente enfrentam, por serem instâncias inovadoras no quadro jurídico institucional brasileiro. Pires observa que:

> "- Há uma sobreposição no caráter deliberativo do CMDCA em relação ao Poder Executivo municipal; da mesma forma que há, também, com relação ao caráter de formulação de políticas públicas em relação à Câmara Municipal;
>
> - Não existem critérios claros para a escolha dos conselheiros, sendo esta uma situação que varia para cada município;
>
> - Não existe uma homogeneização de conhecimento do sistema jurídico relativo à criança e ao adolescente por parte dos conselheiros, acarretando uma não implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente;
>
> - Não é ação comum dos conselhos realizarem um diagnóstico de necessidades e prioridades do município, no que se refere à situação da criança e do adolescente, de maneira a nortear as ações do CMDCA – neste caso, a defesa de interesses pessoais ou classistas se torna constante;
>
> - A troca de membros do conselho conforme o Estatuto, muitas vezes acarreta a descontinuidade das ações; da mesma maneira, a sucessão de prefeitos que podem definir novas diretrizes de ação das políticas públicas para o município".[4)]

A superação dos obstáculos citados exige efetiva mobilização da opinião pública e participação da sociedade civil na discussão sobre o papel institucional do Conselho de Direitos e principalmente dos Conselheiros, pois sua legitimidade deve estar amparada pelo compromisso com a consecução dos direitos da criança e do adolescente.

O CONANDA promulgou, em 17 de novembro de 2005, a Resolução nº 106, que altera dispositivos da Resolução nº 105/2005 e apresenta recomendações para a elaboração de leis municipais, estaduais e nacional de criação e funcionamento de Conselhos dos Direitos (anexo).

Merece atenção especial o Município onde não haja lei que crie o CMDCA. Nesse caso, recomenda-se informar ao CEDCA para que ao menos se imponha um ônus político ao chefe do Executivo local. Outra orientação é enviar ao Prefeito um ofício solicitando que envie projeto de lei à Câmara (na página do CAO-IJ existe proposta de minuta de lei, elaborada pelo Promotor de Justiça Gustavo Leite, da Promotoria de Justiça Regional do Vale do Rio Doce). Se não houver avanços, a convocação de audiência pública para mobilização da sociedade pode ser uma alternativa, assim como a expedição de recomendação, a pactuação de TAC e o ajuizamento da ação pertinente (há modelos disponíveis na página do CAO-IJ).

Para que o CMDCA cumpra satisfatoriamente sua função, é imprescindível que o Poder Público local ofereça uma sede com condições adequadas de funcionamento e dê autonomia aos servidores para que as decisões tragam efeitos positivos.

É importante relembrar o dispositivo inserido na Resolução nº 116/2006 do CONANDA:

> Art. 4º Cabe à administração pública, nos diversos níveis do Poder Executivo, fornecer recursos humanos e estrutura técnica, administrativa e institucional necessários ao adequado e ininterrupto funcionamento do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, devendo para tanto instituir dotação orçamentária específica que não onere o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

> § 1º A dotação orçamentária a que se refere o caput deste artigo deverá contemplar os recursos necessários ao custeio das atividades desempenhadas pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, inclusive despesas com capacitação dos conselheiros;
> § 2º O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá contar com espaço físico adequado ao seu pleno funcionamento, cuja localização será amplamente divulgada, e dotado de todos os recursos necessários ao seu regular funcionamento.

[1)] Uma discussão interessante é saber se instâncias como a OAB ou Conselhos Regionais como o de Psicologia ou de Assistência Social poderiam ser representantes da sociedade civil nos Conselhos. Pelo princípio da paridade, não deveriam, porque tais estruturas são de regime jurídico público e dependem da chancela do Poder Público para funcionarem. Já os sindicatos, que são instituições privadas, estariam autorizados.

[2)] É recomendável que participem da composição as Secretarias da Administração, da Saúde, da Educação, do Desenvolvimento Social. Seria muito bom que constasse a necessidade da presença dos próprios Secretários nas reuniões e não de representantes de terceiro escalão, com pouca ou nenhuma representatividade.

[3)] Nesse ponto, além das sanções da lei local, há que se considerar a possibilidade de ajuizamento da ação de improbidade administrativa ante a afronta do princípio da legalidade e da eficiência da administração pública, haja vista que o Conselho é um ente da Administração e os Conselheiros são agentes públicos, submetendo-se ao regime jurídico pertinente. Devo destacar que, salvo melhor juízo, a propositura da ação de improbidade não é de atribuição do Promotor de Justiça da Infância, porquanto o disposto no art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê o ajuizamento de demanda dessa natureza por parte dos Promotores de Justiça da área.

[4)] PIRES, João Teixeira. Projeto de Fortalecimento de Conselhos Municipais do Direito da Criança e do Adolescente: Um projeto de pesquisa-ação focado no exercício da cidadania em alianças estratégicas intersetoriais para atuação social, envolvendo instituições relacionadas à consolidação dos direitos das crianças e adolescentes, através dos princípios da democracia participativa. Disponível em: < http://www.promenino.org.br/portals/0/biblioteca/pdf/projeto%20de%20fortalecimento.pdf>. Acesso em: 01 maio 2006.

4.3.2.2. Fundo da Infância e da Adolescência (FIA)

O Fundo da Infância e da Adolescência (FIA) é um recurso financeiro destinado a viabilizar o complexo conjunto de ações e responsabilidades dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. Nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964:

> "Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação".

A composição do FIA é bastante diversificada e inclui:

- a) Multas judiciais previstas no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) Multas por desrespeito a determinações dos Termos de Ajustamento de Conduta propostos pelo Ministério Público;
- c) Contribuições decorrentes da dedução do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, conforme o disposto no art. 260, ou dos recursos provenientes de dotação orçamentária ou repasse da União, estados e municípios.

Nesse contexto, é o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente que tem competência para fixar critérios de utilização dos recursos através de planos de aplicação, com a ressalva de que os recursos do FIA não se destinam apenas ao financiamento da política de atendimento, pois o Poder Público deve garantir os recursos para suas políticas públicas mediante previsão orçamentária, e as organizações não governamentais, mediante seus próprios orçamentos e estratégias de mobilização para aquisição de recursos.

Os recursos do Fundo da Infância e da Adolescência destinam-se prioritariamente ao diagnóstico, planejamento, monitoramento e avaliação das políticas públicas, possibilitando ao Conselho de Direitos a realização efetiva de seu papel institucional.

Na esfera municipal, é recomendável que o FIA, o Conselho dos Direitos e o Conselho Tutelar sejam criados em lei única. Depois de criado e regulamentado por Resolução do CMDCA, o Fundo deve ser inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Como não tem personalidade jurídica própria, esse CNPJ será vinculado ao CNPJ do órgão governamental ao qual esteja vinculado – ao da prefeitura, por exemplo.

Os recursos orçamentários destinados à criação e/ou adequação de estruturas – assim como à implementação e/ou ampliação de programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias – devem constar, prioritariamente, de dotação própria dos órgãos da administração pública encarregados de sua execução. Nesses casos, não é necessária a destinação ao FIA. Os recursos captados pelo Fundo são destinados ao financiamento de ações complementares. É equivocada a ideia de que todos os programas e serviços de atendimento a crianças e adolescentes devam ser custeados com recursos desse fundo especial. Dessa maneira, um programa de tratamento para drogadição, por exemplo (art. 227, §3º, inc. VI, da CF/88; art.101, inc. VI do ECA), deve ser custeado com recursos próprios do orçamento dos órgãos responsáveis pelo setor de saúde; um programa de apoio e promoção à família (art. 226, *caput*, § 8º, da CF/88; arts. 90, incs. I e II, e 129, inc. I, do ECA), deve ser custeado com dotações próprias da área da assistência social, e assim por diante, devendo o orçamento próprio de cada órgão da administração prever recursos privilegiados para a implementação e manutenção das políticas públicas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único, alínea "d", do ECA). Portanto, os recursos do FIA devem ser aplicados em projetos complementares de promoção, proteção e defesa dos direitos, auxiliando no processo de inclusão de meninos e meninas em situação de risco social e contribuindo para a qualificação da rede de atendimento.

Com base em diagnósticos acerca da realidade local, o CMDCA deve eleger prioridades para compor o Plano de Aplicação, que planeja a distribuição anual de recursos do Fundo. Os recursos para execução dos programas só podem ser liberados mediante um Plano de Aplicação aprovado pelo Conselho dos Direitos. Por isso, a participação da sociedade é tão importante.

O FIA provém do esforço de vários entes (particulares, Poder Judiciário, Ministério Público) e é reservado exclusivamente a projetos especiais. O prefeito ou o CMDCA não pode utilizá-lo no custeio de políticas básicas, implementadas por meio de serviços permanentes. Estes visam a garantir o exercício de direitos fundamentais e devem ter previsão orçamentária perene na agenda do município, sem jamais depender de um fundo de valor flutuante. Portanto, o FIA somente pode ser gasto em projetos especiais e temporários; ele é a cereja, e não o bolo, este a cargo da municipalidade.

O FIA não se presta à remuneração de servidores públicos, tampouco de Conselheiros Tutelares, construção ou reforma de prédios públicos. Imagine um prefeito inaugurando uma escola construída com dinheiro do Fundo e recebendo os dividendos políticos por algo que não foi custeado pelo Município, mas sim por um Fundo composto sobretudo com dinheiro advindo de iniciativas particulares, como a renúncia fiscal?

Qualquer cidadão pode fazer doação ao FIA, seja contribuinte ou não do Imposto de Renda (IR). A dedução no IR por doações ao Fundo está prevista no art. 260 do ECA e em legislação tributária específica. Segundo essa legislação, pessoas jurídicas podem destinar ao Fundo até 1% do imposto e pessoas físicas, até 6%. O CMDCA deve apresentar anualmente à Receita Federal a Declaração de Benefícios Fiscais (DBF), informando sobre as doações recebidas.

Por meio da Resolução nº 137, de 21 de janeiro de 2010, o CONANDA definiu parâmetros de criação e funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (anexo) e estabeleceu quais ações poderão ser custeadas. O documento enfatiza que o FIA não pode ser destinado a ações para as quais já existe verba, como a educação, por exemplo.

O art. 22 estabelece o Ministério Público como um dos legitimados a exercer controle externo da destinação de recursos presentes no Fundo. Anexa, segue proposta de Portaria, formulada pelo Promotor de Justiça José Aparecido Gomes Rodrigues, da Promotoria Regional da Infância e Juventude do Norte de Minas, que explicita detalhadamente em que consistiria esse controle.

Por fim, é relevante destacar o que o ATO CGMP nº 1, de 19 de fevereiro de 2010, estabelece em seu art. 121:

> “Art. 121. Recomenda-se aos órgãos de execução com atribuições na defesa dos direitos da infância e juventude que promovam a instauração de inquéritos civis para apuração de responsabilidades relativamente aos municípios que, após conscientizados e advertidos, não implementaram ou protelaram a implantação dos conselhos e do fundo municipal previstos nos arts. 88, II e IV, e 132, da Lei n.º 8.069, de 1990, visando à formalização de termos de ajustamento de conduta ou, em caso de recusa, ao ajuizamento das competentes ações civis públicas.”

4.3.3. O Conselho Tutelar

O Conselho Tutelar (CT) é um órgão inovador no contexto social brasileiro e foi criado com a missão de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. A implementação desses Conselhos em todos os municípios brasileiros representa uma contribuição direta para que as diretrizes de proteção dos direitos humanos das novas gerações se tornem realidade e não fiquem restritas somente ao texto da lei. Nesse sentido, a atuação do CT tem o grande potencial de contribuir para a efetivação de mudanças profundas no atendimento à infância e à adolescência no país. O Estatuto da Criança e do Adolescente não se limitou a estabelecer um rol de direitos fundamentais titularizados por tal público, e definiu a efetivação de tais direitos como prioridade absoluta. Além disso, criou o Conselho Tutelar para zelar pela aplicação das regras.

O Conselho Tutelar tem atuação restrita ao âmbito municipal, considerando-se a regra de competência definida pelos arts. 138 e 147 do Estatuto. Isso significa que ele é vinculado administrativamente à Prefeitura – sem prejuízo, no entanto, de sua autonomia nas decisões. Essa vinculação exige uma relação ética e responsável entre os Conselhos e a administração municipal, e também cooperação técnica entre secretarias, departamentos e programas municipais dedicados a crianças e adolescentes.

Como um dos operadores da política de atendimento, o Conselho Tutelar deve contar com o acompanhamento do CMDCA, da Justiça da Infância e da Juventude, do Ministério Público, das entidades civis que trabalham com a população infantojuvenil e, principalmente, com o acompanhamento dos cidadãos em geral. Todos esses atores devem zelar pelo bom funcionamento do CT e pela correta execução das suas atribuições legais.

O Conselheiros Tutelares possuem autonomia para exercer suas funções, o que significa que seus membros (que devem atuar segundo um órgão colegiado) têm liberdade para tomar suas próprias decisões. No entanto, sendo o Brasil um Estado de Direito, a autonomia dos Conselheiros deve ser concebida como liberdade dentro da lei e da Constituição.

A atuação dos Conselheiros é passível de controle e fiscalização, de modo a se evitar abusos e omissões, tanto internamente, conforme dispuser o Regimento Interno, quanto externamente, segundo a lei municipal específica. Portanto, essa autonomia deve significar ação com bom senso e limites. A autonomia diz respeito a decisões tomadas em sua função estrita – detecção de estado de risco e aplicação das medidas de proteção pertinentes. Não existe, contudo, autonomia administrativa, significando apenas que, neste ponto, o Conselheiro Tutelar fica atrelado às decisões municipais, que evidentemente deverão estar dentro da lei.

Embora não seja empregado pela Prefeitura, o membro do CT é considerado agente público para fins de responsabilidade civil, penal e administrativa. Como tal, pode ser chamado a responder por ação abusiva e/ou omissão no exercício dos deveres funcionais, inclusive com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Para que os Conselheiros tenham limites e regras claras no exercício de suas funções, duas providências são importantes: exigir, na lei que cria o CT, a elaboração de Regimento Interno, e explicitar os pontos básicos do regime disciplinar, com definição das faltas disciplinares e dos procedimentos de apuração e aplicação de sanções, incluindo entre elas a perda do mandato de Conselheiro por conduta irregular omissiva ou comissiva.

- 4.3.3.1. Instalação
- 4.3.3.2. Funcionamento
- 4.3.3.3. Atribuições

4.3.3.1. Instalação

A mesma lei municipal que dispõe sobre o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) deve dispor também sobre o Conselho Tutelar e o Fundo da Infância e Adolescência (a página do CAO-IJ, no site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contém propostas de redação quanto a esta lei local, que poderá ser utilizada pelo Promotor de Justiça no convencimento do Prefeito).

Além dos conceitos fundamentais e preceitos de criação, composição e funcionamento, o Estatuto define também as atribuições do Conselho Tutelar, que são:

- a) todo município é obrigado a ter, no mínimo, um Conselho Tutelar, cuidando para que a lei orçamentária contemple os recursos necessários ao seu funcionamento (arts. 132 e 134, do ECA). O recomendável é que, a cada duzentos mil habitantes, haja um CT;
- b) todo Conselho Tutelar deve ser composto de 5 (cinco) membros (nem mais, nem menos), escolhidos pela comunidade local, através do exercício do voto (art. 132, do ECA);
- c) o mandato deverá ter vigência de 3 (três) anos, permitida uma recondução (art. 132, do ECA), que não é automática. Caso algum Conselheiro queira ver-se reconduzido, deverá submeter-se a todas as etapas às quais o candidato novato se submete, inclusive a eleição;
- d) pessoas que tenham relações de parentesco entre si são impedidas de servir no mesmo CT (art. 140, do ECA);
- e) o processo de escolha dos Conselheiros deve estar estabelecido em lei municipal e ser realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fiscalização do Ministério Público, que deve ser informado de todas as suas etapas;[1)]
- f) o candidato a Conselheiro deve ter reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 (vinte e um) anos e residência no Município como requisitos básicos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar (art. 133, do ECA). A lei local não pode dispensar tais requisitos, mas poderá criar outros, como escolaridade mínima[2)];
- g) autoridade para, além de aplicar medidas, promover a execução de suas decisões, podendo expedir notificações e requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, bem como requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário (art.136, incs. III, VII e VIII, do ECA)[3)];
- h) possibilidade de revisão das decisões do CT pela autoridade judiciária, a pedido de quem tenha legítimo interesse (art. 137, do ECA), incluindo-se no rol o Ministério Público.

O Prefeito é quem deve encaminhar ao Poder Legislativo o projeto de lei para criação do Conselho Tutelar e do CMDCA, cuidando para que esses preceitos da Lei Federal sejam inteiramente respeitados.

Os membros do Conselho Tutelar devem ser escolhidos por voto direto, secreto e facultativo de todos os cidadãos maiores de 16 (dezesseis) anos residentes no município, em processo estabelecido pela lei municipal e conduzido pelo Conselho Municipal dos Direitos, sob fiscalização do Ministério Público (art. 139 do ECA).

A lei municipal pode dispor expressamente que, para cada Conselheiro titular, haja no mínimo 1 (um) suplente e que serão considerados eleitos os 5 (cinco) candidatos mais votados, ficando os demais como seus suplentes naturais, por ordem decrescente de votação. Se todos os candidatos que obtiverem votos forem considerados suplentes na lei municipal, pela ordem decrescente do resultado da votação, eles poderão ser chamados à medida que surgirem vagas. Se houver muitos candidatos, dificilmente existirão problemas na composição do CT ao longo do mandato. Caso não sejam preenchidas todas as vagas ou ocorra afastamento de algum membro titular, independentemente das razões, o suplente deve ser imediatamente convocado, para que seja regularizada a composição do CT. No caso da inexistência de suplentes, o CMDCA deverá realizar, em qualquer

tempo, o processo de escolha suplementar para o preenchimento das vagas, não podendo operar com vagas desocupadas.

Assim, quanto mais suplentes em potencial, melhor, não havendo razão para que seu número seja também limitado a cinco. Havendo só cinco, como parece ser o padrão adotado pelas leis municipais, pode ocorrer vacância e necessidade de nova eleição, gerando sobrecarga de trabalho a todos os envolvidos. Para isto, não há solução paliativa, sob pena de se incorrer em ilegalidade e resvalar em ato de improbidade administrativa.

O mandato do Conselheiro Tutelar é de três anos, permitida uma recondução. São vedadas medidas ou artifícios de qualquer natureza que abreviem ou prorroguem esse período, inclusive o chamado mandato-tampão, pois mandatos mais curtos ou mais longos descumprem a Lei Federal.

A regulamentação do processo de escolha é prerrogativa do CMDCA, obedecidos os limites legais. O Conselho dos Direitos deverá fazer essa regulamentação por meio de uma resolução prévia e específica ou do próprio edital de abertura do processo, tudo com ampla divulgação. Em caso de resolução prévia, seus pontos principais deverão ser reproduzidos no edital. Ao regulamentar o processo de escolha do CT, o CMDCA precisa levar em conta a lei municipal. Devido ao princípio da estrita legalidade a ser aplicado a todos os órgãos da administração pública, é vedado:

- a) estabelecer requisitos de candidatura não previstos na lei ou suprimir os que estiverem presentes;
- b) alterar prazos ou procedimentos eventualmente disciplinados na legislação local, como impor a realização de prova, quando a lei não a prevê;
- c) Não poderá ainda, de qualquer modo, contrariar o ECA e a Resolução nº 75 do CONANDA, limitando-se a estabelecer procedimentos inerentes à organização objetiva do processo democrático de escolha dos Conselheiros Tutelares.

Em caso de omissão da lei municipal, é importante que o CMDCA discipline, por meio de resolução, as situações e procedimentos para impugnação e eventual cassação dos registros de candidaturas, além de coordenar todas as etapas do processo, a partir do que estabelece a lei municipal. Essa regulamentação deve envolver desde a criação e definição das funções da Comissão Organizadora – cuja composição deve ser paritária, com igual número de Conselheiros governamentais e não governamentais – até a divulgação de todo o calendário. É fundamental que a regulamentação do processo defina requisitos para candidaturas; prazos e procedimentos de impugnação; regras e limites para as campanhas; locais e procedimentos de votação e apuração; estratégias de divulgação das eleições; cadastramento de eleitores, entre outros aspectos necessários. Caso a lei municipal não estabeleça limites para as campanhas, será obedecida a adotada a sistemática presente na lei eleitoral em vigor; sendo assim, será vedada boca de urna, transporte de eleitores, distribuição de brindes, etc.

Para evitar fraudes nas eleições – como duplicidade de votos ou participação de eleitor de outra região, cada município deve organizar um sistema de votação que facilite a participação dos eleitores e garanta a lisura do processo. Uma iniciativa interessante é buscar parceria com o Tribunal Regional Eleitoral (TRE). A Resolução nº 19.877/97, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), autoriza o empréstimo de urnas eletrônicas para eleições não oficiais. Se, por qualquer motivo, não for possível utilizar as urnas eletrônicas, o CMDCA e a Comissão Organizadora deverão definir uma forma eficiente de controle de votação, mediante cadastramento prévio dos eleitores. Para isso, podem solicitar previamente ao juiz eleitoral uma cópia da lista de eleitores do município ou providenciar outro método eficiente de cadastrá-los, visando a evitar fraudes e duplicidade ou multiplicidade de votos.

Municípios com mais de um Conselho Tutelar devem organizar eleições simultâneas e específicas a cada um deles, limitando a participação da comunidade à área de abrangência de cada Conselho; por exemplo, para escolha dos membros do CT da região oeste, votam apenas os cidadãos que residem nos bairros que pertencem a esta região (Resolução CONANDA nº 75).

Caso sejam criados novos Conselhos, os respectivos processos de escolha dos Conselheiros devem ser desencadeados juntamente com o processo de renovação dos Conselhos preexistentes. É importante que isso

seja considerado, já que não existe amparo legal em relação à prorrogação ou redução de mandatos dos integrantes em exercício, a pretexto de compatibilizar seus processos de renovação com o processo de escolha dos Conselhos criados posteriormente. Eis algumas sugestões quanto às etapas a serem seguidas para o sucesso da eleição:

- 1ª - Nomeação da comissão organizadora pelo CMDCA;
- 2ª - Elaboração e publicação da resolução e/ou edital para regulamentação e abertura oficial do processo de escolha;
- 3ª - Inscrição dos candidatos e exame preliminar das candidaturas;
- 4ª - Publicação da relação dos candidatos inscritos e abertura de prazo para impugnações;
- 5ª - Exame e julgamento dos recursos pela Comissão Organizadora; divulgação das candidaturas deferidas e indeferidas;
- 6ª - Recurso para o CMDCA contra decisão da Comissão Organizadora sobre indeferimento ou impugnação de candidatura;
- 7ª - Publicação das candidaturas definitivas;
- 8ª - Campanha dos candidatos;
- 9ª - Organização do dia da escolha;
- 10ª - Votação, apuração e proclamação dos nomes dos eleitos (titulares e suplentes);
- 11ª - Nomeação e posse dos conselheiros tutelares.

[1)] Há casos em que a lei local exige a realização de prova, com o escopo de aferir o conhecimento da língua, a capacidade de interpretação de texto e conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesses casos, parece comum o fato de o Promotor de Justiça redigir a prova, prática que, com a devida vênia, não me parece correta. Cabe ao Ministério Público fiscalizar o processo eleitoral, e não realizá-lo. Assim, a prova deverá ser redigida pelo próprio CMDCA ou por empresa contratada, nos termos da Lei nº 8.666/93.

[2)] Às vezes, a lei local impõe muitas condições para ser candidato ao CT, como ter ensino superior, experiência no trato com crianças etc. Não que tal cuidado seja mal visto; pelo contrário. Pela complexidade da função que exerce, o Conselheiro deve ter boa qualificação. Porém, deve-se estar atento para a realidade local. Já tivemos notícias de eleições desertas em cidades menores, justamente porque o público local não se encaixava nas exigências da lei.

[3)] Com relação ao poder de requisição deve este ser entendido como um comando a ser destinado à rede de atendimento local, e não ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, como temos notícia de que alguns Conselhos Tutelares procedem.

4.3.3.2. Funcionamento

O Conselho Tutelar deve funcionar em prédio de fácil acesso, localizado na área de sua competência, preferencialmente em local já constituído como referência de atendimento à população. Os recursos necessários à instalação e ao adequado funcionamento do CT devem constar do orçamento municipal (art. 134, parágrafo único, do ECA) e gozar de absoluta prioridade na sua execução (art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do ECA).

O imóvel destinado ao Conselho deve oferecer espaço físico e instalações que permitam o bom desenvolvimento dos serviços dos Conselheiros e o acolhimento digno do público. É recomendável que esse local contenha, no mínimo:

- a) sala ou espaço reservado para o atendimento dos casos – as pessoas não podem ser expostas ao constrangimento de relatar seus problemas pessoais publicamente, em meio a outras pessoas que aguardam atendimento e eventuais curiosos. A inexistência de sala reservada para o atendimento do público representa inaceitável desrespeito para com a população que precisa ser atendida pelo CT, expondo crianças, adolescentes e suas famílias a situações vexatórias, justamente em um momento em que se apresentam fragilizadas e necessitam de apoio e orientação. A intimidade desses cidadãos deve ser preservada;
- b) sala ou espaço reservado para os serviços administrativos de rotina e arquivo – os serviços administrativos típicos devem contar com espaço ou sala específica, de modo que essas atividades não interfiram nas entrevistas com as pessoas atendidas;
- c) sala/espaço próprio para recepção e espera – as pessoas que aguardam atendimento não devem ficar do lado de fora do prédio, na sala de entrevistas e tampouco na sala destinada ao serviço administrativo;
- d) sanitários dignos para os Conselheiros e para o público;
- e) placa indicativa do CT, de modo a torná-lo visível para a comunidade e para todos que dele necessitem.

Quanto aos equipamentos e material de consumo, é necessário que sejam disponibilizados pelo Poder Executivo:

- a) computador(es) com impressora(s), linha telefônica com possibilidade de ligações interurbanas (rotineiramente, os Conselheiros tutelares precisam fazer contatos com outras localidades, em busca de parentes e serviços de atendimento para crianças e adolescentes em situação de risco), aparelho(s) de telefone(s), fax, livro de registro de ocorrências, biblioteca com publicações especializadas etc.;
- b) veículo de apoio para o transporte dos Conselheiros no atendimento de denúncias que, muitas vezes, ocorrem em bairros e comunidades rurais distantes. Esse é um instrumento de trabalho essencial para o desenvolvimento da função do Conselheiro, pois não se pode exigir que ele gaste do próprio bolso para cumprir suas atribuições;
- c) armários, arquivos, mesas e cadeiras suficientes para acomodar os Conselheiros e o público, bem como o material de consumo (insumos de escritório) e os equipamentos.

Considerando que a função desempenhada pelo Conselheiro Tutelar é de grande complexidade e volume, o Conselho precisa contar com pessoal de apoio para tarefas mais burocráticas. É fundamental que a Prefeitura coloque à disposição do CT com exclusividade, servidores para secretariar os Conselheiros e ocupar-se de serviços de rotina (triagem, correspondências, arquivo etc.). Os Conselheiros não podem se encarregar de trabalhos administrativos, sob o risco de prejudicar o atendimento às denúncias de violações aos direitos de crianças e adolescentes. Também é importante que seja disponibilizado um motorista para o veículo de apoio.

A Prefeitura deve cuidar para que as condições básicas e indispensáveis ao bom funcionamento do CT sejam asseguradas. Essa é uma questão de respeito à população e garantia da prestação eficiente de um serviço

público a que tem direito, considerando-se que o CT é órgão público por excelência, de existência obrigatória e permanente em todos os municípios do território nacional (art. 131 do ECA). Não há divergência quanto a isso.

A jurisprudência mineira vem se atualizando e incorporando os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que, em caso de descumprimento desses misteres por parte do município, a tutela poderá ser buscada do Judiciário:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. CONSELHO TUTELAR. GARANTIA DECORRENTE DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA SEU REGULAR FUNCIONAMENTO. IMPOSIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável da municipalidade empreender todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e arts. 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90, da Lei n.º 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura qualquer desrespeito ao princípio da separação dos poderes, 'se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.' (ADPF45). Súmula: DERAM PROVIMENTO. TJMG. Relatora: MARIA ELZA. Data do Julgamento: 02.07.2009. Data da Publicação: 21.07.2009.

Por fim, cabem duas últimas observações sobre o funcionamento do CT:

Horário de Funcionamento

Em razão do disposto no art. 134, do ECA, a lei municipal deve estabelecer, expressamente, tanto o horário quanto o local de funcionamento do CT. O CONANDA entende que o funcionamento do CT deve respeitar o horário comercial durante a semana, assegurando-se um mínimo de oito horas diárias para todo o colegiado e rodízio para o plantão, por telefone móvel ou outra forma de localização do Conselheiro responsável, durante a noite e final de semana.

É importante não confundir horário de funcionamento do CT com sessão plenária de deliberação quanto às medidas a serem aplicadas e outros assuntos constantes da pauta, que na prática são distintas. No horário de funcionamento do CT, o órgão ficará aberto à população, tal qual uma repartição pública. Isso não significa que todos os Conselheiros tutelares obrigatoriamente deverão estar presentes na sede do CT simultaneamente, visto que são inúmeras as atividades que exigem contato direto com a população.

Embora o Regimento Interno do CT possa prever a permanência de ao menos 3 (três) Conselheiros na sede do órgão, é certo que estes também terão por missão fazer visitas regulares a comunidades mais longínquas e atender os casos em cada local, para o que também deverão contar com veículo e suporte administrativo necessários aos deslocamentos.

O CT não deve funcionar como um órgão estático, que apenas aguarda o encaminhamento de denúncias. Deve ser atuante e itinerante, com preocupação eminentemente preventiva, aplicando medidas e efetuando encaminhamentos diante da simples ameaça de violação de direitos de crianças e adolescentes (Resolução nº 75 do CONANDA).

SIPIA – Sistema de Informação para a Infância e Adolescência

O SIPIA é um sistema de informática que instrumentaliza o exercício da função de Conselheiro e gera informações que subsidiarão as decisões governamentais sobre políticas para crianças e adolescentes. Esse

mecanismo foi criado com o objetivo de registrar e tratar informações sobre promoção e defesa dos direitos fundamentais previstos no ECA, gerando dados e estatísticas. O sistema permite sistematizar a demanda dos Conselhos Tutelares, ao classificar as violações por categoria, como localidade, por exemplo. Além disso, é possível mapear a condição de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social e, assim, levar à produção de conhecimentos sobre situações concretas de violação aos direitos e suas respectivas medidas de proteção. Por meio desta ferramenta, os Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos e o CONANDA podem traçar diretrizes e prioridades das políticas de atenção à população infantojuvenil a serem executadas pelo Poder Executivo.

Existe em cada estado um Núcleo de Referência Estadual responsável pela implementação e manutenção do SIPIA. Esse Núcleo encontra-se atualmente na Subsecretaria de Direitos Humanos, vinculada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social (SEDESE). Cabe ao CT reivindicar a instalação e o uso do programa na rotina de atendimento. Porém, o sistema só funciona em computadores específicos.

Seria interessante que o Promotor de Justiça interviesse para que esse equipamento fosse disponibilizado para o Conselho e, em seguida, orientasse a equipe a adotar o sistema, que pode auxiliar a comunidade local na elaboração de políticas capazes de suprir as necessidades da região.

4.3.3.3. Atribuições

Dentre as atribuições do Conselheiro Tutelar, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como primordial a função de detectar situações de risco, mediante notícias de desrespeito aos direitos de crianças e adolescentes, e aplicar uma das medidas de proteção arroladas no art. 101 da Lei nº 8.069/90. A situação de risco é definida no art. 98 do ECA como a situação de quem está na iminência de sofrer uma lesão a direito seu, ou de quem já sofreu a mencionada lesão.

Deve ficar claro que a atribuição do Conselheiro Tutelar é a de aplicar a medida de proteção. Não é o CT que executa as medidas socioeducativas em meio aberto, tampouco oferece apoio ou acompanhamento temporário às famílias. É a rede de atendimento local que deverá executar as medidas. Se o Município apresentar resistência em oferecer o serviço, o Conselheiro Tutelar poderá requisitá-lo, e neste caso não poderá ser negado, sob pena de resultar em crime de desobediência. O juízo de valor quanto a necessidade ou não da medida é do Conselheiro Tutelar.

O que costuma acontecer é a rede local não dispor do serviço necessário, mesmo diante de situação de risco. Neste caso, o Conselheiro Tutelar deverá enviar um relatório ao Promotor de Justiça. Este, por sua vez, deverá provocar o CMDCA a expedir uma resolução vinculando o chefe do Executivo local.

Em caso de resistência, há um conjunto de possibilidades para a atuação do Promotor de Justiça: realização de audiência pública com o fito de mobilizar a opinião pública; expedição de Recomendação; assinatura de TAC; ajuizamento de ação civil pública de preceito cominatório. Recomenda-se exaurir as possibilidades de negociação antes de mover ação judicial, já que a resposta do Judiciário não é tão breve como gostaríamos.

Devido à dificuldade de localizar os representantes legais de adolescentes apreendidos em ato infracional, é comum na rotina das Promotorias de Justiça o Delegado incumbir o Conselheiro desse papel, o que não é aceito de bom grado. O Conselheiro estará se posicionando adequadamente ao recusar tal função, pois não está entre suas atribuições. Uma alternativa é solicitar a presença de um defensor público ou de um advogado dativo, que poderá orientar juridicamente o menor e diligenciar no sentido de proteger seus direitos processuais.

Outra demanda que as redes tendem a impor ao Conselheiro Tutelar é a de localizar os pais ou responsáveis em casos de surpreenderem crianças ou adolescentes desacompanhados em eventos de grande porte, como carnavais e micaretas, ou adolescentes ingerindo bebida alcoólica. Cabe ao Conselheiro Tutelar diligenciar no sentido de aplicar a medida de proteção, mas não de acompanhar o adolescente ao serviço ou localizar os pais. Há que se ter uma equipe de apoio incumbida do acompanhamento e da localização dos responsáveis.

Se o evento for organizado pela Prefeitura, a equipe de apoio deverá ser composta pelos servidores lotados na Secretaria de Assistência Social, teoricamente a mais treinada para este tipo de atendimento. Em caso de empresa particular, deve-se condicionar a concessão do alvará (previsto no art. 149 da Lei nº 8.069/90) ao oferecimento da equipe de apoio, por parte da empresa, recaindo sobre ela o ônus de controlar a entrada de adolescentes e a disponibilização de bebidas alcoólicas, sem prejuízo das outras sanções.

4.4. As primeiras atribuições do Promotor de Justiça da área da infância e da juventude

O sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente é composto por uma rede de profissionais com responsabilidades específicas que deve atuar em conjunto, como uma engrenagem. O grande desafio do Promotor de Justiça é se inserir nessa rede ou promover sua formação.

Adotando medidas pontuais, o Promotor de Justiça poderá criar sintonia com a comunidade onde irá atuar e envolver também os demais órgãos de proteção, ao exercer as competências pertinentes à Justiça da Infância e da Juventude. Ao assumir o cargo, o profissional poderá:

- a) comunicar a assunção do cargo, por ofício ou outro documento, ao Prefeito, aos vereadores, aos membros do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar, aos órgãos policiais, às secretarias de assistência social, da saúde e da educação;
- b) analisar a legislação municipal relacionada à política de atendimento à infância e à juventude, em especial a que institui e regula o funcionamento do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Tutelar e do Fundo da Infância e Adolescência dos Municípios que compõem a Comarca;
- c) analisar as deliberações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente a respeito das políticas públicas do Município, verificando se suas resoluções foram cumpridas pelo Executivo local;
- d) promover todas as medidas cabíveis diante de eventual incompatibilidade da lei municipal ou deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Constituições Federal e Estadual;
- e) organizar arquivo e mantê-lo atualizado, na sede da Promotoria de Justiça, contendo os seguintes documentos: 1) a legislação municipal concernente a sua área de atuação; 2) as deliberações e resoluções do Conselho Municipal de Direitos relacionadas à política de atendimento e ao processo de escolha de seus representantes e os do Conselho Tutelar;
- f) garantir a legalidade e a forma democrática no procedimento de escolha e eleição dos membros do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar;
- g) zelar pela representatividade dos conselheiros eleitos, seja para o Conselho Municipal de Direitos da Criança, seja para o Conselho Tutelar;
- h) participar, sempre que possível, das reuniões do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, velando para que as decisões tomadas se deem de forma colegiada e nos termos do Regimento Interno;
- i) zelar pelo respeito à autonomia das decisões do Conselho Tutelar, colaborando, sempre que possível e necessário, para o bom desempenho de suas funções;
- j) provocar o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente para, quando necessário, expedir de deliberação e resolução normativa, relativas às políticas públicas e aos programas a serem implementados, ampliados ou mantidos na área da infância e juventude;
- k) zelar para que, no Plano Orçamentário Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual do Município, a área da infância e juventude seja contemplada com a “preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas” e com a “destinação privilegiada de recursos públicos”, previstas no art. 4º da Lei no 8.069/90;
- l) dialogar com a Câmara de Vereadores para propor a discussão e promulgação de leis de interesse para a área, assim como o aperfeiçoamento das já existentes;

- m) mapear a rede de atendimento local.[1)]

Quanto ao exercício das funções jurisdicionais, especialmente as insertas nos incisos do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, recomenda-se que o Promotor de Justiça:

- a) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer e processar o feito, nos moldes do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois existe a possibilidade de conflito no que concerne à Vara de Família;
- b) verifique se a Justiça da Infância e da Juventude possui equipe interprofissional prevista no art. 150 do Estatuto;
- c) cheque se a atuação da equipe interprofissional referida e a do Município, mais precisamente aquela inserida no CRAS (Centro de Referência de Assistência Social) e CREAS (Centro Especializado em Assistência Social) não estão sobrepostas, ou, mais comumente, se a equipe do Judiciário está cumprindo as incumbências da rede de atendimento local;[2)]
- d) cuide para que em todos procedimentos conste cópia da certidão de nascimento da criança e do adolescente e, se apurada a inexistência de assento no registro civil, requeira que autoridade judiciária determine que isso ocorra imediatamente (art. 102, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente);
- e) diligenciar no sentido de verificar os termos da atuação dos Comissários, se existentes na Comarca, sobretudo com o enfoque de se evitar a sobreposição ou conflito de ações entre a atuação dos Conselheiros Tutelares e o Comissariado.[3)]

[1)] Para tal mister, sugerimos que o Promotor de Justiça oficie à Presidência do CMDCA, ente no qual todos os programas e projetos que se dirijam a crianças e adolescentes devem estar registrados, indagando-lhe sobre os seguintes tópicos, afinal este ente deve conhecer melhor do que qualquer outro a rede de atendimento local: SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - SUAS (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Desenvolvimento Social).

- Os CRAS já foram instalados no Município? Quantos são e qual a estrutura física e humana da qual dispõem?
- O atendimento por parte dessa entidade já foi implantado?
- Quais os serviços e/ou programas estão sendo prestados no CRAS?
- Os CREAS já foram instalados no Município? Quantos são e qual a estrutura física e humana da qual dispõem?
- Essa entidade já está atendendo?
- Quais os serviços e/ou programas estão sendo prestados no CREAS?

SAÚDE (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Saúde)

- Quantas são as unidades básicas de saúde (UBS) no Município?
- Há CAPS instalado no Município? Qual a modalidade?
- Está implantado o Programa Saúde na Família - PSF?
- Qual a equipe de trabalho? (número de pessoas e qualificação técnica)
- Não havendo CAPS, como é feito o atendimento ao dependente químico e portador de sofrimento mental?

PROGRAMAS DE ESPORTE, LAZER E CULTURA

- Quantos e quais programas existem?
- Número e faixa etária das crianças e adolescentes atendidos.

EDUCAÇÃO (neste tópico, sugere-se também que se oficie ao Secretário de Educação)

- Quantas Escolas existem no município, entre municipais e estaduais, e qual o número de vagas em cada uma delas, com definição das etapas: Infantil, Fundamental I, Fundamental II e Ensino Médio?
- A demanda em cada uma das etapas de ensino é suprida?
- O Município mantém convênio com o FNDE (Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação) para obter auxílio no que se refere à merenda e transporte escolar?
- Existe alguma Escola no território do Município que desenvolva programas especiais, como: PEAS JUVENTUDE, ESCOLA

QUE PROTEGE, ESCOLA ABERTA, EDUCAÇÃO INCLUSIVA, etc.?

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

- O Município oferece programa de atendimento às medidas socioeducativas de Prestação de Serviços à Comunidade - PSC e Liberdade Assistida (LA)?
- Quem executa?
- Como se compõe a equipe de trabalho?
- Existe levantamento quanto à taxa de "reincidência" dos adolescentes que passam por tais programas ?
- O Município recebe do Estado algum repasse financeiro ou treinamento de pessoal para que tais medidas sejam disponibilizadas? No Município existe unidade de internação ou Delegacia Especializada? Existe superlotação? Existe plano de atendimento individualizado aos adolescentes sentenciados?

CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

- O Município dispõe de programa de atendimento às famílias? Quem o executa?
- Há abrigo instalado no Município? Qual o público atendido (gênero/faixa etária)? Qual a instituição responsável pela execução?
- A entidade conta com equipe multidisciplinar? Há um trabalho de orientação e acompanhamento familiar, visando o retorno da criança/adolescente ao lar?

OUTRAS MEDIDAS PROTETIVAS

- Existe no Município algum programa de profissionalização para adolescentes e jovens?
- O Município está inscrito no PETI? Qual o quantitativo de adolescentes atendidos?
- O Município dispõe de algum programa de combate à exploração e/ou abuso sexual? (ex.: Sentinela, PAIR)
- Especificar outros programas e serviços existentes destinados ao atendimento de crianças e adolescentes e de seus respectivos familiares.

[2)] O Ministério Público deve estar atento ao fato de que a equipe interprofissional disciplinada nos arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente não presta atendimento, não fazendo parte da rede prevista no artigo 136, até porque atender é função típica do Executivo. O que sói acontecer é que, na grande maioria das vezes, a equipe do Juízo é muito melhor preparada tecnicamente, até porque submetida a concurso público, o que não ocorre com tanta freqüência assim no Executivo, cujos cargos em estruturas tais (CRAS e CREAS) são ocupados em razão de indicação do Prefeito, o que acaba por acontecer em virtude de razões políticas e não profissionais, infelizmente. No entanto, tal prática não pode perdurar. O atendimento é de responsabilidade do Município, que, em razão do SUAS, recebe custeio para tanto, repassados pela União e pelo Estado. Portanto, não pode deixar de proceder ao atendimento eficazmente. É bem verdade que o art. 151 atesta que compete à equipe interprofissional desenvolver trabalho de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros. Ocorre, contudo, que tal incumbência é subsidiária à do Executivo, e deve ser entendida, dentro do sistema de tripartição de Poderes, como medidas a serem implementadas em um espaço de conciliação entre as partes, típico do Judiciário, ante a iminência de sentença judicial, tudo no sentido de melhor atender os interesses da criança. Em um caso de processo de extinção do poder familiar, que é, no atual sistema, excepcional, ante o direito subjetivo que o infante tem à convivência familiar e comunitária, nada obsta que durante seu trâmite, a equipe interprofissional oriente ou aconselhe a família, encaminhe-a para serviços municipais no sentido de se afastar a situação de risco em que se encontra a criança.Mais uma vez devemos lembrar que o Código de Menores que previa a atuação administrativa do Judiciário foi revogado há muito tempo.

[3)] A nós parece que a figura do Comissário é ainda resquício do já sepultado no Código de Menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz referência a tal categoria. O art. 151 limita-se a criar a equipe interprofissional. E, ao que parece, equipe interprofissional não é Comissariado.

4.5. O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos individuais da criança e do adolescente

- 4.5.1. Medidas de proteção: considerações pertinentes
- 4.5.2. Os procedimentos de cunho familiar
- 4.5.3. O procedimento para a apuração de irregularidades em entidades de atendimento
- 4.5.4. A ação de responsabilização em razão de infração administrativa
- 4.5.5. Crimes cometidos contra crianças e adolescentes
- 4.5.6. Os remédios constitucionais

4.5.4. A ação de responsabilização em razão de infração administrativa

As infrações administrativas são forma de expressão do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência estatal na esfera privada, à medida que restringem direitos individuais em nome da coletividade.

A natureza do procedimento de apuração da infração administrativa desperta divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. De um lado, há a tese que defende a natureza administrativa do procedimento. De outro, há os que insistem na natureza jurisdicional.

Embora as duas correntes doutrinárias sejam plausíveis, é evidente a natureza jurisdicional do procedimento, considerando que a Justiça da Infância e da Juventude tem competência imputada pelo próprio Estatuto para aplicar penalidade administrativa em caso de infração a normas de proteção a criança e ao adolescente (art. 148, inc. VI).

Conforme expõe Ramos:

> "A violação de um preceito normativo, caracterizando uma infração administrativa, faz nascer o direito subjetivo da sociedade de exigir o respeito à ordem jurídica vigente.
> […]
> Pela sistemática do Estatuto, tal pretensão da sociedade deve se exigida judicialmente, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Tutelar, ou através de servidores púbicos credenciados para tal, perante a Vara da Infância e da Juventude. A aplicação da penalidade pressupõe a intervenção do Poder Judiciário. E essa intervenção não é meramente administrativa, pois é função do processo judicial compor a lide, resolver os conflitos segundo a ordem jurídica estabelecida"[1)].

Antes de abordar o procedimento para apuração de infrações administrativas, é necessário defini-las e listá-las.

- 4.5.4.1. As infrações administrativas contra as normas protetivas
- 4.5.4.2. O procedimento de apuração de infração administrativa
- 4.5.4.3. A execução de multas cominatórias

1) RAMOS, Patrícia P. O. Chambers. Infrações administrativas. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 633.

4.5.4.1. As infrações administrativas contra as normas protetivas

As infrações administrativas representam uma das formas de manifestação do poder de polícia da Administração Pública, caracterizando-se como a interferência do Poder Público na esfera particular por meio da restrição de direitos individuais e em nome da coletividade.

Na definição proposta por Ramos:

> "[…] as infrações administrativas são condutas contrárias a preceitos normativos que estabelecem uma ingerência do Estado na vida do particular, seja pessoa física ou jurídica, com vistas à proteção de interesses tutelados pela sociedade, com sanções de cunho administrativo, ou seja, restritivas de direitos, mas não restritivas de liberdade, geralmente importando num pagamento de uma multa pecuniária, suspensão do programa ou da atividade, fechamento de estabelecimento, apreensão do material inadequado ou simples advertência.
> […]
> Em termos de escolha legislativa, o que representa um mero ilícito administrativo hoje poderá vir a ser um ilícito penal amanhã e vice-versa. Há uma consideração valorativa feita pelo legislador quanto a certos bens jurídicos, tendo como conseqüência a cominação de penas mais leves ou mais graves aos realizadores das condutas potencialmente ofensivas"[1)].

Não há distinção explícita entre a sanção de natureza penal e a de natureza administrativa, pois ambas decorrem da desobediência a uma norma de conduta e de controle social, embora seus efeitos sejam diferentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente escolheu como sanção da infração administrativa a penalidade pecuniária, quantificada em "salário referência". Contudo, o art. 5º da Lei nº 789/1989 extinguiu o "salário mínimo de referência" e o "piso nacional de salários", passando a vigorar apenas o salário mínimo. No entanto, a nomenclatura não foi atualizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, gerando divergências na doutrina. Uma corrente a entende como substituição ao salário mínimo; outra alega que essa simples alteração implicaria em modificação da sanção, o que elevaria o valor das multas, e por isso prefere a atualização do salário de referência, adotando o INPC como índice legal[2)].

A doutrina também diverge acerca de o instituto da prescrição aplicar-se às infrações administrativas, como na esfera penal, ou alinhar-se aos preceitos do direito civil, havendo julgados para ambos os lados.

Independentemente de o procedimento ter natureza jurisdicional ou administrativa, a multa prevista pela legislação estatutária possui natureza evidentemente administrativa, sendo revertidas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente[3)]. Assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que defende a aplicação da prescrição quinquenal, parece ser o mais correto:

> ADMINISTRATIVO. ECA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. PRAZO PRESCRICIONAL. 1.O prazo prescricional para a cobrança de multa por infração administrativa tipificada no ECA é de cinco anos. 2. recurso especial provido.[…] Merece reparo o reconhecimento de analogia entre a prescrição, como modalidade de extinção de punibilidade no âmbito penal, com as normas a serem aplicadas no caso de infrações administrativas, enunciadas em capítulo específico no Estatuto da Criança e do Adolescente. A dificuldade existe porque a lei não é expressa quanto ao prazo para a cobrança das infrações administrativas. O próprio termo prescrição é inadequado para o caso, em que se verifica a perda do direito de a Administração promover a cobrança do seu crédito. Seria melhor falar-se em decadência, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Inexistindo regra específica sobre prescrição, nos termos do art. 4º da LICC, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos Princípios Gerais do Direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional e não há no Estatuto da Criança e do Adolescente nenhuma referência ao prazo prescricional em caso de infrações administrativas. Nas últimas edições de sua obra, Celso Antônio Bandeira de Mello, revendo o posicionamento que adotara até a 11ª, quando preconizava a aplicação analógica do Código Civil (como o Tribunal a quo), passou a reconhecer que se deve aplicar o prazo de cinco anos, por ser uma constante nas disposições gerais instituidoras de regras do Direito Público nessa

> matéria, a menos que se cuide de comprovada má-fé, quando seria de invocar-se a regra do Código Civil, agora estabelecida em dez anos. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 822.839/SC. Relator: Min. CASTRO MEIRA. Julgado em: 15.08.2006).

E ainda:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ECA. MULTA APLICADA EM RAZÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA SUA COBRANÇA. DECRETO Nº 20.910/32. ART. 114, I, DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em autos de infração administrativa por violação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Como se constata dos autos, ao apreciar o cabimento da pena de multa aplicada à empresa, por descumprimento do estabelecido no ECA, o acórdão, amparado no art. 114 do Código Penal, aplicou o prazo bienal de prescrição e declarou extinto o processo sem resolução do mérito. 2. Merece acolhida o pedido, porquanto a solução empregada pelo acórdão recorrido se evidencia em confronto com a exegese adotada por esta Corte, segundo a qual, em se tratando de infração administrativa do ECA, deve-se observar o lapso prescricional inscrito de 5 anos, nos termos do Decreto 20.910/32. 3. Recurso especial conhecido e provido para o fim de que o Tribunal recorrido, afastada a prescrição, examine o mérito do litígio. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 855179/RN. Relator: Min. José Delgado. Julgado em: 18/09/2007).

[1)] RAMOS, Patrícia P. O. Chambers. Infrações administrativas. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 394.

[2)] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 50829/RJ. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 18.02.2003.

[3)] RAMOS, 2007, p. 412.

4.5.4.2. O procedimento de apuração de infração administrativa

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ao Ministério Público para representar em juízo, visando à aplicação de penalidade por infrações a normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (art. 201, X).

A legitimidade para ingressar com o procedimento para imposição de penalidade administrativa se dá concorrentemente entre o *Parquet*, o Conselho Tutelar e o servidor público, efetivo ou voluntário, credenciado na Justiça da Infância e da Juventude, aqueles por meio da representação e este último por meio da elaboração de auto de infração (art. 194 do ECA). Iniciado o procedimento, o requerido será citado de acordo com as hipóteses estabelecidas pelos incisos do art. 195 do Estatuto[1)].

A contar da citação, o requerido deverá apresentar sua defesa no prazo de dez dias (art. 195, *caput*), sob pena de o procedimento ser imediatamente encaminhado para vista do Ministério Público no prazo de cinco dias e seguir para decisão em igual prazo (art. 196).

Por outro lado, apresentada a defesa, audiência de instrução e julgamento deverá ser designada sempre que necessário, para colher depoimentos do requerido e das eventuais testemunhas (art. 197).

Na parte final da audiência, deverá ser aberto o prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o defensor do requerido e o representante do Ministério Público formularem, sucessivamente, suas alegações finais de maneira oral (art. 197, parágrafo único).

Ao término das alegações, a autoridade judiciária deverá proferir sua decisão, contra a qual é cabível o recurso de Apelação, nos moldes disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 198, *caput*, do ECA), respeitado, todavia, o prazo de dez dias (art. 198, inc. II, do ECA).

[1)] O Estatuto fala em “intimação”; todavia, por ser necessário um instrumento capaz de chamar o requerido ao polo negativo da lide, deverá ser procedida a citação.

4.5.4.3. A execução de multas cominatórias

Em regra, compete a quem deu início ao procedimento em que foi proferida a sentença promover a aplicação da multa. Mesmo não tendo estabelecido exceção, a Lei nº 8.069/90 concede uma importante faculdade ao Ministério Público: “as multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados” (art. 214, § 1º). Os valores arrecadados e as multas serão revertidos ao FIA Municipal, nos termos do art. 154 c/c art. 214, do ECA. Nos municípios onde não houver FIA, os valores deverão ser depositados em estabelecimento bancário oficial, em conta poupança ou outra equivalente, até que Lei Municipal institua e discipline o Fundo.

4.5.5. Crimes cometidos contra crianças e adolescentes

- 4.5.5.1. Peculiaridades da investigação
- 4.5.5.2. A ação penal diante dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes
- 4.5.5.3. Crimes contra a criança e o adolescente tipificados na Lei nº 8.069/90

4.5.5.1. Peculiaridades da investigação

É comum o Promotor de Justiça da Infância e Juventude solicitar ao Conselho Tutelar uma apuração preliminar quando recebe denúncia de violência contra crianças e adolescentes, sobretudo nos casos encaminhados pelos serviços *Disque 100* e *Disque Direitos Humanos*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente limita a atuação do Conselho Tutelar à apuração da situação de risco e à aplicação de medida de proteção. A averiguação restringe-se a investigar a existência de situação de risco, e não de ilícito criminal, pois são esferas de extensão e profundidade diversas, pelo menos no nosso entendimento. Assim, não é plausível demandar dos Conselheiros uma averiguação mais apurada em termos criminais, pois não são preparados para este mister.

Além disso, o fenômeno da violência contra crianças e adolescentes é extremamente complexo. Segundo dados apurados pela CPI da Pedofilia, 70% das violações ocorrem no ambiente familiar. Quem deveria proteger, abusa e ofende. Em estudos implementados pela área de psiquiatria da Faculdade de Medicina da UFMG, verificou-se que o agressor, sobretudo aquele autor de ofensas sexuais, em 98% dos casos são homens que conhecem a criança e têm acesso facilitado a ela, por questões familiares ou domésticas.

A investigação de todos esses dados é difícil, pois a violação se infiltra justamente onde deveria haver acolhimento, num contexto de opressão e ameaça. Em 60% das vezes, a mãe sabe, mas se mantém inerte, ou porque teme a violência contra si, ou porque prefere ficar com o companheiro a delatá-lo, ou, ainda, porque tem medo de perder o provedor. Todo o peso deste pacto familiar sinistro é suportado pela criança, que, bem ou mal, guarda para com seus agressores um vínculo de afetividade que a força ao silêncio. O relato da criança é contaminado, e não existe ninguém da família disposto a romper com este mecanismo perverso. Tudo isso já está plenamente catalogado na literatura médica, demonstrando que a apuração de casos tais é realmente árdua, carecendo até da intervenção de um técnico para que a averiguação não se constitua outra vez em uma revitimização do ofendido.

Muitas vezes, a entidade familiar prefere conviver com as violações do que cogitar sua fragmentação em virtude do desvendamento da verdade. Desse modo, não basta que o Conselheiro Tutelar pergunte à pretensa vítima se ela foi agredida, e que estenda tal indagação aos outros membros da família.

É por causa dessa complexidade que entendemos que talvez a atuação do Promotor de Justiça da Infância e do Conselho Tutelar não bastem. Outros atores poderiam ser acionados para atuar, seja a polícia, seja o CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social, mecanismo do SUAS).

A detecção da violência familiar pressupõe uma abordagem técnica, permeada pelos saberes da assistência social e da psicologia, já que a criança ou o adolescente reputados como possíveis vítimas devem ser ouvidos com toda cautela para que seu sofrimento não seja agravado. Diante de todos estes aspectos, sugere-se que a averiguação se divida em duas frentes:

1ª - Solicitação ao Conselho Tutelar para que entreviste, com muita discrição e cautela – sem levantar suspeitas e tampouco mencionar os termos da denúncia –, a criança e o seu responsável, atentando-se para o estado de humor infantil e observando se ela ostenta marcas de violência. A abordagem deve ser feita com o maior cuidado porque, se o ofensor detectar que está sob vigilância, poderá atuar no sentido de destruir provas e proceder de forma ainda mais violenta para com a vítima e eventuais testemunhas, a fim de que o segredo não venha à tona. Sendo assim, é recomendável que o Conselho Tutelar justifique que aquele procedimento é de rotina e que aquele agrupamento familiar foi escolhido para uma pesquisa por amostragem sobre as condições das famílias residentes naquela comunidade. É interessante que o Conselho Tutelar busque mais informações na escola, indagando detalhes do comportamento da criança aos educadores: se ela mudou de humor, se está depressiva ou agressiva, se apresenta dificuldades de aprendizado, se dorme durante a aula, se demonstra comportamento erotizado (se fala sobre sexo ou órgãos genitais, demonstra interesse em ver ou tocar o corpo de outras crianças etc). Também é recomendável buscar informações junto ao sistema de saúde. Sempre, insistimos, com a maior discrição. Tudo isso é para verificar se a criança apontada como vítima de violência se encontra na situação de risco descrita no art. 98 do Estatuto e se carece de medida de proteção, a ser aplicada pelo próprio Conselho Tutelar.

Novamente, destaca-se que o Conselho Tutelar não tem qualificação e nem objetivo de investigar crime. Porém, se fizer uma abordagem apropriada, conseguirá reunir um conjunto enorme de informações que poderão municiar o Promotor de Justiça na decisão quanto às providências: requisição de inquérito; ajuizamento de destituição do poder familiar; e encaminhamento ao serviço especializado de assistência social do Município.

A investigação de notícias como essas geralmente dá melhor resultado se for conduzida indiretamente do que diretamente. A requisição direta de um inquérito advertirá a família quanto a suspeitas e poderá fazer com que o pacto de silêncio se intensifique. Se o Conselho detectar indícios na primeira averiguação, poderá requisitar inquérito e encaminhar a criança ao serviço social municipal, que é obrigado a fornecer atendimento. Se houver CREAS, tanto melhor.

Como unidade de atendimento do SUAS (Serviço Único de Assistência Social), o CREAS é destinado a ofertar serviços especializados e continuados a famílias e indivíduos em situações de violação de direitos. Por ser unidade de referência, deve promover a integração de esforços, recursos e meios para enfrentar a dispersão dos serviços e potencializar ações aos usuários. Por meio uma equipe multiprofissional, oferece acompanhamento técnico especializado, de modo a potencializar a capacidade de proteção da família e favorecer a reparação da violência sofrida pela vítima.

As equipes prestam atendimento diretamente na sede do CREAS ou se deslocam aos domicílios e territórios. Os trabalhos devem funcionar em estreita articulação com os demais serviços socioassistenciais, com outras políticas públicas, com Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares e outras Organizações de Defesa de Direitos, no intuito de estruturar uma rede efetiva de proteção social.

A exemplo do Conselho Tutelar, o CREAS também não se destina a verificar a existência de crime. No entanto, a atuação desses entes é importante porque ambos ouvirão a criança de forma mais técnica e adequada, atentando para detalhes que dificilmente a Polícia levaria em consideração e, também, por coletarem informações preciosas que poderão dar suporte para que o Promotor de Justiça faça escolhas mais criteriosas quanto as medidas a serem tomadas, dentre elas a requisição de inquérito policial.

4.5.5.2. A ação penal diante dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes

O Ministério Público é o único titular da ação penal pública, por força do art. 129, inc. I, da Constituição Federal. É função do Promotor de Justiça que atua na Vara da Infância e Juventude ingressar com a Ação Penal decorrente da prática de crimes contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, assim definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 228 a 244).

A problemática da violência contra a criança e o adolescente parece estar longe de ser solucionada. No início de 2008, o Ministério da Justiça lançou o Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros[1)], revelando a triste notícia do aumento de mortes violentas de jovens em 31,1% de 1996 a 2006.

No ordenamento jurídico brasileiro, é bastante comum a criação de tipos penais por meio da legislação extravagante. Nessa linha, a Lei nº 8.069/90 introduziu novos tipos penais, todos ligados por uma mesma característica: a vítima criança ou adolescente.

Os crimes indicados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos de seu art. 225, não importam em prejuízo ao disposto da legislação penal. Nesse aspecto, as ressalvas formuladas por Tavares merecem destaque:

> "a parte final (do Estatuto) que diz: sem prejuízo ao disposto na legislação penal, não quer dizer a superposição de normas e penas, o *bis in idem* dos criminalistas, pois seria subversão aos princípios de que ninguém será punido mais de uma vez pela mesma infração"[2)].

Na realidade, por não *prejuízo à legislação penal*, entende-se que permanecem válidos os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente constantes no Código Penal, ou seja, apesar de não constar do rol de crimes estabelecidos pelo Estatuto, o abandono de incapaz (art. 133 do CP), a omissão de socorro à criança abandonada ou "extraviada" (art. 135 do CP) e os maus-tratos (art. 136 do CP), por exemplo, permanecem como condutas típicas, mesmo que não reiterados pela norma estatutária.

Aplicam-se aos crimes definidos no Estatuto as disposições da Parte Geral do Código Penal, e seu processamento se dará nos termos do Código de Processo Penal (art. 226 do ECA), sempre por meio da ação penal pública incondicionada (art. 227 do ECA).

Nesse ponto, um interessante conflito doutrinário merece ser abordado. O art. 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs que os tipos penais indicados naquela lei seriam processados por meio da ação penal pública; assim, a leitura isolada do dispositivo leva o leitor à conclusão seguinte: os crimes praticados contra a criança não listados pelo Estatuto serão processados de acordo com a lei que o estabeleceu.

Antes de vigorar a Lei nº 12.015/2009, em 10 de agosto de 2009, alterando parcialmente o Código Penal e a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a ação penal relativa aos crimes de estupro (art. 213 do CP), atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), assédio sexual (art. 216-A do CP) e corrupção de menores (art. 217 do CP), praticados contra a criança ou o adolescente era a penal privada, nos termos do artigo 225 do aludido estatuto repressivo[3)].

A ação penal pública seria permitida apenas nas hipóteses estabelecidas pelo § 1º:

> "I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; ou
> II - se o crime é cometido com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador".

Para a hipótese do inc. I, todavia, haveria necessidade de prévia representação da vítima.

Caso a vítima não fosse pobre e o crime tivesse ocorrido sem abuso do poder familiar ou seu equivalente, ou, ainda, apesar de pobre, não tivesse oferecido representação, a lei não admitia ao Promotor de Justiça oferecer a denúncia pertinente.

A despeito de tais dispositivos, o entendimento era o de que, mesmo que os pais ou responsável deixassem de exercer o direito à representação, a ação seria pública incondicionada, pois permitir que se deixasse de responsabilizar o autor de crime de natureza sexual contra criança ou adolescente, em virtude de ausência de representação, seria afrontar os princípios inscritos na Constituição Federal (art. 227, § 4º), uma vez que seria facultado sonegar-lhes proteção, dignidade e respeito [4)].

Ademais, o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente impôs que:

> "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."

Contudo, na introdução da Lei nº 12.015, o parágrafo único do art. 225 passou a estabelecer que a ação penal é incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, no caso de crimes tais. Tanto pelo regra atual quanto pela anterior, a ação penal para os crimes citados é de ação pública incondicionada, se cometidos contra menores de 18 (dezoito) anos.

[1)] Disponível em: <http://www.ritla.net/index.php?option=com_content&task=view&id=2314&Itemid=147>. Acesso em: 27 out. 2008.

[2)] TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 219.

[3)] O legislador reservou a ação penal privada aos crimes contra a liberdade sexual por acreditar que o interesse da vítima deveria sobrepor-se ao da coletividade, deixando ao seu encargo a decisão de processar ou não seu agressor. Os defensores deste ponto de vista acreditam que o ofendido, ao levar a questão, contra sua vontade, aos tribunais e ao conhecimento público, ficaria tão constrangido a ponto de "o mal da lei ser maior que o mal do crime" (PIAZZA, Vânia Cella. A ação penal nos crimes praticados contra a criança e o adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil/SC, 2005. p. 127.). Todavia, é temerosa a manutenção desta faculdade à vítima que, por medo ou por vergonha, permite àquele que cometeu um crime gravíssimo que permaneça impune, livre e disposto a perpetuar essa conduta vil.

[4)] PIAZZA, Vânia Cella. A ação penal nos crimes praticados contra a criança e o adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil/SC, 2005. p. 156.

4.5.5.3. Crimes contra a criança e o adolescente tipificados na Lei nº 8.069/90

O Estatuto da Criança e do Adolescente reservou o Capítulo I, Título VII, de sua Parte Especial (abrangendo os arts. 228 a 244), para descrever os tipos penais praticados contra a criança e o adolescente, cuja transcrição e comentários seguem especificados abaixo.

Falta do registro de atividades na forma do artigo 10 do Estatuto

> "Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos.
> Parágrafo único. Se o crime é culposo:
> Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa".

- *Objeto jurídico:* o direito às informações sobre o nascimento e o parto.
- *Sujeito ativo:* o responsável pelo serviço ou o dirigente da entidade (maternidade).
- *Sujeito passivo:* o neonato, a gestante e a coletividade.

Observação: o art. 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente, referenciado no tipo penal, impõe aos hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, sejam eles públicos ou particulares, o dever de:

> "I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;
> [...];
> IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;
> V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe".

Não identificação do neonato e da parturiente

> "Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos.
> Parágrafo único. Se o crime é culposo:
> Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa".

- *Objeto jurídico:* o bem-estar do neonato e da gestante.
- *Sujeito ativo:* o médico, o enfermeiro ou o dirigente do estabelecimento de atenção à saúde da gestante.
- *Sujeito passivo:* o neonato, a gestante e a coletividade.

Observação:

- 1) a forma de identificação, por determinação do inc. II do art. 10 do Estatuto, deverá ser procedida por meio

do registro da impressão plantar e digital do recém-nascido e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; e

- 2) os exames obrigatórios são aqueles que visam ao diagnóstico e à terapia de anormalidades no metabolismo do recém-nascido (como, por exemplo, o teste do pezinho).

Privação da liberdade de criança e adolescente

> "Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos.
> Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais".

- *Objeto jurídico:* a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* o responsável pelo ato de apreensão irregular e aquele que procede à apreensão.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.

Observação: o art. 106 do Estatuto determina que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente".

Falta de comunicação de apreensão de criança e adolescente

> "Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

- *Objeto jurídico:* o direito à liberdade e à convivência familiar.
- *Sujeito ativo:* a autoridade policial responsável pela apreensão.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente impedido de ir e vir.

Observação: a comunicação da apreensão à autoridade judiciária e à família do apreendido é direito da criança e do adolescente e dever da autoridade policial, nos termos do art. 107 do Estatuto: "A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão *incontinenti* comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada." O prazo razoável para ser feita essa comunicação é de 24 horas.

Submissão da criança e do adolescente a vexame ou constrangimento

> "Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

- *Objeto jurídico:* a integridade psíquica e moral da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* o detentor de autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou o adolescente.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: o Estatuto da Criança e do Adolescente informa que "[…] o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais" (art. 17), estabelecendo como dever de todos – família, sociedade e Estado – o zelo pela dignidade da criança e do adolescente, "[…] pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor" (art. 18).

Tortura contra criança e adolescente

O art. 233 foi revogado pela Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu e disciplinou os crimes de tortura, atualmente com os acréscimos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

A redação original do art. 233 era a seguinte:

> "Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:
> Pena - reclusão de um a cinco anos.
> § 1º Se resultar lesão corporal grave:
> Pena - reclusão de dois a oito anos.
> § 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:
> Pena - reclusão de quatro a doze anos.
> § 3º Se resultar morte:
> Pena - reclusão de quinze a trinta anos".

Pela nova Lei, o crime cometido contra a criança ou o adolescente não se configura mais como tipo penal específico, mas condição de aumento da pena de um sexto até um terço, nos termos do § 4º, inc. II, do art. 1º, que assim estabelece:

> "Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
> § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
> § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.
> § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
> I - se o crime é cometido por agente público;
> II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;
> III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

> > […]"

- *Objeto jurídico:* a integridade física e psicológica da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* aquele que submeter a criança ou o adolescente, sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Não liberação imediata de criança e adolescente

> "Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

- *Objeto jurídico:* a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* a autoridade coatora – magistrado ou autoridade policial - que, sem justa causa, deixa de ordenar a imediata liberação da criança ou do adolescente.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: diante da possibilidade de concurso com a Lei nº 4.989/1965, que regula o processo de responsabilidade penal em decorrência do abuso de autoridade, prevalece o disposto no art. 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser esta norma mais específica.

Descumprimento de prazo

> "Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

- *Objeto jurídico:* a liberdade de locomoção da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* autoridade responsável pelo cumprimento de prazo.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: o Estatuto indica uma série de prazos a serem cumpridos pelas autoridades:

- 1) a internação provisória tem como prazo máximo e improrrogável o de 45 dias (art. 108);
- 2) a medida de internação, em hipótese nenhuma, poderá exceder o lapso de três anos (art. 121, § 3º);
- 3) a medida de internação será compulsoriamente extinta quando o adolescente completar 21 anos (art. 121, § 5º);
- 4) a internação em cadeia pública, no caso de impossibilidade de transferência imediata para estabelecimento próprio, redundará no prazo de cinco dias, em que o adolescente poderá aguardar em repartição policial, em seção isolada dos adultos (art. 185, § 2º).

Impedir ou embaraçar ação de autoridade judiciária

> "Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

- *Objeto jurídico:* o direito da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa que embarace a ação da autoridade judiciária, do Conselheiro Tutelar ou do representante do Ministério Público.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente e a coletividade.

Subtração de criança ou adolescente

> "Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:
> Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa".

- *Objeto jurídico:* o direito à convivência familiar.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa que subtrai criança ou adolescente de quem exerça poder familiar ou guarda sobre ela.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: o tipo penal descrito no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente contém semelhanças ao disposto no art. 249 do Código Penal:

> "Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:
> Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.
> § 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio-poder, tutela, curatela ou guarda.
> § 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena".

No entanto, contém também diferenças: o dispositivo estatutário acresce detalhes ao elemento subjetivo: "colocação em lar substituto", enquanto o crime do Código Penal se refere ao agente que subtrai a criança ou adolescente para colocá-lo em sua própria esfera de vigilância. O tipo do Estatuto da Criança e do Adolescente requer dolo mais específico.

Entrega de filho ou pupilo mediante recompensa

> "Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
> Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.
> Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa".

- *Objeto jurídico:* o direito à convivência familiar.

- *Sujeito ativo:* o responsável legal pela criança e pelo adolescente (genitores, tutores, guardiões).
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: o Estatuto da Criança e do Adolescente garante que: "Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta [...]" (art. 19).

Envio de criança ou adolescente ao exterior

> "Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:
> Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.
> Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude:
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência".

- *Objeto jurídico:* o direito de ser criado no país de origem.
- *Sujeito ativo:* a pessoa que envia a criança ou do adolescente ao exterior.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica

> "Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.
> § 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:
> I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;
> II - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou
> III - prevalecendo-se de relações de parentesco consangüíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento".

- *Objeto jurídico:* a integridade moral da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* o adulto que contracena com a criança ou o adolescente, o diretor ou produtor de peça teatral, programa de televisão ou filme, o *cameraman* e o fotógrafo.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observações: Ao comentar tal tipo penal, Valter Kenji Ishida considera que pornografia é representação, por quaisquer meios, de cenas ou objetos obscenos destinados a serem apresentados a um público e também a exporem práticas sexuais diversas, com o fim de instigar a libido do observador. Sexo explícito é aquele em que existe a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso [1)].

Divulgação de cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente

> ”Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;
> II - assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo.
> § 2º As condutas tipificadas nos incs. I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput deste artigo*”.

- *Objeto jurídico:* a integridade moral da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* por força da Lei nº 10.764/2003, será qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a prestação do serviço – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da internet, entre outros.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Manter registro de cena de sexo explícito pornográfica envolvendo criança e adolescente

> ”Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> § 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.
> § 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:
> I - agente público no exercício de suas funções;
> II - membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;
> III - representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.
> § 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

- *Objeto jurídico:* a integridade moral da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* por força da Lei nº 10.764/2003, será qualquer pessoa envolvida direta ou indiretamente com a prestação do serviço – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da Internet, entre outros.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: Este artigo dá um passo adiante em relação à responsabilização de quem negocia material pornográfico pela internet. Quanto a este tipo, dispensa-se a prova da divulgação. Para haver adequação típica, basta que mantenha o registro em arquivo.

Simulação de participação de criança em cena de sexo explícito ou pornográfica

> ”Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

“Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. “Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo”.

- *Objeto jurídico:* a dignidade da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa – o fotógrafo, o editor, o proprietário do meio de comunicação, o agenciador, o responsável pelo provedor da internet, entre outros.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Assédio à criança e ao adolescente

> ”Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
> Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I »- facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

> II - pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”.

- *Objeto jurídico:* a integridade moral e psíquica da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Conceito de pornografia e sexo explícito

> ”Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão ‘cena de sexo explícito ou pornográfica’ compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (Incluído pela Lei n.º 11.829, de 2008)”

Venda de arma, munição ou explosivo a criança e adolescente

>

> ”Art. 242. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos”.

- *Objeto jurídico:* a integridade física e moral da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa que vende ou fornece arma ou munição à criança ou ao adolescente.
- *Sujeito passivo:* a criança e o adolescente.

Venda de produtos que causem dependência física ou psíquica

> ”Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:
> Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

- *Objeto jurídico:* integridade física ou psíquica da criança ou adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer um que venda ou forneça à criança e ao adolescente produtos que possam causar dependência física ou psíquica.
- *Sujeito passivo:* a criança e o adolescente.

Observação: Este tipo não se confunde com os especificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, em que a posse, por si só, da substância já é ilícita, e consta de Portaria. Aqui, a posse não é ilícita. A venda do produto é autorizada – como acetona, fogos, *thinner*, etc. Contudo, a venda a menores de 18 (dezoito) anos é proibida porque seu uso para outros fins aos quais não é originariamente destinado pode ser danoso à criança e ao adolescente.

Venda de fogos de artifício a criança e adolescente

> ”Art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

- *Objeto jurídico:* a integridade física da criança ou adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa que venda ou forneça fogos de artifício à criança ou ao adolescente.
- *Sujeito passivo:* a criança e o adolescente.

Exploração sexual de criança e adolescente

> ”Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:
> Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

> §1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.
> §2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento".

- *Objeto jurídico:* a integridade física e psíquica da criança ou do adolescente.
- *Sujeito ativo:* qualquer um que submete a criança ou o adolescente à exploração sexual.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Observação: o dispositivo em tela, no entendimento de Kenji Ishida[2], foi revogado tacitamente pelo crime de "favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável (art. 218-B)", instituído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que passou a vigorar em 10 de julho de 2009.

> "Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
> §1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da Internet.
> §2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990".

- *Objeto jurídico:* a probidade do menor de dezoito anos.
- *Sujeito ativo:* qualquer pessoa.
- *Sujeito passivo:* a criança ou o adolescente.

Tipo objetivo: "corromper", neste caso, significa o agente praticar infração penal com o menor. O tipo prevê ainda o verbo "facilitar' a corrupção", que significa induzir o menor a praticar a infração, que abrange o crime e a contravenção. Como meio de corromper ou facilitar a corrupção pode ser utilizada a Internet, por exemplo, por meio das salas de bate-papo.

Observação: Esse crime constava do rol dos delitos descritos na Lei nº 2.252/54, que também apresentava esse *nomen juris.* A Lei nº 12.015 revogou-o expressamente e o introduziu no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

[1] ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2010.
[2] ISHIDA, 2010.

4.5.6. Os remédios constitucionais

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de seu art. 201, inc. IX, conferiu legitimidade ao Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e *Habeas Corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

O Ministério Público poderá ingressar com quaisquer das três medidas, tanto para defender o direito individual de criança ou adolescente determinados quanto em razão da defesa dos direitos individuais homogêneos ou coletivos de várias crianças e adolescentes.

- 4.5.6.1. Mandado de segurança
- 4.5.6.2. Mandado de injunção
- 4.5.6.3. "Habeas Corpus"

4.5.6.1. Mandado de segurança

A disciplina do Mandado de Segurança foi recentemente alterada pela Lei nº 12.016, cujo art. 1º autoriza sua concessão para a proteção de

> "direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta Política de 1934, teve sua abrangência significativamente ampliada pela Constituição Federal de 1988, que passou a arrolá-lo para a tutela não apenas do direito individual (como ocorria nos textos das demais Constituições), mas também dos direitos coletivos e difusos.

Prevê o inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

> "LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Diante dessa nova ordem constitucional, o Ministério Público poderá ingressar com o Mandado de Segurança tanto em defesa do direito individual da criança quanto em defesa do direito coletivo dessa categoria. Nesse aspecto, ressalta-se que a medida ajuizada em amparo a direito coletivo não configurará o instituto jurídico do "Mandado de Segurança Coletivo", isso porque a Constituição Federal previu apenas dois legitimados para sua impetração:

> "[…] a) o partido político com representação no Congresso Nacional; e
> b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX, da CF)".

O Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente recomenda a utilização do Mandado de Segurança (ação mandamental) em duas situações, deflagradas pelos arts. 210, §2º, e 212, §2º, conforme se observa:

> "Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:
> […] .
> §2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.
> Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.
> […]
> §2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança".

De fato, de acordo com o estudo de Mazzilli [1)], os casos mais observados de utilização de Mandado de Segurança por membros do *Parquet* têm sido para buscar efeito suspensivo em recursos ou para atacar atos de autoridade que cerceiam direitos e prerrogativas da função. Nesse tópico, é bom lembrar que a nova lei fixa um rol com hipóteses em que a utilização do presente remédio constitucional não será possível:

> "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

> I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
> II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
> III - de decisão judicial transitada em julgado".

Também é possível impugnar via ação mandamental, por exemplo, a portaria ou o alvará expedidos por autoridade judicial, nas hipóteses do art. 149, que violarem direito líquido e certo [2)].

Da mesma forma, o Mandado de Segurança é o remédio indicado para os casos em que a criança ou o adolescente não consegue matrícula em escola pública para cursar série do Ensino Fundamental. Este é obrigatório e gratuito, constituindo-se em direito público subjetivo (art. 54, inc. I, e §1º, do ECA). Assim, por ser direito líquido e certo, o Promotor de Justiça poderá impetrar tal *writ* para obrigar o Poder Público a conceder a vaga para a criança ou o adolescente.

Por fim, recorda-se que o prazo para que seja impetrado o Mandado de Segurança é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da ação ou omissão causadora do dano (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), extinguindo-se o direito de requerê-lo findo o prazo.

[1)] MAZZILLI, Hugo Nigro. Art. 201. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 677.
[2)] MAZZILLI, 2003, p. 678.

4.5.6.2. Mandado de injunção

A Carta Cidadã introduziu no ordenamento jurídico nacional a figura *writ of injunction* (Mandado de Injunção), instituto de origens no direito anglo-saxônico, cujas hipóteses de concessão encontram-se no inc. LXXI do art. 5º. Vejamos:

> ”LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Apesar de seus efeitos serem bastante semelhantes aos da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, algumas expressivas diferenças conferem a essa medida a possibilidade de alcance mais amplo. Por ter natureza de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal, a ação apenas pode ser proposta por um dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal. O presente *writ*, de outro lado, é direito assegurado a todos, sendo permitida a sua interposição por qualquer um do povo sempre que em razão da falta de norma que o regulamente, encontre-se inviabilizado o exercício de direitos constitucionais[1)].

Conforme expõe Sidou (1998, p. 272), o

> “[...] mandado de injunção não é um direito, e sim uma garantia de direitos [...] o novo *writ* é um direito, traduzido na faculdade de agir”[2)].

Bastos ressalta que, para a concessão do Mandado de Injunção, é imprescindível a pré-existência do direito subjetivo, restando-lhe tão-somente a necessidade de regulamentação. Esse remédio não se presta a criar ou ampliar direitos, uma vez que:

> ”[...] é necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão”[3)].

Em um primeiro momento, o Mandado de Injunção apresentou-se como importante instrumento diante de eventuais omissões do Poder Legislativo. O desenrolar histórico pós-1988 demonstrou que as “eventuais” omissões, na verdade, tornaram-se constantes, especialmente ao se considerar que, apesar de passadas duas décadas da promulgação do texto constitucional, muito do que ficou a cargo de Lei Complementar ainda não foi disciplinado[4)].

Contudo, a potencialidade de seus efeitos não concretizou as possibilidades que se almejava, em decorrência do tímido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que optou por apenas cientificar o Poder Legislativo da omissão, deixando a cargo daquele Poder a adoção das medidas necessárias [5)]. Vejamos o teor da decisão abaixo:

> ”DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTS. 5º, INC. LXXI, E 192, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI no 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo §3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se refere o “caput” do mesmo dispositivo. 2. Estando caracterizada a mora do Poder Legislativo, defere-se, em parte, o Mandado de Injunção, para se determinar ao Congresso Nacional que elabore tal Lei. 3. O deferimento é parcial porque não pode esta Corte impor, em ato próprio, a adoção de tal taxa, nos contratos de interesse dos impetrantes ou de quaisquer outros interessados, que se encontrem na mesma situação. 4. Precedentes. (**Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 611/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 21.08.2002)”.

Felizmente, recentes julgamentos demonstram que a Suprema Corte tem avançado na discussão da questão, tendendo a rever seu posicionamento, conforme se observa do voto proferido pelo então Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Injunção nº 695/MA:

> ”Mandado de Injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra. (Voto do Relator: Ministro Sepúlveda Pertence)
> […]
> Ao contrário do alegado nas informações, a simples existência de projeto de lei referente ao tema (v.g., MI 584, Moreira, DJ 22.2.02) não tem condão de, por si, esvaziar o pedido de mandado de injunção.
> O dispositivo constitucional não regulamentado – art. 7º, XXI, CF – já é velho cliente deste Tribunal.
> […]
> O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito.
> Seria talvez oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que se desenha no MI 670 (INF/STF 430), se não fora o pedido inicial. (Voto do Ministro Gilmar Mendes)
> […]
> Senhora Presidente, no caso do direito de greve – acho que tem pedido de vista o Ministro Lewandowski -, manifestei-me, juntamente com o Ministro Eros, no sentido de atribuir um tipo de eficácia normativa na decisão; mas, no caso, há um pedido específico que, certamente, não será capaz de atender as pretensões do impetrante, uma vez que a Lei só disporá para o futuro, não terá como repercutir sobre sua própria situação subjetiva. (**Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 695-4/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 01.03.2007)”.

---

1) “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

2) SIDOU, J. M. O. **“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “Habeas data”, ação popular**. 5. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1998. p. 272.

3) BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 243.

4) Ainda estão à espera de disciplina legislativa, por exemplo, o inc. II do art. 153, que deixou a cargo de Lei Complementar a criação de imposto sobre grandes fortunas, e o inc. I do art. 7º, que assegura ao trabalhador urbano e rural a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, nos termos de Lei Complementar. No campo da legislação ordinária, ainda é aguardada a criação de Lei que regulamente o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, inc. XXI), bem como a criação de Lei que discipline o direito de greve no serviço público (art. 37, inc. VII).

5) MAZZILLI, Hugo Nigro. Art. 201. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 678.

4.5.6.3. "Habeas corpus"

O *habeas corpus*, nos termos da Constituição Federal, será concedido

> "[...] sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (inc. LXVII, art. 5º)".

Esse remédio constitucional já se encontra incorporado no ordenamento brasileiro desde longa data, tendo sido instituído pela primeira vez no art. 340 do Código de Processo Criminal do Império de 1832.

O *habeas corpus*, medida gratuita, é um dos poucos instrumentos jurisdicionais que dispensam a capacidade postulatória de seu impetrante, podendo ser proposto por qualquer um do povo e dispensando qualquer formalidade para sua interposição.

Entretanto, não há que confundir o *habeas corpus* proposto por "qualquer um do povo" com o proposto pelo Promotor de Justiça no uso das prerrogativas conferidas pela Lei nº 8.069/1990 (art. 201, inc. IX). Quando o Ministério Público interpõe qualquer um dos remédios constitucionais em prol da criança e do adolescente, não o faz como cidadão, mas sim em nome de todo o *Parquet*. A legitimidade concedida ao Ministério Público abarca tanto o "*habeas corpus* preventivo", quando é ameaçada a liberdade de ir e vir da criança ou do adolescente, quanto o "*habeas corpus* liberatório", reservado para as hipóteses em que o direito a liberdade já se encontra abalado.

O *habeas corpus* merece ser interposto em defesa do adolescente privado de liberdade quando não houver flagrante de ato infracional ou ordem judicial escrita e fundamentada (art. 106, do ECA). Da mesma forma, cabe *habeas corpus* quando, apesar de ultrapassados 45 (quarenta e cinco) dias de internação provisória, não tiver sido proferida sentença no procedimento que apura ato infracional (arts. 108, parágrafo único, e 183, do ECA).

A concessão de *habeas corpus* não está restrita à imputação de autoria de ato infracional, sendo muitas as situações em que é concedido. Por exemplo, constitui-se em medida cabível para liberar a criança e o adolescente que tenha sido deixado de castigo por indisciplina, na sala de aula, sem poder voltar para casa ao fim da jornada letiva.

Também é cabível o aludido *writ* no caso de o Juiz da Comarca ter instituído o "toque de recolher", como ficou conhecida a medida que proíbe crianças e adolescentes de se locomoverem em locais públicos em determinados horários. Em tais casos, para que todos os menores de dezoito anos sejam protegidos em seu direito fundamental de ir e vir, poderá ser impetrado *habeas corpus* preventivo coletivo no Tribunal de Justiça, uma vez que, *in casu*, a autoridade coatora é o Juiz de Direito (existe proposta de tal peça na página do CAO-IJ, no site do Ministério Público Mineiro).

4.6. O Promotor de Justiça e a defesa dos direitos coletivos e difusos

A Carta de 1988 elencou entre as atribuições institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente tripartiu a legitimidade ad causam para o ingresso com ação cível pública fundada em interesse da criança e do adolescente entre o Ministério Público, os entes federativos, os territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, de maneira concorrente (art. 210).

- 4.6.1. O direitos transindividuais
- 4.6.2. A ação civil pública
- 4.6.3. O direito à vida
- 4.6.4. O direito à saúde
- 4.6.5. O direito à liberdade
- 4.6.6. O direito ao respeito e à dignidade
- 4.6.7. O direito à educação,à cultura, ao esporte e ao lazer
- 4.6.8. O direito à profissionalização

4.6.1. Os direitos transindividuais

Na obra “A Era dos Direitos”, Bobbio desenvolveu uma teoria acerca da constitucionalização dos “direitos do homem”:

> ”Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.[1)].

Para aprofundar o conhecimento sobre como se dá a evolução na positivação e a concretização dos direitos, some-se a isso o conceito elaborado por Foucault atinente à microfísica do poder: o poder não é exercido apenas pelo governante de maneira verticalizada, como se fosse um vetor que se desenhasse de cima para baixo. Muito ao contrário. Existem vários outros polos que exercem poder, que se organizam de forma reticular, horizontal e, portanto, influenciam decisivamente os negócios da *polis*. Tal mecanismo é recrudescido nos dias atuais em razão da facilidade de comunicação e de expressão desses grupos.

Bonavides sugere que a terminologia “geração de direito” deveria ser substituída pela expressão “dimensão de direito”, uma vez que a expressão ‘geração’ designa ordem cronológica, sugerindo a decadência do direito invocado na geração anterior, enquanto o termo ‘dimensão’ possibilita uma compreensão mais abrangente, de incorporação dos direitos com o avanço dimensional:

> […] Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de ‘primeira geração’. E continua dizendo que ‘tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico’ [2)].

A história do reconhecimento dos direitos fundamentais será tratada neste manual pelo termo “dimensões”, tendo em vista a proposta de Bonavides, em vez de “gerações”, termo criado por Bobbio e acolhido por quase toda a literatura política e jurídica.

A ideia de direitos fundamentais do homem origina-se a partir do pensamento cristão e da concepção de direitos naturais, estes últimos, frutos do jusnaturalismo, compreendidos como direitos inerentes à natureza humana – “direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem” , independentemente de estarem positivados [3)]. O jusnaturalismo rompeu com a tradição do direito medieval, sobretudo a partir das ideias dos filósofos contratualistas.

Alguns historiadores apontam a Constituição Inglesa de 1215 como marco inicial da positivação dos direitos do homem. Entretanto, a corrente dominante entende que a primeira positivação de direitos fundamentais ocorreu apenas após a Revolução Gloriosa na Inglaterra, que instituiu em 1668 um sistema de governo monárquico parlamentar por meio da “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*).

Vários movimentos revolucionários se seguiram e alcançaram status internacional, como, por exemplo, a Revolução Francesa (1789 a 1799) e a Independência dos Estados Unidos (1776). No entanto, se de um lado, essas revoluções influenciaram o sentimento de valores fundamentais do homem, de outro, por serem produto do século XVIII, possuíam cunho nitidamente individualista, subordinando a vida social aos interesses do indivíduo, demandando do Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais [4)].

Nessa linha, intimamente entrelaçados à tradição liberal, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, cujo núcleo limita-se aos “direitos de liberdade”, correspondentes aos direitos civis e políticos.

Nessa primeira dimensão [5], o Estado restringe-se à edição da lei, não intervindo ou promovendo diretamente as garantias dela decorrentes.

Com a queda do Absolutismo, ascendeu o sistema de produção capitalista e, com ele, a edificação de uma muralha entre duas classes sociais: de um lado, uma pequena elite burguesa; de outro, uma enorme massa de miseráveis. Os direitos fundamentais, até então com matriz na liberdade do indivíduo, se mostraram incapazes de resolver os problemas recém-surgidos. O conceito de liberdade da época estava condicionado às decisões arbitrárias do Estado e, às vezes, mostrava-se como o direito a morrer de fome.

Se as revoluções dos séculos XVII e XVIII lutavam em nome de garantias individuais e contra a intervenção estatal sobre a esfera particular, agora o anseio do povo era de que o Estado interviesse e diminuísse as desigualdades socioeconômicas. Surgem nesse contexto os ideais socialistas, originados da luta dos jacobinos da Revolução Francesa, ao reivindicarem direitos além da liberdade, o que inspirou movimentos populares ao longo dos séculos XIX e XX.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que devastou sobretudo países europeus e rebaixou as condições de vida da população ao nível de barbárie, observou-se o levante da segunda dimensão de direitos fundamentais – os direitos sociais, proclamados na declaração das Constituições socialistas e na Constituição de Weimar[6].

A declaração desses direitos obrigou o Estado a adotar condutas específicas para cumprir suas atribuições. Infelizmente, a maior parte dessas condutas não se concretizou naquele momento histórico, levando os direitos sociais a serem qualificados como meras diretrizes e remetendo-os à esfera programática.

Bonavides explica que esses direitos de segunda dimensão:

> ”[...] atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma”[7].

Os direitos de terceira dimensão surgiram no final do século XX, sob a bandeira do direito à fraternidade, e representam os direitos transindividuais - direito à solidariedade, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, entre outros. Os direitos transindividuais (ou metaindividuais) podem ser divididos em três espécies: direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos, inseridos na legislação brasileira pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), nos seguintes termos:

> ”Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;
> II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os titulares de interesses individuais homogêneos são passíveis de determinação. A natureza jurídica desses direitos é divisível; mesmo que sejam homogêneos, podem ser identificados e tutelados singularmente por seu titular. A possibilidade de tutela coletiva de tais interesses, conferida pelo legislador, tem por escopo apenas facilitar o acesso à Justiça, evitando-se o ajuizamento de diversas ações judiciais com causa de pedir idêntica.

Os titulares dos direitos coletivos são pessoas determinadas ou determináveis, todas pertencentes a determinada classe ou categoria. O objeto jurídico do direito coletivo tem natureza jurídica indivisível, pois ficam adstritos a um direito nascido na coletividade, mesmo que tenham surgido da soma de direitos individuais.

Os direitos difusos, por outro lado, situam-se numa órbita bastante ampla. Assim como ocorre nos direitos coletivos, os direitos difusos têm natureza indivisível; todavia, alcançam um número indeterminado e indeterminável de pessoas ligadas tão-somente por uma situação fática. Numa decisão proferida em Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal assim os definiu:

> ”Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. (**Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 163231/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 26.02.1997)”.

Os direitos de terceira dimensão estão situados para além do conflito de classes dentro de uma nação, pois se inserem no contexto da sociedade globalizada, em que decisões de cunho político podem provocar consequências no mundo todo. Assim, em meio a guerras, mortes, genocídios, etnocídios, pandemias e tantas outras atrocidades, surgem os direitos de fraternidade, que, no entender de Bonavides, manifestam-se de três formas:

> ”1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
> 2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
> 3. Uma coordenação sistemática de política econômica”[8].

O constitucionalista advoga também a tese da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, decorrentes da globalização econômica e do crescimento do sistema neoliberal:

> “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”[9].

Ele assim o define:

> “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”[10].

Outros doutrinadores classificam como quarta dimensão os direitos relativos a manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia, que envolvem discussões acerca da vida e da morte. Há, ainda, quem fale em quinta dimensão, representada pelos direitos advindos da realidade virtual.

---

[1] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.
[2] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 525.
[3] SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 176
[4] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 215.
[5] BONAVIDES, 2002, p. 517.
[6] A Constituição de Weimar, que instituiu a República Alemã em 1919, surgiu como um produto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou ao cabo de quatro anos de combate cerca de dois milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população masculina), o povo alemão passou a descrer de todos os

valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. A Carta de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século (COMPARATO, Fábio Konder. Rede de Direitos e Desejos Humanos. **A constituição alemã de 1919**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/ale-ma1919.htm >.Acesso em: 21 jul. 2008.).

[7)] BONAVIDES, 2002, p. 518.

[8)] , [9)] , [10)] BONAVIDES, 2002, p. 524.

4.6.2. A ação civil pública

A conquista social pelos direitos transindividuais tomou tamanha proporção em nosso ordenamento que foram elevados a nível constitucional na redação da Carta Cidadã de 1988. Antes disso, podemos dizer que o primeiro instrumento de tutela dos direitos transindividuais regulamentado no Brasil foi a Ação Popular – Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 –, ferramenta à disposição de todo e qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos da Administração Pública que fossem lesivos ao patrimônio público. Em 24 de julho de 1985, foi publicada a Lei nº 7.347, que disciplinou a Ação Civil Pública como instrumento de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inc. III, da CF).

Mazzilli explica que a denominação de "ação civil pública" foi escolhida pelo legislador por guardar paralelo com a "ação penal pública". Em suas palavras:

> "Inicialmente, com ação civil pública se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de impropriedade. De um lado, toda a ação é pública, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais co-legitimados ativos, desde que destinada à defesa dos direitos difusos e coletivos"[1)].

Reconhecida a relevância instrumental da Ação Civil Pública, passa-se a discorrer a seu respeito, destacando-se as questões mais importantes e controvertidas na jurisprudência e doutrina.

Legitimidade para propositura

Pela redação imposta pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a Lei das Ações Civis Públicas lista como legitimados o Ministério Público (art. 5º, inc. I), a Defensoria Pública (art. 5º, inc. II), os entes federativos (art. 5º, inc. III), as pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta (art. 5º, inc. IV) e as associações constituídas há pelo menos um ano, que tenham por finalidade institucional a proteção dos direitos coletivos e difusos (art. 5º, inc. V).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, estabeleceu legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública fundada em interesses coletivos e difusos da criança e do adolescente ao Ministério Público (art. 210, inc. I), aos entes federativos e territórios (art. 210, inc. II) e às associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos disciplinados pelo Estatuto (art. 210, inc. III).

Tanto a legitimidade conferida pela Lei nº 7.347/85 quanto a estatutária são concorrentes, autônomas e disjuntas, ou seja, podem ser propostas isoladamente ou em consórcio de legitimados (BORDALLO, 2007, p. 667).

Conflitos jurisprudenciais e doutrinários, no entanto, são apontados por Bordallo (2007, p. 688-689) ao tratar da legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos. De acordo com o autor, existem correntes que não reconhecem a instituição como legitimada a intervir judicialmente pelo direito individual disponível, ainda que homogêneo. Essa corrente pauta sua defesa na natureza divisível dos direitos individuais homogêneos, fato que permitiria a busca da tutela jurisdicional pelo seu titular[2)].

Contudo, não há qualquer impedimento legal à intervenção do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), descreve como função do *Parquet* a propositura do inquérito civil e da ação civil pública para a

«"proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos

de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”[3].

A intervenção do *Parquet* em questão que discute o direito de criança e adolescente, contudo, não causa maiores controvérsias. Primeiro, porque os direitos da criança e do adolescente são sempre indisponíveis e, segundo, porque a Lei nº 8.069/1990, no art. 210, inciso V, estabeleceu como competência do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses “individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência”, o que rechaça de uma vez por todas qualquer possibilidade de divergência quanto à atribuição do Ministério Público para a defesa de qualquer uma das espécies de direitos metaindividuais.

Ainda a respeito de legitimidade, a Lei nº 8.069/1990, no §1º do art. 210, admite a figura do *consórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida* o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta autorização decorre dos princípios institucionais do Ministério Público da unidade e da indivisibilidade (art. 127, §1º, da CF). Conforme Nery Júnior apud Milaré:

> ”A atribuição interna do Ministério Público, como um todo, federal e estadual, de divisão e distribuição de funções e tarefas, é questão administrativa, *interna corporis*, que não interfere na legitimidade de ser parte – esta, sim, conferida indistintamente a ambos por lei”[4].

Pela redação do art. 210, §2º, do Estatuto, nas ações interpostas por associação, na hipótese de desistência ou abandono da ação, o Ministério Público ou qualquer outro legitimado poderá assumir a sua titularidade (art. 210, inc. III, do ECA)[5].

Contudo, questiona-se acerca da possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério Público. Embora a Lei nº 8.069/1990 tenha se referido apenas à associação, o ordenamento jurídico não impede que isso ocorra, ou, conforme dispõe Mazzilli apud Milaré:

> ”Tanto a associação como qualquer dos demais co-legitimados – neles incluído o Ministério Público – todos eles agem por legitimação extraordinária, ou seja, substituem processualmente os lesados, fragmentariamente dispersos na coletividade. Afinal, nem a associação, nem o Ministério Público, nem qualquer dos co-legitimados ativos, nenhum deles é titular do direito material que defende. Assim, a admitir a desistência ou abandono da associação, não há que negar igual possibilidade aos demais co-legitimados ativos, colocados em idêntica situação”[6].

Especificamente na questão da criança e do adolescente, com relação à possibilidade de desistência da ação por parte do Ministério Público, há de se questionar se, ao renunciar a ela, o Promotor de Justiça não estaria abdicando de uma função que lhe foi atribuída pela Carta Magna – “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. III).

Por fim, é de se ressaltar que o Conselho Tutelar não possui legitimidade para ingressar com Ação Civil Pública nem por ordem da letra da lei, nem por analogia.

O inquérito civil

O inquérito civil surge no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Lei nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, que autorizou a sua instauração pelo Ministério Público no §1º do seu art. 8º[7].

Ressalte-se a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar nº 197/2000, que disciplina as peculiaridades do inquérito civil autuado pelo *Parquet* catarinense em seus arts. 84 a 90:

> ”Art. 84. O inquérito civil, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado por portaria, em face de representação ou, de ofício, em decorrência de qualquer outra notícia que justifique

> o procedimento.
> §1º Sempre que necessário para formar seu convencimento, o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo preparatório do inquérito civil.
> §2º As providências referidas neste art. e no parágrafo anterior serão tomadas no prazo máximo de trinta dias.
> §3º As diligências investigatórias, quando devam ser realizadas em outra comarca, poderão ser deprecadas a outro órgão de execução do Ministério Público, obedecida eventual disciplina interna de encaminhamento.
> Art. 85. A representação para instauração de inquérito civil, que independe de formalidades especiais, será dirigida ao órgão do Ministério Público competente e deverá conter, sempre que possível:
> I - nome, qualificação e endereço do representante e do autor do fato;
> II - descrição do fato objeto das investigações;
> III - indicação dos meios de prova.
> § 1º Do indeferimento da representação de que trata este art. caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de dez dias, contado da data em que o representante tomar ciência da decisão.
> § 2º Antes de encaminhar os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, o membro do Ministério Público poderá, no prazo de cinco dias, reconsiderar a decisão recorrida.
> Art. 86. O inquérito civil, quando instaurado, instruirá a petição inicial da ação civil pública.
> Art. 87. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.
> § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos, no prazo de três dias, sob pena de falta grave, ao Conselho Superior do Ministério Público, competindo-lhe o exame e deliberação acerca da promoção de arquivamento, conforme dispuser o seu Regimento Interno.
> § 2º Deixando o Conselho Superior do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, comunicará, desde logo, ao Procurador-Geral de Justiça para a designação de outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou prosseguimento das investigações.
> Art. 88. Depois de homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público a promoção de arquivamento do inquérito civil, do procedimento administrativo preparatório ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícia.
> Art. 89. O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis ou nos procedimentos administrativos preparatórios que tenha instaurado, e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou das obrigações necessárias à integral reparação do dano, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.
> Art. 90. O inquérito civil instaurado para apurar violação de direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual, ou irregularidade nos serviços de relevância pública poderá ser instruído através de depoimentos colhidos em audiência pública.
> § 1º Encerrado o inquérito civil, o órgão de execução do Ministério Público poderá fazer recomendações aos órgãos ou entidades referidas no inciso VII do art. 82 desta Lei Complementar, ainda que para maior celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos, requisitando do destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito.
> § 2º Além das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o órgão de execução do Ministério Público emitir relatórios, anuais ou especiais, encaminhando-os às entidades mencionadas no inc. VII do art. 82 desta Lei Complementar, delas requisitando também divulgação adequada e imediata".

A natureza jurídica do inquérito civil é de procedimento administrativo, comportando-se como um instrumento de investigação colocado à disposição do Promotor de Justiça para apuração de lesão ou ameaça a direito metaindividual. Bordallo (2007, p. 658) o conceitua como ferramenta de investigação administrativa prévia que objetiva apurar

> "[...] elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva".

O Estatuto da Criança e do Adolescente faz expressa menção acerca da possibilidade da instauração do

inquérito civil para a apuração de ofensa a direito assegurado a criança e adolescente em seu art. 223:

> ”Art. 223. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis”.

Sendo assim, o inquérito civil mostra-se como instrumento adequado sempre que o Promotor de Justiça precisar colher provas para a propositura da ação civil pública ou receber notícia de ofensa às garantias da criança e do adolescente e entender necessária sua investigação. Qualquer pessoa do povo está facultada a noticiar ao Promotor de Justiça a ocorrência de ameaça ou lesão a direito de criança ou de adolescente. Pela Lei nº 8.069/90, essa faculdade se transforma em dever para servidores públicos (art. 220, do ECA) e juízos e tribunais no exercício de suas funções (art. 221). O inquérito civil é público, admitindo-se sua forma sigilosa, por meio de decisão fundamentada, quando necessário às investigações ou em respeito à intimidade e à vida privada[8].

Considerando que o inquérito possui natureza de procedimento e não de processo, o seu desenrolar, tal qual ocorre no inquérito penal, dispensa o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Conforme expõe Bordallo (2007, p. 659),

> “[...] nele não se encontram partes, não há imputação de sanção de qualquer espécie, havendo apenas investigação e investigados”.

Entretanto, recomenda-se conceder à parte investigada a possibilidade de prestar os esclarecimentos necessários, que poderão auxiliar o Promotor de Justiça a formar sua convicção. O inquérito civil não é obrigatório, e o membro do Ministério Público poderá dispensá-lo se já houverem meios probatórios suficientes.

O prazo mínimo de 10 (dez) dias úteis para o atendimento de requisição ministerial de certidões, informações, exames ou perícias - que nos termos do art. 223 poderão ser expedidas contra qualquer pessoa, organismo público ou particular – é estipulado pelo legislador e pela Lei da Ação Civil Pública. O descumprimento da requisição redunda em crime, tipificado no art. 10 da Lei nº 7.347/85.

Finalizada a instrução do inquérito civil, dependendo do resultado, o Promotor de Justiça poderá elaborar e interpor ação civil pública, propor e firmar termo de ajustamento de conduta com o acusado (art. 211, do ECA), ou, convencido da inexistência de fundamento que enseje o ajuizamento da ação civil pública, promover seu arquivamento (art. 223, §1º).

O arquivamento do inquérito seguirá o trâmite imposto pelos §§ 2º a 5º do art. 223, qual seja:

- 1) o inquérito ou a peça informativa a serem arquivados serão, no prazo de 3 (três) dias, encaminhados ao Conselho Superior do Ministério Público, mediante ofício dirigido ao seu Presidente, que é o Procurador-Geral de Justiça;
- 2) a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, nos moldes do estabelecido em seu Regimento Interno;
- 3) homologada a decisão, seguem o inquérito e as peças para arquivo; e
- 4) não havendo homologação, o Conselho designará para o ajuizamento da ação civil pública outro Promotor de Justiça, que não poderá se desincumbir de tal mister[9].

O termo de ajustamento de conduta

Ao longo do inquérito civil, por vezes o Promotor de Justiça consegue detectar o causador da lesão ou ameaça ao direito da criança e do adolescente e este pode se mostrar disposto a adequar sua conduta. Diante dessas

condições favoráveis, sempre que possível, o Ministério Público poderá propor a assinatura de acordo extrajudicial, pelo qual o acusado se compromete a adotar as medidas necessárias para regularização da situação.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) não fazia parte da Lei nº 7.347/85 e foi inserido em 1990 no art. 5º, §§4º, 5º e 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)[10]. No TAC, a discricionariedade do Ministério Público está preservada. O Promotor de Justiça não é obrigado a propor ou firmar termo de ajustamento e inclusive é dispensado de fundamentar sua decisão negatória. O Termo de Ajustamento de Conduta não admite negociação do direito indisponível em hipótese alguma. O Ministério Público não poderá convencionar com o compromissário um acordo diferente daquele que seria auferido por meio da tutela específica do direito materialmente ameaçado ou lesionado.

Para possibilitar a elaboração do termo de compromisso em atendimento à tutela específica, Bordallo (2007, p. 663) sugere que sejam formados grupos de assessoramento técnico na instituição, visando a auxiliar o Promotor de Justiça na condução do acordo e a evitar manutenção ou criação de novas lesões. Por força do art. 211, é conferida ao TAC a eficácia de título executivo extrajudicial, enquadrando-se, assim, na hipótese prevista no inc. VIII, art. 585 do Código de Processo Civil[11].

O TAC é um título extrajudicial e o descumprimento de suas cláusulas está condicionado ao pagamento de multa. Por ser um meio de coação, a multa deverá ser calculada conforme a lesão e a capacidade econômica do compromissário, de modo a verdadeiramente funcionar como instrumento de repressão de condutas lesivas. A execução da multa seguirá o rito estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil – "Do Processo de Execução".

Uma vez firmado Termo de Ajustamento de Conduta, o Promotor de Justiça deverá atender ao art. 223 da Lei nº 8.069/90 para o arquivamento do inquérito civil, encaminhando as peças, o inquérito e o termo devidamente assinado ao Conselho Superior para homologação.

O processamento da ação civil pública

A Ação Civil Pública é disciplinada pela Lei nº 7.347/85, aplicada de maneira subsidiária aos procedimentos jurisdicionais interpostos em defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos da criança e do adolescente (art. 224 do ECA).

Para instrução de petição inicial, o Promotor de Justiça ou outro legitimado poderá requisitar às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, que serão fornecidas no prazo de10 (dez) dias úteis para o Ministério Público e 15 (quinze) dias para os demais (art. 222 e 223 do ECA). Recusar ou retardar o envio de dados técnicos requisitados pelo Ministério Público e indispensáveis à propositura da ação civil constitui o tipo penal indicado nº art. 10 da Lei nº 7.347/85:

> "Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público".

A competência para o processamento da ação civil pública fundada em interesse transindividual da criança e do adolescente será da Justiça da Infância e da Juventude, nos moldes do art. 148, inc. IV, do Estatuto. A competência territorial, entretanto, será determinada pelo local onde ocorrer o dano (art. 2º da Lei nº 7.347/85).

Admite-se concessão de liminar, com ou sem justificação prévia (art. 213, §1º, do ECA), que comine, inclusive, multa diária em caso de descumprimento (art. 213, §2º, do ECA). Devemos destacar mais uma vez o teor de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça que, revertendo entendimento até então vigente, estabeleceu:

> "EXECUÇÃO. LIMINAR. ASTREINTES. A irresignação recursal consiste em saber da possibilidade de execução definitiva da multa diária (astreintes) fixada em decisão liminar nos autos de ação popular

> contra prefeito ajuizada para remoção de placas com símbolo de campanha instaladas em obras públicas. Segundo observa o Min. Relator, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que agora se processa como definitiva (art. 475-O do CPC), além de que a jurisprudência deste Superior Tribunal, em situações análogas, já assentou que a decisão interlocutória que fixa multa diária por descumprimento de obrigação de fazer é título executivo hábil para a execução definitiva. Sendo assim, a execução de multa diária (astreintes) por descumprimento de obrigação fixada em liminar concedida em ação popular pode ser realizada nos próprios autos, consequentemente não carece de trânsito em julgado da sentença final condenatória. Ademais, quanto à questão de deserção do REsp por ausência de pagamento das custas de remessa e retorno, trata-se de recurso interposto por autor popular que goza do benefício da isenção (art. 5º, LXXIII, da CF/1988). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.040.411-RS, **DJe** 19/12/2008; REsp 1.067.211-RS, **DJe** 23/10/2008; REsp 973.647-RS, DJ 29/10/2007; REsp 689.038-RJ, **DJ** 3/8/2007; REsp 869.106-RS, **DJ** 30/11/2006, e REsp nº 885.737-SE, **DJ** 12/4/2007. REsp 1.098.028-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/02/2010".

A sentença que condenar o requerido poderá determinar o pagamento de quantia em dinheiro (a ser revertido ao fundo gerido pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de cada município – art. 214 do ECA), a obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei nº 7.347/1985), ou ter ainda outros conteúdos, uma vez que o pedido formulado na ação civil pública não é apenas o condenatório, podendo ser também o declaratório ou o desconstitutivo.

Suponhamos que o CMDCA edite Resolução contrária à lei, ou que uma empresa estabeleça contrato coletivo de trabalho que contenha cláusula afrontando as garantias estabelecidas ao adolescente maior de 16 (dezesseis) anos; nestes casos, os pedidos poderão ser os de declaração de nulidade e o de desconstituição, respectivamente.

Todavia, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz deverá privilegiar a concessão da tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 213, caput, do ECA).

O recurso cabível contra a sentença proferida na ação civil pública será o de Apelação, nos moldes do que disciplina o Código de Processo Civil (art. 198, caput, do ECA), sendo admitida a concessão de efeitos suspensivos ao recurso nos casos em que ficar caracterizada a possibilidade de dano irreversível à parte (art. 215 do ECA).

A execução da sentença e do termo não cumprido

A execução da decisão proferida em ação civil pública, assim como a execução das multas eventualmente cominadas, seguirá o rito processual que estabelece o Código de Processo Civil em seu Livro II – "Do Processo de Execução". No entanto, algumas peculiaridades estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente merecem ser destacadas.

Caso a Administração Pública tenha sido condenada, o Juiz de Direito deverá remeter as peças à autoridade competente para apuração da responsabilidade civil, administrativa e penal do agente a que se atribua a ação ou omissão (art. 216 do ECA). No caso de se tratar de Prefeito, a análise quanto ao ajuizamento da ação de improbidade administrativa caberá ao Promotor de Justiça da Comarca com atribuição na defesa do patrimônio público. Para a avaliação quanto ao ajuizamento da ação criminal, as peças de informação deverão ser enviadas ao Procurador-Geral de Justiça. Se se tratar do Governador, o mesmo vale para os termos civis. Com relação ao enfoque criminal, a matéria deverá ser enviada ao STJ.

O art. 216 da lei estatutária está de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva que assegura o direito de regresso, adotada pela Constituição Cidadã em seu art. 37, § 6º:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

> publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> […]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Os valores recolhidos com multas serão revertidos ao FIA de cada município (art. 214 do ECA), tema já abordado em tópico anterior. Caso o município ainda não tenha regulamentado tal fundo, mesmo após os vinte anos de vigência do Estatuto, o dinheiro será depositado em estabelecimento bancário oficial, em conta com correção monetária (art. 214, §2 º, do ECA).

Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória ou 30 (trinta) dias do não recolhimento de multa, ainda que tenha sido a ação impetrada por outro legitimado, o Ministério Público promoverá sua execução (arts. 217, caput, e 214, §1º, do ECA), faculdade que se estende aos demais legitimados.

---

[1] MAZZILLI, Hugo Nigro; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: APMP, 1991. p. 36-37.

[2] As contradições noticiadas pelo autor de fato existem na jurisprudência, o que se ilustra nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recursos Especiais, cuja ementa segue abaixo transcrita: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE PIS/PASEP E COFINS. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. I - O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. II - Agravo Regimental improvido" (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637744/RS. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 09.05.2006). "Processual Civil. Recurso Especial. Administrativo. Constitucional. Ação Cautelar Inominada. *Legitimatio ad causam do Parquet*. Art. 127 da CF/88. Direito à saúde. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. […] 10. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual" (**Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial no 817710/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17.05.2007).

[3] art. 25, inc. IV, alínea "a"

[4] MILARÉ, Edis. Art. 210. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 707.

[5] As hipóteses de abandono da ação estão indicadas do Código de Processo Civil (art. 267, incs. II e III) como causas de extinção do processo sem julgamento do mérito, quais sejam: "[…] II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".

[6] MILARÉ, 2003, p. 708-709

[7] "Art. 8º […]
§1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua previdência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis."

[8] Será obrigatória a instauração e o processamento do segredo de justiça sempre que o interesse público exigir e quando disser respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda dos filhos (art. 155, do CPC).

[9] Até que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação (art. 223, §3º).

[10] "Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
[…]

§4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.
§5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.
§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

[11] "Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
[…]
VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva."

4.6.3. O direito à vida

A vida é o maior dos bens, o mais fundamental de todos os direitos, uma vez que o exercício dos demais direitos carece de sua existência. O direito à vida compreende o direito de nascer, o direito de permanecer vivo e o direito de defender a própria vida. O ordenamento jurídico brasileiro adjetivou esse direito como "inviolável", ou seja, envolto de proteção absoluta. Consta do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]".

O direito à vida, tratado como inviolável e indisponível pelo sistema jurídico brasileiro, repercute na proibição do aborto (tipo penal dos arts. 124 e 125, do CP), na vedação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, da CF) e na criminalização da prática da eutanásia (enquadrado no delito do art. 121, §1º, do CP), entre outros desdobramentos.

Apesar de a legislação civil colocar a salvo os direitos do nascituro, uma discussão constante e sem resposta fácil é a seguinte: Qual é o momento preciso do começo da vida humana?

No julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, ajuizada com pedido de exclusão do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), na votação acirrada de seis ministros contra cinco, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana[1)].

À parte das discussões filosóficas e do direito - ou não - daquele que ainda não nasceu, o Estatuto da Criança e do Adolescente reiterou o direito fundamental à vida às crianças e aos adolescentes, conforme se observa no art. 7º:

> "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

É importante lembrar que o direito de viver é distinto do direito de sobreviver. Não basta garantir a vida; é necessário garantir condições mínimas a uma vida digna. É necessário, ainda, garantir à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver com plenitude e cidadania.

[1)] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgada improcedente pelo Tribunal do Pleno em 29.05.2008.

4.6.4. O direito à saúde

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no início da década de 1990, o Brasil ostentava a taxa de mortalidade infantil de 48,3%, índice que alcançava 74,3% na faixa que avaliava a região Nordeste de maneira isolada [1)]. Já em 2004, segundo o Ministério da Saúde [2)], os índices despencaram para 22,5%, tendo sido registrado o menor índice na região Sul – 15,0%, e o maior na região Nordeste, agora com 33,9%.

Mesmo com a significativa redução em relação à década anterior, o Brasil ainda ocupa a 86ª posição da lista de países ordenada por maior índice de mortalidade infantil e tem um dos maiores índices na América do Sul, menor apenas do que os índices de Peru, Bolívia e Guiana [3)].

Os países vizinhos Argentina e Uruguai apresentam respectivamente taxas de 13,87% e 11,66%, índices reduzidos se comparados ao do Brasil, mas muito distantes dos invejáveis 2,80% do Japão; 2,75% da Suécia, e 2,30% de Singapura[4)].

A taxa de mortalidade infantil apresenta estreita ligação com o nível de escolaridade da mãe. A partir de dados coletados entre 1986 e 1995, o IBGE (1996) elaborou o seguinte quadro:

Anos de estudo da mãe	Taxa de mortalidade infantil
Menos de 1 ano	93%
De 1 a 3 anos	70%
4 anos (antigo ensino primário)	42%
De 5 a 8 anos (antigo ensino ginasial)	38%
De 9 a 11 anos	28%
12 ou mais anos	9%

O investimento em saúde é imprescindível para a diminuição da taxa de mortalidade infantil. Sabe-se que a estrutura pública reservada ao atendimento da saúde nem de longe atende todas as necessidades, muito embora os indicadores do Ministério da Saúde apontem acréscimo superior a 110% no orçamento destinado à saúde entre 2000 e 2005 (BRASIL, 2006, p. 32). Na realidade, o orçamento total do Sistema Único de Saúde (SUS) é inferior a R$ 1,00/dia, por habitante, computando-se desde a vacina até o transplante de órgãos.

Um estudo da Organização Mundial da Saúde de 2003 apurou que os recursos públicos anuais per capita, no Brasil, variam entre US$ 125 e US$ 150, o equivalente a R$ 268,75 e R$ 322,50, um dos menores valores do mundo. Argentina e Uruguai ostentam US$ 362,00 e US$ 304,00. Já os países europeus apresentam média de US$ 1,4 mil, despontando o Reino Unido e a Alemanha, com US$ 2.506,00 e US$ 2.081,00, respectivamente.

Em 19 de setembro de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.080, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo disciplinadas as atribuições que lhe haviam sido conferidas pelo art. 200 da Constituição da República:

> ”Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

A saúde da criança e do adolescente, assim como os demais direitos fundamentais e sociais que lhe foram conferidos, é incumbência comum da sociedade, da família e do Estado (art. 227, *caput*, da CF e art. 4º, caput, do ECA).

Entretanto, desse tripé de responsabilidade, o peso maior recai sobre o Estado. Esse rigor diferenciado decorre da Constituição Federal, que, em seu art. 227, §1º, determina-lhe a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente de acordo com dois preceitos:

- 1) a aplicação percentual de recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; e
- 2) a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as crianças e os adolescentes deficientes.

Realizadas essas ponderações, passa-se a desfragmentar os campos que abarcam o direito da criança e do adolescente à saúde, considerando especialmente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O nascituro e a gestante

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à gestante o atendimento pré-natal (período anterior ao parto – a gestação em si) e perinatal (período imediatamente antes e após o parto) custeados pelo Sistema Único de Saúde (art. 8º). O programa de pré-natal e nascimento ofertado pelo SUS foi regulamentado em 1º de junho de 2000, pelo Portaria nº 570/2000, do Ministério da Saúde. Desde então, ficou estabelecido como direito da gestante e do nascituro o tratamento pré-natal que contemple os seguintes procedimentos e exames:

- a) a realização de, no mínimo, seis consultas de acompanhamento pré-natal, sendo, preferencialmente, uma, no primeiro trimestre; duas, no segundo; e três, no terceiro trimestre da gestação;
- b) a realização de uma consulta no puerpério, até 42 (quarenta e dois) dias após o nascimento;
- c) a realização dos exames laboratoriais de: I) ABO-Rh, na primeira consulta; II) VDRL, um exame na primeira consulta e um na 30ª semana da gestação; III) Urina – rotina, um exame na primeira consulta e um na 30a semana da gestação; IV) Glicemia de jejum, um exame na primeira consulta e um na 30a semana da gestação; e V) HB/Ht, na primeira consulta;
- d) a oferta de teste anti-HIV, com um exame na primeira consulta, naqueles municípios com população acima de 50 mil habitantes;
- e) a aplicação de vacina antitetânica, em dose imunizante e de reforço;
- f) a realização de atividades educativas;
- g) a classificação de risco gestacional a ser realizada na primeira consulta e nas subsequentes;
- h) às gestantes classificadas como de risco, o atendimento ou acesso à unidade de referência para atendimento ambulatorial e/ou hospitalar à gestação de alto risco.

Após o parto, a mãe deverá ser atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal (art. 8º, § 2º, do ECA), devendo o poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem (art. 8º, § 3º, do ECA).

Não obstante serem esses os direitos resguardados nos textos constitucional e estatutário, a realidade brasileira é cruel para com a gestante e com o nascituro. Ainda é elevado o número de mortes relacionadas à gravidez – aqui compreendida como a própria gestação, o aborto, o parto e o puerpério – em regra, evitável.

As causas diretas dessas mortes, distribuídas de acordo com a raça/cor da parturiente, ainda conforme dados do Ministério da Saúde [5], revelam os seguintes índices:

Causas	Branca	Negra	Parda
Eclâmpsia	13,14%	23,28%	20,64%
Pré-eclâmpsia	9,28%	12,07%	3,01%
Hemorragia pós-parto	9,02%	6,03%	8,02%
Infecção puerperal	8,25%	5,17%	7,21%
Anomalias da contração uterina	6,96%	1,72%	3,01%
Descolamento prematuro da placenta	6,19%	9,48%	5,21%
Abortos	7,62%	14,19%	11,04%

Outro grave problema referente às complicações sociais é a gravidez ainda na adolescência. Em 2003, 22% dos partos ocorridos no Brasil - o que significa, aproximadamente, 668 mil partos – foram de meninas com idade entre 10 e 19 anos; destes, 28 mil foram de meninas na faixa etária de 10 a 14 anos (BRASIL, 2006, p. 19).

No que toca a esta faixa de 10 a 14 anos, deve-se atentar para a existência de crime de estupro de vulnerável, nos termos trazidos pela Lei nº 12.015, que entrou em vigor no dia 10 de agosto de 2009. Em tais casos, a prova da autoria é possibilitada pelo exame de DNA do bebê concebido em razão da conduta delituosa.

A gravidez precoce acarreta problemas tanto para a mãe quanto para o filho. A adolescente ficará mais sujeita a problemas de crescimento e desenvolvimento, emocionais e comportamentais, educacionais e de aprendizado, além de complicações da gravidez e problemas de parto.

De acordo com Bueno (2001, p. 06), a adolescente tem maior morbidade e mortalidade por complicações da gravidez, do parto e do puerpério, sendo a taxa de mortalidade duas vezes maior que entre gestantes adultas. A incidência de recém-nascidos de mães adolescentes com baixo peso é igualmente duas vezes maior que em recém-nascidos de mães adultas, e a taxa de morte neonatal chega ao triplo. É dever de todos, portanto, como uma das medidas tendentes a evitar a gravidez precoce, estimular a educação sexual, seja na escola, seja nos lares.

O aleitamento materno

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao bebê o direito de ser amamentado, razão pela qual determina que o poder público, as instituições e os empregadores deverão proporcionar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães presas (art. 9º do ECA).

Apesar de reiterar um importante direito do infante, as disposições do art. 9º não são novidades no ordenamento jurídico pátrio. A Consolidação das Leis Trabalhistas já previa à mãe trabalhadora o intervalo para amamentação, nos moldes do art. 396, abaixo transcrito:

> ”Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.
> Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente”.

Da mesma forma, ao filho recém-nascido da mãe prisioneira também era estendida a garantia de ser amamentado, conforme se observa da leitura do inc. L do art. 5º da Constituição Federal: “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

Os benefícios da amamentação são inquestionáveis. O leite materno é o melhor alimento e o mais adequado ao bebê: I) supre todas as suas necessidades nutricionais ao longo dos primeiros seis meses de vida; II) não

provoca alergia; III) confere imunidade, anticorpos e fatores contra possíveis infecções; e IV) protege contra o desenvolvimento de doenças agudas e crônicas.

Segundo Machado [6], os bebês que se alimentam no peito têm cinco vezes menos chance de serem hospitalizados por doenças. Dessa forma, o ato de amamentar, além de estreitar os laços entre mãe e filho, favorece seu desenvolvimento sadio e esse tipo de alimentação deve ser-lhe garantido em respeito ao direito fundamental à saúde.

Mesmo tendo sido promovidas campanhas em prol da amamentação desde 1980, dados do Ministério da Saúde em 1999 apontam que apenas 9,7% das crianças com até seis meses de idade (idade recomendável) alimentavam-se exclusivamente de leite materno [7].

Os estabelecimentos médicos de atendimento à parturiente

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou alguns procedimentos a serem adotados por hospitais, maternidades e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, em seu art. 10:

> ”Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:
> I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;
> II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;
> III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;
> IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;
> V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe”.

O registro de atividades e o arquivamento de prontuários pelo período mínimo de 18 (dezoito) anos, conforme determina o inc. I, apresenta duas conveniências: são fontes de pesquisa médica e base de consulta ao histórico de saúde da criança, na eventual necessidade de se apurar doença ou mal.

O descumprimento do estabelecido nesse inc. I importa a conduta tipificada no art. 228 da Lei nº 8.069/1990:

> ”Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos.
> Parágrafo único. Se o crime é culposo:
> Pena – detenção, de dois a seis meses, ou multa”.

A identificação do bebê e da mãe, conforme determina o inciso II, evita as trocas acidentais de crianças, e os exames indicados no inc. III – o teste do pezinho – permitem diagnosticar doenças congênitas tratáveis.

A desobediência ao disposto nos incs. II e III resulta em crime tipificado no art. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> ”Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos.

> Parágrafo único. Se o crime é culposo:
> Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa".

A declaração formal de nascimento indicada pelo inc. IV é documento indispensável à lavratura do Registro Civil no cartório do domicílio do responsável pelo registro, nos moldes da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), sendo recomendada a impetração do remédio constitucional na modalidade de *Habeas Data* diante da recusa do Hospital ou estabelecimento médico em fornecê-lo.

Por fim, a manutenção de alojamento conjunto que permita a permanência da mãe e do recém-nascido não é novidade na legislação brasileira. A Resolução nº 11/1983, do antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), já previa a obrigatoriedade do alojamento conjunto nas maternidades próprias, conveniadas e contratadas por aquele Instituto em todo o território nacional. Da mesma forma, a Portaria nº 508/1987, do Ministério da Educação, determinava obrigatório o alojamento conjunto de mãe e filho nos hospitais universitários.

Mais tarde, a Lei nº 11.108/05 alterou a Lei nº 8.080/90 incluindo nela o art. 19-J, que assim determina:

> "Art. 19-J - Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.
> § 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.
> § 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo".

Esse constitui um importante direito da criança e da família, a que o Promotor de Justiça deve estar atento, fiscalizando seu cumprimento.

O teste do pezinho

A Lei nº 8.069/90 obrigou hospitais e estabelecimentos médicos, sejam públicos ou particulares, a procederem a exames "visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido". Esses exames são conhecidos como Teste do Pezinho porque o sangue é coletado do calcanhar do bebê. Algumas gotas do sangue são extraídas e absorvidas em um papel especial para análise de hormônios, substâncias químicas e hemoglobina [8].

O exame permite o diagnóstico de quinze doenças congênitas – *fenilcetonúria, hipotireoidismo congênito, anemia falciforme e outras hemoglobinopatias, hiperplasia adrenal congênita, fibrose cística, galactosemia, deficiência de biotinidase, deficiência de glicose-6-fosfato desidrogenase, toxoplasmose congênita, sífilis congênita, citomegalovirose congênita, doença de chagas congênita, rubéola congênita, sida congênita e deficiência de mcad* – em boa parte tratáveis, se precocemente diagnosticadas.

Para haver uma prevenção efetiva, é necessário realizar o exame nas primeiras 48 horas de vida do bebê. As coletas deverão ocorrer sempre antes da alta hospitalar, e, uma semana após a primeira coleta, o bebê deverá ser levado à Unidade Básica de Saúde mais próxima para a repetição do exame. Infelizmente, é muito comum não ser realizado o segundo exame, ou por desinformação de profissionais da saúde e dos pais ou simplesmente pelo medo dos pais de que a criança sinta dor, conforme apurou Silva.

> "Existem pessoas que acreditam ser o Teste do Pezinho o 'carimbo' do pé do bebê, a impressão plantar e, se o Hospital/Maternidade libera as mães sem realizar a coleta, elas acabam acreditando que seus filhos já fizeram o teste.
> Temos conhecimento de casos que se confirmaram positivos já no exame realizado em coleta na alta precoce e que a mãe não procurou a Unidade de Saúde para repetição; assim como casos de mães que não coletaram na alta hospitalar e que só procuraram a Unidade de Saúde para a primeira coleta quando

> o bebê já constava mais idade, implicando o risco de já haver-se instalado a seqüela, retardo mental ou outra complicação". [9].

As crianças portadoras das enfermidades diagnosticáveis com o Teste do Pezinho nascem normais e se desenvolvem normalmente até o quarto ou quinto mês. Todavia, a sequela se instala antes mesmo de um mês de vida, e a única forma de prevenção é realizar o exame em tempo hábil, para que o tratamento seja iniciado precocemente [10].

A realização do exame (ao menos do primeiro) é responsabilidade do médico, do enfermeiro e do dirigente do estabelecimento, que responderão penalmente pela sua não-realização - delito do art. 229 da Lei nº 8.069/1990. A fim de que o diagnóstico precoce seja feito a tempo e garanta possibilidade de tratamento, sugere-se que o Promotor se Justiça encaminhe recomendação às unidades de saúde da Comarca instando-os a proceder ao teste no tempo e no modo estabelecidos.

A saúde da criança e do adolescente

Moldado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da prioridade absoluta garante primazia à saúde da criança e do adolescente em relação aos demais setores da saúde pública. O parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.069/90 incorporou quatro premissas ao conceito de prioridade:

> "a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude".

A criança e o adolescente deverão ser os primeiros a receber socorro médico em situações emergenciais, e o poder público deverá formular programas específicos para o atendimento de sua saúde, destinando recursos privilegiados para tanto.

A proteção da saúde da criança e do adolescente compreende não apenas o atendimento médico propriamente dito, mas toda a sua extensão, abarcando atendimento odontológico, fisioterápico, psicológico, e, ainda, o fornecimento de medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento de saúde, situações especificadas a seguir.

Registre-se, mais uma vez, que a prioridade absoluta da criança e do adolescente decorre da Constituição da República, ao contrário da assegurada a outros sujeitos de direitos. Assim, caso ocorra conflito entre sujeitos diferentes, têm preferência aqueles amparados pela norma constitucional.

a) O atendimento médico

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde [11], apurou-se que a média brasileira de consultas anuais *per capita* é de 2,4, número que sobe para 3,4 se consideradas apenas crianças e adolescentes, e para 4,0 se analisada apenas a população com idade superior a 64 (sessenta e quatro) anos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, está

> "assegurado o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde" (artigo 11 do ECA).

Por ser assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, o atendimento médico deve

compreender não apenas a saúde física, mas também a mental e emocional, motivo pelo qual abrange o acompanhamento psiquiátrico ou psicológico sempre que necessário. É necessário ressaltar a necessidade premente de se aperfeiçoar o sistema atinente à saúde mental, sobretudo em razão da drogadição que acomete um sem-número de jovens brasileiros.

b) Os medicamentos e os tratamentos de saúde

A Lei nº 11.185/2005 alterou a expressão "é assegurado o atendimento médico", prevista anteriormente no *caput* do art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para "é assegurado atendimento integral à saúde". Assim sendo, tanto a Constituição da República quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem o direito à saúde, e não apenas o direito ao atendimento clínico, motivo pelo qual o acesso aos medicamentos também se constitui direito fundamental.

Garantir o acesso a esse aporte é responsabilidade do Estado, conforme se depreende da leitura do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.069/90:

> "incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MENOR CARENTE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TRANSGRESSÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. VIABILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. 1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos arts. 11, 201, V, e 208, VI e VII, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17.08.06). 2. Descabe recurso especial para apreciar suposta ofensa a artigo da Constituição da República. 3. Não há violação ao art. 535 do CPC quando o tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 4. O julgador não precisa responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados. 5. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão 'tais como', o que denota o caráter não exauriente da enumeração. 6. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior, que é a vida. 7. Recurso especial improvido. REsp nº 841871 / RS. RECURSO ESPECIAL 2006/0078359-2. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 24.10.2006. Data da Publicação/Fonte: **DJ** 08.11.2006. p. 179.

> RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - CRIANÇA - LEITE ESPECIAL COM PRESCRIÇÃO MÉDICA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º DO CPC - PRECEDENTES. 1. Preliminarmente, o recurso especial deve ser conhecido pela alínea "a", uma vez que a matéria federal restou prequestionada. O mesmo não ocorre com a alínea "c", pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. 2. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a criança que necessita de leite especial, por prescrição médica. 3. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 4. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 5. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício

> ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. Precedentes da Primeira Seção. Recurso especial conhecido em parte e improvido. Resp nº 900487 / RS. RECURSO ESPECIAL 2006/0245696-5. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 13.02.2007. Data da Publicação/Fonte: **DJ** 28.02.2007. p. 222

c) A saúde bucal

O atendimento à saúde bucal sempre ficou à margem dos demais procedimentos clínicos, já que, até pouco tempo, o tratamento público dental limitava-se à extração de dentes. Hoje, estima-se que mais de 10 milhões de brasileiros não possuam dentes ou dentaduras, fato que resulta em milhares de óbitos em decorrência do câncer de boca e estômago [12)].

O *caput* do art. 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente faz expressa menção à necessidade de se promover programas de atendimento odontológico da população infantojuvenil. Dentre as campanhas, destaca-se a fluoretação na água potável com o objetivo de reduzir a incidência de cárie dentária, apontada pelo Ministério da Saúde [13)] como responsável por um impacto na saúde bucal coletiva muito maior do que os serviços assistenciais, não obstante seu baixíssimo custo (custa anual *per capita* de R$ 0,50 – cinquenta centavos de real).

d) O direito ao acompanhante

O Estatuto da Criança e do Adolescente impôs aos estabelecimentos de atendimento à saúde que proporcionassem condições para a permanência de um dos pais ou do responsável durante a internação da criança e do adolescente (art. 12). Essa prática já era rotineira em hospitais e clínicas privadas e se estendeu a todos os estabelecimentos de atenção à saúde da criança e do adolescente, tanto públicos quanto privados, devido aos visíveis benefícios na rapidez da recuperação do paciente.

Mais tarde, a Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) determinou em seu art. 12, inc. II, alínea "f ", que, quando o plano de saúde cobrisse internação, deveria abranger despesas de acompanhante no caso de pacientes com menos de 18 (dezoito) anos. A Lei nº 11.108/05 disciplinou que as condições de permanência devem ser minimamente decentes. De acordo com Monteiro Filho, podem ser consideradas condições hospitalares ideais para a permanência do acompanhante:

> "1) poltrona reclinável ao lado do leito da criança ou cama própria para acompanhante; 2) todas as refeições diárias; 3) banheiros com banho; 4) armários individuais; 5) avental ou uniforme apropriado com crachá de identificação; 6) reuniões semanais com a equipe de saúde (pediatra, enfermeira, assistente social e psicóloga), para esclarecimentos sobre a rotina do hospital e a enfermidade da criança e do adolescente internado[14)].

O remédio jurídico para pleitear o direito de acompanhar a criança e o adolescente, durante o período da internação, quando não é permitido pelo estabelecimento médico, é o Mandado de Segurança, sendo legítima sua interposição, pelo Ministério Público, nos moldes do artigo 201, inciso IX, do Estatuto.

e) As doenças crônicas

Algumas doenças necessitam de tratamento contínuo, por toda a vida ou por longo prazo, como é o caso dos doentes renais, transplantados, soropositivos, diagnosticados com câncer e outros. Para essas doenças, é importante que seja fornecido o tratamento sem interrupção. Recomenda-se sempre a criação de programas específicos para seu atendimento, com cadastramento de pacientes, agendamento de avaliações periódicas e compra antecipada dos medicamentos [15)].

f) A criança e o adolescente com deficiência

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante atendimento especializado a crianças e adolescentes com deficiência (art. 11, §1º, do ECA). A Constituição Federal já havia determinado a criação de programas e atendimento especializado

> "para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos" (art. 227, §1º, inc. II, da CF).

g) Os Programas de Saúde da Família

Uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde do Brasil, com o auxílio da Universidade de Nova Iorque, demonstrou que, entre 1990 e 2002, programas de saúde familiar reduziram mais a mortalidade infantil do que o acesso a hospitais, o aumento do número de médicos e até mesmo a ampliação da água tratada, como demonstra o quadro a seguir [16]:

A cada 10% de aumento ...	... alterou na mortalidade infantil em
na cobertura do programa de saúde da família	-4,6%
no acesso à água potável	-2,9%
de leitos hospitalares	-1,4%
no número de médicos	-0,2%
no analfabetismo feminino	+6,8%

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu competência ao Sistema Único de Saúde para promover programas de prevenção e educação sanitária voltados para pais, educadores e estudantes (art.14 do ECA). Diante dos números supracitados e considerando que o Promotor de Justiça poderá recomendar a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente (art. 201, § 5º, "c", do ECA), o Promotor de Justiça deverá, sempre que possível, expedir tais recomendações com vista à criação ou ampliação dos programas voltados à conscientização da família no que se refere aos cuidados de saúde.

O sistema preventivo e as campanhas de vacinação

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) elaborou um quadro com base numa pesquisa nacional sobre demografia e saúde realizada em 1996, mostrando a proporção de mães com cartão de vacinação e filhos, estes com idade entre 12 e 23 meses, que receberam doses de vacina nas regiões Nordeste e Sudeste, por tipo de vacina, segundo a situação do domicílio.

Região e situação do domicílio					
	Mães com cartão de vacinação	Crianças de 12 a 23 meses que receberam doses de vacina			
		BCG	Tríplice (3 doses)	Pólio (3 doses)	Sarampo
Total	78,9%	92,6%	80,8%	80,7%	87,2%
Regiões					
Nordeste	75,4%	84,3%	68,7%	71,9%	60,7%
Sudeste	80,0%	99,0%	85,0%	87,0%	77,0%
Domicílio					
Urbano	79,2%	95,1%	84,3%	84,3%	90,2%
Rural	77,8%	84,2%	68,0%	68,0%	76,5%

O estudo constatou também que as chances de a criança ter recebido corretamente todas as vacinas aumenta quanto maior for o nível de escolaridade da mãe.

Anos de estudo da mãe	Crianças com idade entre 12 e 23 meses e com vacinação completa
Menos de 1 ano	46,9 %
De 1 a 3 anos	64,8%
4 anos (antigo ensino primário)	75,6%
De 5 a 8 anos (antigo ensino ginasial)	79,8%
De 9 a 11 anos	79,8%
12 ou mais anos	82,3 %

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou como obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (art.14, parágrafo único, do ECA), incumbindo sua promoção ao Sistema Único de Saúde (art. 14, caput, do ECA).

Na hipótese de não serem promovidas as campanhas de vacinação ou diante da notícia de inexistência da própria vacina nos postos de saúde, o Promotor de Justiça poderá interpor Ação Civil Pública e Mandado de Segurança, nos moldes do que lhe faculta o art. 201, nos incs. V e IX, respectivamente.

---

[1] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Evolução e perspectivas da mortalidade infantil no Brasil**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/default.shtm>. Acesso em: 25 jul. 2008.

[2] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e dados básicos** - Brasil/2006. Disponível em: < http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2006/matriz.htm#mort>. Acesso em: 27 jun. 2008.

[3] CIA – Central Intelligence Agency. **The World Factbook 2008**. Text Version. Disponível em: < https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/ 2091rank.html>. Acesso em: 25 jul. 2008.

[4] CIA, 2008.

[5] BRASIL, 2006, p. 21.

[6] MACHADO, Orandina. O alfabeto da amamentação. Trabalho apresentado como requisito à conclusão do Curso de Manejo Ampliado da Amamentação, oferecido Clínica Interdisciplinar de Apoio à Amamentação, Florianópolis, 2008. Disponível in: 278 - Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude <

http://www.aleitamento.com/a_arts..asp?id=3&id_art.=1787&id_subcategoria=4> Acesso em: 25 jul. 2008.
[7)] UNICEF. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Educação**: contexto brasileiro em educação. Disponível em: http://www.unesco.org.br/Brasil/contextonacionalEDU//mostra_padrao. Acesso em: 29 jul. 2008. p. 20.
[8)] MARTON DA SILVA, Marly B. G.; LACERDA, Maria Ribeiro. Teste do pezinho: por que coletar na alta hospitalar. **Revista eletrônica de enfermagem**. v. 5, n. 2. p. 60-64, 2003. Disponível em: <http:/www.fen.ufg.br/revista>. Acesso em: 25 jul. 2008.
[9)] MARTON DA SILVA, 2003, p. 62.
[10)] MARTON DA SILVA, 2003, p. 63.
[11)] BRASIL, 2006, p. 11.
[12)] , [13)] BRASIL, 2006, p. 17.
[14)] MONTEIRO FILHO, Lauro. “Art. 12”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68.
[15)] AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Cursode direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 41.
[16)] BRASIL, 2006.

4.6.5. O direito à liberdade

Como mencionado, a criança e o adolescente foram reconhecidos como sujeitos de direitos somente em meados do século XX, mesmo algumas garantias fundamentais tendo sido positivadas há décadas.

No Brasil, essa mudança paradigmática ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Esses dois diplomas legais retiraram a criança e o adolescente da condição de "menor em situação irregular" e os elevaram à categoria de sujeitos de direitos. Hoje, a criança e o adolescente

> "têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis" (art. 15 do ECA).

O termo "liberdade" pode apresentar inúmeros conceitos. Conforme o Dicionário Aurélio, liberdade pode ser definida como:

> "1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. 2. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas. 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral. 5. Estado ou condição de homem livre. 6. Independência, autonomia. 7. Facilidade, desembaraço. 8. Permissão, licença"[1].

Entretanto, seu significado vai muito além das definições linguísticas.

Na seara legislativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou a questão em seu art. 16:

> "Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
> I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
> II - opinião e expressão;
> III - crença e culto religioso;
> IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
> V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
> VI - participar da vida política, na forma da lei;
> VII - buscar refúgio, auxílio e orientação".

Considerando a abrangência da terminologia e as várias faces desse direito, passamos a examiná-lo em tópicos.

O direito de ir e vir

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XV, determinou ser

> "[...] livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Logicamente, a amplitude da liberdade de ir e vir, no texto constitucional, não é a mesma a ser concedida à criança e ao adolescente, o que decorre obviamente da condição peculiar de serem pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA).

Conforme Amin [2], a liberdade de locomoção do adolescente e, ainda mais, da criança, lhes permite ir apenas aonde possam desenvolver sua personalidade e garantir a plenitude de sua formação, sendo, portanto, restrita. Nas palavras da autora,

> "[...] trata-se de uma liberdade que se autoconvém ou que é autocontida pelos princípios e pelas finalidades desse direito".

Ciente dessa condição peculiar, o legislador, no inc. I do art. 16, ao mesmo tempo em que confere o direito à liberdade de "ir, vir e estar" nos logradouros públicos e nos espaços comunitários, ressalvou as restrições legais, elencadas no próprio Estatuto:

- a) o acesso a diversões e espetáculos públicos deverá obedecer à classificação indicativa e à faixa etária a que se destina (art. 75 do ECA);
- b) as crianças menores de dez anos de idade somente poderão ingressar em locais de diversões e espetáculos acompanhadas de seus pais ou responsável (art. 175, parágrafo único, do ECA);
- c) não é permitida a entrada ou permanência de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca, apostas ou congêneres (art. 80 do ECA);
- d) a criança não poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhada dos pais, ou do responsável ou sem expressa autorização judicial (art. 83 do ECA);
- e) tanto a criança quanto o adolescente não poderão viajar ao exterior sem autorização judicial, exceto se estiverem na companhia de ambos os genitores, ou na companhia de um deles com autorização escrita do outro (art. 84 do ECA);
- f) nos casos de apreensão por flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106 do ECA).

É comum a expedição de portarias proibindo o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes nas ruas depois de determinado horário. Neste caso, discorda-se do método utilizado, por mais que se entenda o objetivo dessas proibições. Os pais ou responsáveis é que têm o dever de vigilância e educação sobre os filhos, e não o Estado, por meio do Juiz de Direito.

O toque de recolher

Ultimamente, Portarias Judiciais têm sido baixadas em algumas Comarcas do Estado de Minas Gerais com o escopo de proibir o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes em logradouros públicos, o que vem sendo chamado pelos meios de comunicação de "toque de recolher". Esses atos normativos estabelecem restrições à presença de crianças e adolescentes em espaços públicos com o intuito de protegê-los da violência e da exposição às drogas, bebidas alcoólicas e outros perigos.

No entanto, embora a intenção possa ser reputada como positiva, a medida se mostra abertamente inconstitucional e ineficaz, consubstanciando-se em flagrante atentado aos direitos fundamentais deste público. Limitar a presença de infantes em determinados locais públicos não elimina a exposição à violência ou ao uso de drogas e bebidas alcoólicas; muitas vezes, a exposição a essas mazelas ocorre em ambientes domésticos.

A ineficácia reside também no fato de que a punição (proibição de estar em determinados lugares) recai geralmente sobre aqueles a quem se pretende proteger, quando deveria ser direcionada aos adultos propiciadores da violência, do uso de drogas e de bebidas alcoólicas. Neste sentido, o CONANDA aprovou parecer contrário ao toque de recolher, em sua 175ª Assembléia Ordinária, adotando o argumento a mencionado a seguir, aqui reiterado em razão de sua pertinência:

> "Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA. Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em

> geral. No mesmo sentido, por que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?"

Mesmo diante da possibilidade de atos infracionais, a imposição do toque de recolher denota uma generalização de que todos os adolescentes de uma cidade possam cometê-los e não leva em conta as garantias da ampla defesa e do contraditório. Além disso, a proibição veiculada por tais portarias agrava o enfraquecimento e o desprestígio do já fragilizado poder familiar. A imposição de disciplina aos filhos cabe aos pais. O dever do Estado é zelar pela responsabilização dos pais omissos, e não substituí-los por proibições veiculadas por meio de portarias.

Além das incongruências, as portarias são reprovadas também no quesito constitucionalidade. Os atos normativos que impõem toque de recolher colidem flagrantemente com os arts. 5° e 227 da Constituição da República ao proibir a liberdade de locomoção e o direito fundamental de ir e vir. O toque de recolher viola também a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) em seus arts. 4°, 15 e 16, que estabelecem ser dever da família, da comunidade e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, o direito à liberdade e convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, compreendendo-se como liberdade o direito de ir, vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários.

Os únicos casos em que a autoridade judiciária poderá fazer uso da portaria estão registrados no art. 149 do ECA:

> "Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:
> I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:
> a) estádio, ginásio e campo desportivo;
> b) bailes ou promoções dançantes;
> c) boate ou congêneres;
> d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
> e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.
> II - a participação de criança e adolescente em:
> a) espetáculos públicos e seus ensaios;
> b) certames de beleza.
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:
> a) os princípios desta Lei;
> b) as peculiaridades locais;
> c) a existência de instalações adequadas;
> d) o tipo de freqüência habitual ao local;
> e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
> f) a natureza do espetáculo.
> § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral".

O artigo citado prevê apenas restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, limitações que devem ser fundamentadas caso a caso, individualmente, vetando determinações de caráter geral, como o toque de recolher. A autoridade judiciária não pode mais expedir portarias arbitrárias, ilimitadas ou irrestritas, como previa antigamente o Código de Menores. A expedição de portarias judiciais está restrita às hipóteses elencadas no art. 149 do ECA.

É plausível destacar também os arts. 106 e 230 do ECA, impondo que a apreensão de crianças e adolescentes só pode ocorrer em casos de flagrante de ato infracional ou mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, que a ordem seja lícita, individualizada e fundamentada caso a caso. Ademais, devem ser garantidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, antes de se proceder a qualquer tipo de restrição à liberdade.

Para confirmar a impropriedade jurídica de tais portarias, é preciso estar atento ao disposto no art. 5°, inc. II, da Constituição Federal:

> ”Art.5 º […]
> […]
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Somente a lei poderia impor restrição ao direito fundamental de ir e vir. As portarias judiciais não podem cercear a liberdade fora dos casos previstos em lei. Baixar portaria que embarace o exercício do direito de ir e vir de adolescentes, sem ato infracional que a justifique, viola a tripartição de Poderes.

Verificadas a impertinência, a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos referidos atos normativos, orienta-se às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Estado que combatam a aplicação dessas portarias judiciais com a adoção das seguintes medidas:

- 1 - impetração de *habeas corpus*, preventivo ou repressivo, sempre que infante ou adolescente sofrer ou sentir-se ameaçado de restrição no seu direito de ir e vir, nos termos do art. 201, inc. IX, do ECA, e art. 654 do CPP;
- 2 - o ajuizamento de ação civil pública anulatória de ato administrativo de efeitos concretos, valendo-se dos fundamentos do controle difuso de constitucionalidade;
- 3 - a utilização do recurso de apelação cabível contra portarias judiciais nos termos do art. 149 do ECA;
- 4 - representação administrativa na Corregedoria-Geral de Justiça.

A autorização para viajar

O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe que a criança realize viagem que implique deslocamento para fora da comarca onde reside desacompanhada de seus pais ou responsável (art. 83, *caput*). Ao adolescente, tal deslocamento é permitido.

Havendo necessidade, os pais ou o responsável pela criança deverão solicitar autorização judicial, estando dispensados de fazê-lo quando: 1) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou incluída na mesma região metropolitana (art. 83, §1º, “a”, do ECA); 2) quando a criança estiver acompanhada de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, estando o parentesco comprovado documentalmente (art. 83, §1º, “b”, do ECA); ou 3) a criança estiver acompanhada de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável (art. 83, §1º, “b”, do ECA).

A autorização, quando necessária, poderá abranger mais de uma viagem, durante o período máximo de dois anos (art. 83, §2º, do ECA). Viagens ao exterior requerem autorização judicial para a criança e para o adolescente, sendo dispensada apenas quando estiverem acompanhados de ambos os pais ou responsável (art. 84, inc. I, do ECA), ou viajarem na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro mediante documento com firma reconhecida (art. 84, inc. II, do ECA).

O direito à expressão

Conforme determina o art. 5º, inc. IX, da Carta de 1988, no Brasil

> “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A criança e o adolescente – sujeitos de todos os direitos fundamentais sob a nova ótica constitucional – podem livremente ter sua própria opinião e expressá-la.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê determinadas situações em que é obrigatória ou recomendável a oitiva da criança e do adolescente, situações que decorrem do direito à opinião e à expressão, por exemplo:

- a) para a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, sempre que possível, eles deverão ser previamente ouvidos e ter sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, do ECA);
- b) no procedimento de destituição de guarda, é obrigatória, sempre que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente (art. 161, § 2º, do ECA);
- c) para a adoção do maior de doze anos de idade, é necessário o seu consentimento (art. 45, § 2º, do ECA);
- d) é assegurado ao adolescente privado de sua liberdade ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (art. 111, inc. V, do ECA);
- e) ao adolescente privado de liberdade, é conferido o direito de entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público (art. 124, inc. I, do ECA); peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inc. II, do ECA); corresponder-se com seus familiares e amigos (art. 124, inc. VIII, do ECA).

É comum que deliberações importantes sejam tomadas em reuniões realizadas sem a presença dos principais interessados. É preciso que o Promotor de Justiça estimule o protagonismo infantojuvenil, incluindo os menores de 18 (dezoito) anos nas discussões referentes aos seus direitos.

O direito à crença e à religião

A Constituição Federal em vigor reputa como inviolável a “liberdade de consciência e de crença”, assegurando o “livre exercício dos cultos religiosos” e garantindo a “proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, inc. VI).

O direito à crença e ao culto religioso decorre do direito à liberdade de opinião e de expressão. A crença apresenta uma dimensão interior, e o direito ao culto permite a exteriorização dessa crença.

Silva [3)] aponta a estreita conexão entre a liberdade de crença da criança ou do adolescente e a de suas famílias. É permitido a criança e ao adolescente optar por fé diferente da dos pais. Ninguém, nem mesmo a família, poderá impor culto ou crença à criança e ao adolescente; contudo, pelo poder familiar, os pais poderão orientar os filhos a determinada crença ou ao ateísmo, uma vez que a liberdade de crença abarca a liberdade de não crer.

Nesse sentido, a frequência à disciplina de ensino religioso deverá ser facultativa, embora constitua a grade curricular das escolas públicas de Ensino Fundamental (art. 210, §1º, da CF). A Lei nº 8.069/1990, além de determinar livres a crença e o culto religioso, impõe às entidades que desenvolvem programas de internação a obrigação de proporcionarem a assistência religiosa aos adolescentes internos (art. 94, inc. XII, do ECA). Não obstante, destaca-se que a assistência religiosa é um direito do adolescente internado e, portanto, não é obrigatória (art. 124, inc. XIV, do ECA).

Sabe-se, por fim, que o direito a uma crença religiosa não pode se sobrepor ao direito à vida e à saúde de qualquer criança ou adolescente, ainda que seus pais ou responsáveis assim entendam.

---

1) FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

2) AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente.

In: MACIEL, Kátia (coord.). **Cursode direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43.

[3] SILVA, José Afonso da. Art. 16. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84.

4.6.6. O direito ao respeito e à dignidade

O conceito de respeito está intimamente ligado à noção de dignidade e de tolerância. Todo homem é merecedor de respeito, pelo simples fato de ser pessoa humana, o que justifica também os outros direitos fundamentais.

Com base no Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil, do Ministério da Educação, Amin conceitua respeito como

> "[...] tratamento atencioso que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia em que se acham colocadas"[1].

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 17, informa que o direito ao respeito significa a

> "[...] inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

O direito ao respeito abarca também o direito de se desenvolver como criança e adolescente sem pular etapas - é ter respeitado o direito de brincar. Atualmente, muitos pais se encontram tão preocupados com o futuro dos filhos que os inserem em inúmeras atividades, fazendo-os parecer miniexecutivos, sem espaço ou tempo para vivenciar suas habilidades infantis. Numa entrevista a respeito do ato de brincar, o educador João Beauclair (2006) explica a importância de se respeitar o tempo e o espaço de ser criança:

> "A utilização do lúdico nas atividades para o desenvolvimento infantil é essencial: ao brincar, a criança amplia as possibilidades de ir além do seu próprio ser, consegue interagir consigo mesmo e com os outros, percebe que há regras para o convívio social, forma sua personalidade, enfim, vivencia sua inserção no mundo com suas complexas possibilidades. No 'espaço-tempo' do brincar, há a relação de apropriação e invenção, há a formatação do nosso jeito de ser, estar e agir no mundo"[2].

O amadurecimento precoce é prejudicial à criança, ao adolescente e a toda a sociedade, e suas causas são cada vez mais evidentes: consumismo exagerado, trajes de adulto, programas televisivos com elevada carga erótica, acesso indiscriminado à informação por meio da internet, educação voltada à competitividade, hormônios ingeridos com a alimentação. Esses e outros fatores afetam o ritmo normal de crescimento e provavelmente terão consequências negativas no futuro.

O zelo pelo respeito e a dignidade da criança e do adolescente é responsabilidade de todos – família, Estado e sociedade –, que devem pô-los a salvo de qualquer tratamento cruel, violento ou desumano (art. 18 do ECA).

Vale lembrar, por fim, que o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional é também titular do direito ao respeito e à dignidade, a serem rigorosamente observados tanto na apuração do ato infracional quanto no cumprimento de medida socioeducativa.

---

[1] AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Cursode direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 45.

[2] BEAUCLAIR, João. **Entrevista sobre o brincar**. Disponível in: < http://www.profjoaobeauclair.net/visualizar.php?idt=244255>. Acesso em: 5 ago. 2008.

4.6.7. O direito à educação,à cultura, ao esporte e ao lazer

Nos termos do art. 205 da Constituição Federal, a educação é "[...] direito de todos e dever do Estado e da família" e deverá ser "[...] promovida e incentivada com a colaboração da sociedade", almejando o "[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

A Carta de 1988 lista princípios orientadores do sistema educacional pátrio ao longo dos incisos do seu art. 206:

> "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola;
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
> VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> VII - garantia de padrão de qualidade;
> VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal".

No Brasil, o sistema de ensino é organizado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 211, caput, da CF/88). Os Municípios deverão atuar prioritariamente no Ensino Fundamental e na educação infantil (art.211, § 2º, da CF/88), enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no Ensino Fundamental e Médio (art. 211, § 3º, da CF/88).

As diretrizes e bases da educação brasileira encontram-se regulamentadas na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), a qual determina que a educação deverá abranger os "processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais" (art. 1º da LDB).

Apesar da imposição da lei, o Brasil ostenta uma elevada taxa de analfabetismo. De acordo com a Unesco, estima-se que 13,6 milhões de adultos brasileiros sejam analfabetos, valores que, se reduzidos à população jovem (idade compreendida entre 15 e 24 anos) representam mais de um milhão de analfabetos.

Se a alfabetização de todos os cidadãos é requisito fundamental para a construção de uma sociedade mais justa, mais livre de violência e corrupção, proporcionar educação pública de qualidade também o é. Todavia, a educação pública brasileira encontra-se à beira de um colapso. A péssima remuneração e o baixíssimo investimento na qualificação dos professores, que trabalham nas mais adversas situações, acabam piorando o quadro.

O Sistema de Avaliação da Educação Básica mostra que o desempenho em matemática era "crítico" ou "muito crítico", em 51,6% dos alunos do quarto ano do Ensino Fundamental; em Língua Portuguesa, essa índice alcançou 55,4% (UNESCO).

Os resultados foram ainda piores na avaliação das últimas séries do Ensino Fundamental e do Ensino Médio. No Programa Internacional de Avaliação dos Alunos (PISA), o Brasil ocupou as últimas posições tanto em 2000 quanto em 2003 (UNESCO)[1)]. Essas notas refletem a baixa qualidade e a incapacidade do ensino brasileiro de transmitir conhecimento, desenvolver senso crítico e capacitar cidadãos. Embora o Brasil tenha progredido nos últimos anos, principalmente na universalização do ensino fundamental obrigatório, ainda são muitas as deficiências do sistema de ensino.

Por incrível que pareça, a maioria das escolas públicas não dispõe de projeto pedagógico, uma ausência absurda que talvez seja um dos fatores da baixa qualidade do aprendizado comprovada pelos levantamentos. Fomentar a elaboração de projetos pedagógicos que levem em conta as demandas teóricas e comunitárias e envolvam alunos e familiares é uma medida que pode viabilizar melhorias na qualidade do ensino.

Outra frente que exige atenção é a violência escolar. Em caso de *bullying*, por exemplo, muitos estabelecimentos não possuem regimento interno que estabeleça disciplina, procedimentos de apuração e sanções. Além disso, há educadores que não visualizam uma distinção clara entre ato de indisciplina e ato infracional e pedem intervenção judicial em questões tipicamente educativas, com as quais deveria estar mais qualificado a lidar do que um Juiz ou um Promotor.

Uma discussão democrática entre a comunidade escolar (direção, professores, alunos e pais) sobre os termos de um regimento poderia ser altamente produtiva, por abordar questões como lei, bem comum, responsabilidade, respeito, ética, dignidade, limites etc. Isso possibilitaria inclusive a pactuação de novos comportamentos, dependendo de como o assunto fosse abordado.

O projeto pedagógico e o regimento interno podem consubstanciar-se em instrumentos úteis para tratar mais devidamente as questões de qualidade de ensino e violência escolar. Para tanto, é de extrema pertinência a participação dos pais nesses dois processos, que podem ser desencadeados pelos Promotores de Justiça.

Nesse ponto, sugerimos que as escolas da Comarca sejam mapeadas, o que pode ser feito simplesmente enviando-se um ofício à Secretaria Municipal de Educação, a fim de se estabelecer contato com os diretores para que estes promovam a elaboração de tais propostas.

A melhor atitude é sempre o diálogo cortês, posicionando o Ministério Público como parceiro nessa construção. Propor debates entre todos os atores envolvidos para a elaboração do projeto pedagógico e do regimento interno é uma iniciativa recomendável, , inclusive estipulando cronograma e agenda e sugerindo atividades pedagógicas, como concurso de cartas, redação, teatro, debates etc. Entretanto, nem sempre tais contatos são amistosos. Se as tentativas de convencimento não surtirem efeito, o Promotor de Justiça poderá lançar mão dos instrumentos ao seu alcance - recomendação, TAC, ação civil pública, audiência pública etc.

O direito à igualdade

A igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola é direito fundamental expressamente indicado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 53, inc. I).

Em virtude da igualdade de condições, o adolescente que estiver cumprindo medida socioeducativa na modalidade de internação também deverá ter acesso ao conteúdo programático específico para sua escolaridade (art. 124, inc. XI, do ECA). De igual modo, o infante com deficiência deverá ser atendido preferencialmente pela rede regular de ensino (art. 54, inc. III, do ECA), sendo-lhe garantida educação especial adaptada às suas necessidades (art. 58 da LDB) no sentido de complementá-la.

No entanto, as desigualdades materiais nem sempre permitem desfrutar dessa garantia. Para colaborar com o orçamento doméstico, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade são retirados da escola e lançados no universo do trabalho infantil. Esse mecanismo é extremamente cruel porque compele o infante a exercer atividades para as quais não está física nem psicologicamente preparado. Cedo ou tarde, o trabalho infantil prevalece sobre os estudos e o condena a ocupações insuficientemente remuneradas, justamente em razão de sua baixa escolaridade.

A garantia de igualdade de condições engloba também a questão da qualidade do ensino. Mesmo que uma escola obtenha maior êxito em seu processo pedagógico do que outras, é inadmissível o abismo que se formou entre escolas públicas e privadas nas últimas décadas. A falta de investimentos em condições materiais é notória: nem sempre há material didático, não há recursos tecnológicos, a estrutura física não recebe reparos, não há material adequado para a limpeza e, muitas vezes, faltam professores bem qualificados e remunerados.

Tudo isso faz com que o Ministério Público seja constantemente acionado para obrigar entes públicos a cumprir o dever de proporcionar educação de qualidade.

A reinclusão de filosofia e sociologia entre as disciplinas obrigatórias do Ensino Médio, excluídas em 1971 com a reforma educacional promovida pela Ditadura Militar, expôs um problema corrente na rede pública: a falta de professores qualificados. O diretor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES),

Dilvo Ristoff, confessou temer que a ausência de professores capacitados para essas duas disciplinas inviabilize o cumprimento da Lei nº 11.684/2008, que alterou o art. 36 da LDB. Um estudo feito pela CAPES estima que, no Brasil, apenas 23% dos 31 mil profissionais lecionando filosofia têm formação específica; em sociologia, apenas 12% dos cerca de 20 mil professores têm licenciatura.

Embora a pesquisa tenha se direcionado a filosofia e sociologia, as demais disciplinas também carecem de professores. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (INEP) já havia constatado em 2004 a falta de professores em sala de aula. Na época, seriam necessários 254 mil professores para suprir as turmas do segundo ciclo do Ensino Fundamental. Considerando também o Ensino Médio, o déficit chegava a 771 mil professores na rede pública [2)].

As condições e a permanência

Ao prever o direito à educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente não determinou apenas a oferta de vagas, mas impôs expressamente que fossem asseguradas as condições da permanência da criança na escola (art. 53, inc. I). No Ensino Fundamental, eventuais dificuldades de permanência devem ser suplementadas pelo fornecimento de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 54, inc. VII).

Antes mesmo da promulgação do Estatuto, a Constituição da República já havia determinado, no inc. VII do seu art. 208, o "atendimento ao educando, no Ensino Fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde". Dessa forma, deve-se dar atenção a fatores que possam assegurar a permanência da criança e do adolescente nos bancos escolares, e o Estado deve garantir todos os bens e serviços necessários para tanto.

São condições inegáveis de permanência:

a) O material didático e escolar

Três dispositivos legais determinam o fornecimento do material didático e escolar por meio de programas suplementares a estudantes do Ensino Fundamental: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes Básicas da Educação.

Atualmente, o programa de fornecimento de livro – Programa Nacional do Livro Didático – encontra-se disciplinado na Resolução nº 03, de 14 de janeiro de 2008, do Ministério da Educação:

> "Art. 1º Prover as escolas de ensino fundamental público, regular e especial, das redes federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, bem como as escolas privadas de educação especial, nas categorias comunitária e filantrópica, mantidas por sindicato laboral ou patronal, associação, organização não governamental, nacional ou internacional, APAE e Associação Pestalozzi, definidas no Censo Escolar, que prestem atendimento aos alunos com necessidades educacionais especiais, com o fornecimento de:
> I - livros didáticos de qualidade, abrangendo os componentes curriculares de Alfabetização Lingüística e Alfabetização Matemática, Língua Portuguesa, Matemática, Ciências, História, Geografia, Língua Estrangeira e dicionário da Língua Portuguesa;
> II - obras pedagógicas complementares aos livros didáticos e materiais didáticos adequados aos alunos do ensino fundamental, abrangendo as áreas do conhecimento de Ciências da Natureza e Matemática, Ciências Humanas e Linguagem e Códigos".

O Ministério da Educação distribui tanto livros didáticos que abranjam componentes curriculares quanto obras complementares e materiais didáticos adequados aos estudantes do Ensino Fundamental público – independentemente de a escola pertencer à rede federal, estadual ou municipal – e aos de escolas privadas de educação especial, desde que pertençam à categoria de entidade comunitária ou filantrópica.

O atendimento destina-se às nove séries do Ensino Fundamental, e sua execução ocorre na forma do art. 5º da Resolução:

> "I - distribuição anual, de forma integral, de livros consumíveis ao alunado do 1º e 2º anos do ensino fundamental; II - distribuição trienal, de forma integral, de livros não consumíveis ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental; III - complementação anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não consumíveis para cobrir eventuais acréscimos de matrícula; e IV - reposição anual, de forma parcial, ao alunado do 2º ao 9º ano do ensino fundamental, de livros não-consumíveis para substituir aqueles porventura danificados ou não devolvidos ao final do período letivo".

Os livros relativos à educação de Ensino Médio não estão previstos expressamente na lei, mas são distribuídos em escolas públicas estaduais, municipais e do Distrito Federal por meio da Portaria do Ministério da Educação nº 2.922/2003, que institui o Programa Nacional do Livro do Ensino Médio. Pela Portaria, não apenas livros didáticos devem ser distribuídos, mas também outros suprimentos didáticos de qualidade, para uso de alunos e professores.

Diante da situação de miserabilidade na qual muitas crianças e jovens se encontram, o fornecimento de livros didáticos não é suficiente, por isso a lei prevê o fornecimento de materiais didáticos e escolares a famílias sem condições de comprá-los.

b) O transporte escolar

Assim como o material didático e escolar, o transporte escolar também é concedido a estudantes do Ensino Fundamental, no intuito de garantir a frequência às aulas, e está previsto nos seguintes dispositivos: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e o art. 4º, inc. VIII, da Lei de Diretrizes Básicas da Educação.

A dificuldade de percorrer longos trajetos a pé ou em meios de transporte perigosos e irregulares, como carretas abertas e caçambas de caminhão, é responsável por um grande percentual de desistência escolar.

A Portaria Ministerial nº 955, de 21 de junho de 1994, criou o Programa Nacional de Transporte Escolar, no âmbito do Ministério da Educação, para garantir assistência financeira aos municípios e às organizações não-governamentais na aquisição de veículos novos, destinados exclusivamente ao transporte de estudantes da rede pública estadual e municipal, de Ensino Fundamental e da educação especial, com verba do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).

Já a Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004, instituiu o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE), com o objetivo de oferecer transporte a alunos do Ensino Fundamental residentes em área rural.

Pela Resolução nº 21/2006, de 19 de abril de 2006, do Ministério da Educação, foram aprovados os parâmetros de apoio financeiro suplementar a projetos educacionais, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, visando a comprar veículos automotores de transporte coletivo (zero quilômetro) para o transporte diário de alunos da educação especial. O objetivo foi facilitar o acesso e a permanência dos alunos com necessidades educacionais especiais. Destaca-se que a criança e o adolescente com necessidades especiais de locomoção têm direito a transporte adaptado, condição nem sempre observada.

O Promotor de Justiça deve estar atento também à segurança no transporte escolar. A Lei nº 9.503/97, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, prevê que:

- a) os veículos devem possuir autorização para transporte de escolares, emitida pelo órgão de trânsito do Estado, afixada na parte interna do veículo, em local visível;
- b) os limites de lotação dos veículos devem ser respeitados e que todos os ocupantes tenham cintos de segurança a sua disposição;
- c) os veículos devem ser submetidos à inspeção, no Município, no mínimo, semestralmente;

- d) os motoristas devem: 1) ser aprovados em Curso Especializado; 2) ter idade superior a vinte e um anos; 3) possuir Carteira Nacional de Habilitação de categoria D; e 4) não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou ser reincidente em infrações médias, durante os doze últimos meses.

Para finalizar, ressalta-se que o transporte escolar não permite carona ou transporte de não estudante.

c) A merenda escolar

A concessão da merenda escolar é um direito disciplinado em três dispositivos: art. 208, inc. VII, da Constituição Federal; art. 54, inc. VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e art. 4º, inc. VIII, da LDB.

A merenda é um dos mais importantes motivos a fomentar a frequência à escola. A renda familiar da maior parte dos estudantes do ensino público é muita baixa, o que implica na redução da quantidade e da qualidade de alimentos no ambiente doméstico. Diante desse quadro, é essencial que ao menos na escola a criança e o adolescente recebam alimentação adequada, saudável e nutritiva.

A Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994, estabelece a municipalização da merenda escolar, seguindo a lógica estatutária que determinou a municipalização do atendimento das políticas sociais referentes à criança e ao adolescente (art. 88, inc. I, do ECA).

Quanto ao auxílio do custeio da merenda pelo município, o FNDE (Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação) mantém um programa de repasse de verbas para que o próprio Município adquira os alimentos diretamente do produtor local e se encarregue do preparo da merenda.

d) O uniforme escolar

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação não tratam expressamente acerca do uniforme escolar. Porém, se a escola obrigar o uso do uniforme, o poder público deverá fornecê-lo ao estudante carente pois, caso contrário, isso poderá se tornar um obstáculo à frequência do aluno à escola.

A Lei nº 8.907/94 impõe critérios para a escolha do uniforme, como a condição econômica dos estudantes e de suas famílias e o clima da localidade onde a escola está instalada. É permitido inscrever o nome da escola no tecido, mas é proibido que os uniformes sejam utilizados como meio de divulgação de política partidária, ainda que subliminar, tampouco da administração pública em vigor.

e) A escola pública próxima à residência

No art. 53, inc. V, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que deverá ser garantido o acesso à escola pública próxima à residência da criança e do adolescente. Essa determinação é importante porque evita transtornos e gastos com o deslocamento casa/escola. Contudo, sua eficácia está condicionada ao bom desempenho do poder público em fornecer o número de vagas adequado à demanda local, fato que, muitas vezes, não é observado. O TJMG vem dando guarida a esse direito:

> ”APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - MATRÍCULA DE MENOR EM LOCAL MAIS PRÓXIMO À SUA RESIDÊNCIA - ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE - ART. 53, INC.V - SENTENÇA MANTIDA. O direito à educação é assegurado pelos arts. 205 e 208 da Constituição Federal. O art. 53, V, do ECA, Lei 8.069/90, assegura que a criança e o adolescente têm direito à escola pública em lugar próximo à sua residência. Em respeito à legislação vigente, mantém-se a sentença que julga procedente o pedido. **TJMG**. Relator: MAURO SOARES DE FREITAS. Data do Julgamento: 28.02.2008. Data da Publicação: 28.03.2008”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina ao Estado o dever de assegurar vaga no Ensino Fundamental à criança e ao adolescente (art. 54, inc. I, do ECA), definindo-o como direito público subjetivo (art. 54, §1º, do ECA). O poder público tem por obrigação garantir vagas suficientes para todos, por todo o período letivo, cumprindo a carga horária mínima e o conteúdo programático exigidos por lei.

Se, de um lado, a Administração Pública está incumbida de garantir o acesso aos bancos escolares, de outro, os pais ou o responsável deverão providenciar a matrícula da criança ou adolescente, sob pena de caracterização do crime de abandono intelectual, nos termos do art. 246[3] do Código Penal.

O Ensino Fundamental será presencial, permitida a modalidade de ensino a distância apenas como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais, como a educação de jovens e adultos (art. 32, § 4º, da LDB).

Por fim, em obediência à determinação do art. 32, § 5º, da LDB, o currículo do Ensino Fundamental inclui, obrigatoriamente, conteúdo sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz o Estatuto da Criança e do Adolescente, que deverá ser impresso e distribuído como material didático.

O ensino médio e a extensão de sua obrigatoriedade

Ao contrário do Ensino Fundamental, obrigatório e gratuito por lei, ao Ensino Médio o constituinte e o legislador estatutário garantiram apenas sua “progressiva extensão de obrigatoriedade e gratuidade” (art. 208, inc. II, da CF, e art. 54, inc. II, do ECA).

Considerando tais dispositivos, o poder público não estaria vinculado ao fornecimento de vagas relativas ao Ensino Médio em número suficiente ao atendimento de todos que por ela pleiteassem. Não obstante tal primeira inferência, Amim [4] apresenta uma teoria contrária à leitura da norma, aduzindo que, quando a educação emergiu à categoria de direito fundamental, passou a compor o conjunto de direitos que “[…] asseguram a sobrevivência e a formação digna do ser humano”, sendo, portanto, um direito universal.

Segundo a autora, a Constituição Federal apenas priorizou o Ensino Fundamental, direcionando-lhe o foco da Administração Pública, sentido que não se confunde com a obrigação de o Estado de garantir o acesso a todos, até mesmo porque o Ensino Médio compõe etapa da educação básica. Nessa linha, por ser a educação direito fundamental – e não apenas a educação restrita ao Ensino Fundamental –, o Estado deverá, sim, garantir acesso ao Ensino Médio a todos que a ele acorrerem [5].

As diretrizes básicas do Ensino Médio estão traçadas no art. 35 da Lei nº 9.394/1996 e determinam sua duração mínima em três anos, condicionando-o às seguintes finalidades:

- a) consolidação e aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no Ensino Fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos (inc. I);
- b) preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores (inc. II);
- c) aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico (inc. III); e
- d) compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (inc. IV).

O currículo do Ensino Médio também é tratado na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, mais precisamente nos incisos e parágrafos do art. 36:

> ”Art. 36. O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes

> diretrizes:
> I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania;
> II - adotará metodologias de ensino e de avaliação que estimulem a iniciativa dos estudantes;
> III - será incluída uma língua estrangeira moderna, como disciplina obrigatória, escolhida pela comunidade escolar, e uma segunda, em caráter optativo, dentro das disponibilidades da instituição;
> IV - serão incluídas a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio".

O conteúdo, a metodologia de ensino e as formas de avaliação serão organizados de modo que, ao concluir o Ensino Médio, o estudante domine os princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e conheça as formas contemporâneas de linguagem (art. 36, § 1º, da LDB). O diploma de conclusão do Ensino Médio terá equivalência legal e habilitará o estudante a prosseguir os estudos em nível superior (art. 36, § 3º, da LDB).

A educação tecnológica e profissionalizante

Um dos investimentos na educação propiciada no país tem sido feito no sentido de preparar o adolescente para a vida profissional. Como o mercado de trabalho é escasso para quem não possui qualificação, a Lei nº 11.741/2008 integrou o ensino profissional e técnico ao Ensino Médio, acrescentando à LDB os arts. 36-A, 36-B, 36-C e 36-D.

Pela nova lei, o Ensino Médio, desde que atenda à formação geral do estudante, poderá também prepará-lo para o exercício das profissões técnicas (art. 36-A da LDB). A preparação necessária à habilitação profissional poderá ser desenvolvida tanto no próprio estabelecimento de Ensino Médio quanto em cooperação com instituições especializadas em educação profissional (parágrafo único, art. 36-A da LDB).

A educação técnica de nível médio poderá ser concomitante ou subsequente ao Ensino Médio (art. 36-B, inc. I e II, da LDB). Indiferentemente da forma como serão desenvolvidos, os programas dos cursos deverão observar as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação (art. 36-B, parágrafo único, inc. I, da LDB) e as normas complementares dos respectivos sistemas de ensino (art. 36-B, parágrafo único, inc. II, da LDB).

A educação profissionalizante técnica de nível médio, por sua vez, será desenvolvida de maneira integrada àqueles que já tenham concluído o Ensino Fundamental (art. 36-C, inc. I, da LDB) ou concomitante aos que já ingressaram no Ensino Médio ou já o estejam cursando (art. 36-C, inc. II, da LDB).

Os diplomas de educação profissional ou técnica de nível médio devidamente registrados são válidos em todo o território nacional, habilitando o estudante inclusive a prosseguir seus estudos em nível superior (art. 36-D da LDB).

A educação infantil

A educação infantil corresponde à primeira etapa da educação básica, destinada a processos pedagógicos capazes de garantir o desenvolvimento pleno da criança com idade inferior a cinco anos, o que incorpora os aspectos físico, psicológico, intelectual e social (art. 29 da LDB).

Inicialmente, embora a LDB informe que a educação infantil se destina a crianças com idade inferior a seis anos, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, alterou a idade máxima de atendimento para cinco anos, uma vez que o ingresso no Ensino Fundamental, hoje com duração de nove anos, pode ter início aos cinco anos de idade.

Na primeira infância, são formadas as sinapses nervosas – pontes que enviam as informações recebidas de um neurônio ao outro –, permitindo que o cérebro se organize. Neste período, a criança está apta a desenvolver habilidades e captar conhecimentos, estabelecendo inclusive as bases de sua personalidade.

Em pesquisa patrocinada pela Universidade Cornell (Estados Unidos), o psicólogo Ulric Neisser percebeu que a média do quociente intelectual (QI) das crianças americanas havia subido mais de 20 pontos nos últimos 50 anos. O pesquisador atribuiu o progresso aos estímulos na primeira infância, já que as mudanças sociais, como a admissão da mulher no mercado de trabalho, resultaram no ingresso das crianças mais precocemente nas escolas e creches, onde teriam recebido estímulo necessário ao seu melhor desenvolvimento.

A educação infantil será oferecida em creches para crianças com idade de até três anos de idade (art. 30, inc. I, da LDB); e em pré-escolas para crianças com quatro e cinco anos (art. 30, inc. II, da LDB c/c art. 1º, da EC nº 53/2006).

À parte os benefícios promovidos pela educação infantil no desenvolvimento da criança, a sua conclusão não constitui requisito para o acesso ao Ensino Fundamental (art. 31 da LDB), como ocorre no Ensino Fundamental em relação ao Ensino Médio. Isso se justifica por dois motivos: primeiro, por ser o Ensino Fundamental obrigatório, motivo pelo qual não se podem criar obstáculos à sua matrícula e ao seu acompanhamento; e, segundo, porque o poder público nem sempre tem se mostrado capaz de oferecer vagas suficientes a todas as crianças. Nesse aspecto, já há julgados pertinentes à garantia de tal direito:

> ”APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGAÇÃO DE INGERÊNCIA AFASTADA. VERBA HONORÁRIA. ISENÇÃO DO ESTADO OU MUNICÍPIO. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. MUNICÍPIO. CABIMENTO. Nos termos do inc. IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como inc. IV do art. 208 da Constituição Federal, é dever do poder público assegurar atendimento em creche ou pré-escola, porquanto se trata de direito fundamental social inerente a qualquer criança. A administração pública, que prima pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, não pode se escudar na alegada discricionariedade para afastar do Poder Judiciário a análise dos fatos que envolvem eventual violação de direitos. **TJRS**. Apelação Cível n.º 70034118786. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível”.

O fato de o ensino infantil não ser obrigatório não significa que o Poder Público pode se escusar de oferecê-lo. Por lei, a família não é obrigada a matricular a criança em creche ou pré-escola, mas, se o fizer, o Poder Público tem obrigatoriedade de atendê-la.

De acordo com tabela desenvolvida pela Unicef [6], em 2006, no Brasil, apenas 15,5% das crianças com idade não superior a três anos e 76% com idade entre quatro e seis anos tinham acesso à educação infantil:

Regiões	Crianças matriculadas em creches ou pré-escola	
	Idade entre 0 a 3 anos	Idade entre 4 a 6 anos
Centro-Oeste	11,5%	67,0%
Nordeste	13,3%	80,4%
Norte	8,0%	64,2%
Sudeste	19,2%	80,9%
Sul	18,3%	66,4%
Brasil	15,5%	76,0%

Apesar de o direito à educação ainda não ser garantido a todas as crianças, de 2001 a 2006, o índice de crianças com acesso à educação em pré-escolas (com idade entre 4 e 6 anos) subiu de 65,6% para 76%, ultrapassando a marca de 10 pontos percentuais em apenas cinco anos.

O papel do Promotor de Justiça para a proteção desse direito passa por exigir do poder público a oferta de vagas em centros de educação infantil (creches), conforme determina o art. 54, inc. IV, do Estatuto.

Outra demanda bastante comum ocorre em função do fechamento das creches nos meses de férias escolares. É dever do poder público manter as creches abertas em julho e entre dezembro e fevereiro, por entender que a formação educacional da criança é contínua, e também para viabilizar o trabalho dos pais ou responsáveis, que não deixam de trabalhar nesses períodos.

O ensino noturno ao adolescente trabalhador

A Constituição Federal de 1988 previu como dever do Estado oferecer vagas de ensino noturno regular adequado às condições do educando (art. 208, inc. VI), para que o adolescente trabalhador não abandone a escola. O Estatuto da Criança e do Adolescente limita-se a repetir os termos da Carta Magna, em seu art. 54, inc. VI:

> ”Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
> […];
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador”.

Em princípio, podem frequentar a grade noturna estudantes que já tenham idade mínima para o trabalho, qual seja, 16 anos, nos moldes do inc. XXXIII do art. 7º da Constituição da República. No entanto, o adolescente maior de 14 anos de idade que tiver firmado contrato de aprendizagem também será autorizado a cursar o ensino noturno, recorrendo-se à tutela jurisdicional se a matrícula lhe for negada [7)].

Alguns autores defendem que a matrícula em curso noturno seja autorizada também a alunos que ainda não completaram 16 anos, mas que têm idade elevada em relação à série que estão cursando. Eles alegam que uma grande diferença de idade pode trazer constrangimentos ao adolescente e levá-lo a abandonar a escola. Mesmo a prioridade sendo para o ensino regular diurno, entende-se que, nesses casos, deve-se facultar ao adolescente a opção de ensino noturno ou de cursar Educação de Jovens e Adultos (EJA).

O ensino noturno é matéria controvertida na doutrina jurídica e, principalmente, na literatura da pedagogia. Em reportagem publicada na Revista Educação, Castilho e Castro denunciam que

> “[…] os alunos do ensino médio noturno vivem diante de uma mentira: a garantia legal da mesma qualidade do curso diurno” [8)].

Segundo os autores, as condições nas quais o ensino noturno é oferecido hoje tornam impossível o cumprimento da carga horária exigida por lei, resultando em perda de conteúdo e de qualidade. Rose Neubauer, com base na sua atuação como Secretária da Educação do Estado de São Paulo entre 1995 e 2002, endossa esse ponto de vista e confessa que o rendimento dos alunos do período noturno é muito menor se comparado com o do diurno, declarando ainda que

> “[…] os alunos da mesma série do noturno têm no mínimo um ano de evasão de conteúdo em relação ao diurno” [9)].

A Fuvest, fundação que organiza o vestibular da Universidade de São Paulo (USP) e de outras entidades de ensino superior, estampa esse quadro de exclusão:

> “Apenas 398 (3,5%) dos 11.402 alunos matriculados em 2004 estudaram exclusivamente à noite – percentual quase quatro vezes inferior ao de inscrições (12,4%) de oriundos do noturno em relação ao total” [10)] .

Essa disparidade revela a falta de perspectiva dos estudantes do período noturno, além da baixa autoconfiança. Apesar de representarem 43% dos alunos do ensino médio público no Brasil, nem sequer se arriscam a entrar

em uma universidade como a USP[11].

Por outro lado, os defensores da educação noturna a classificam como um mal necessário, pois a realidade social brasileira impõe a meninos e meninas que se lancem no mercado de trabalho e cumpram longas jornadas por baixos salários. A maior parte desses adolescentes trabalha por necessidade e não por desejo próprio. Por esse motivo, a não-oferta de educação noturna certamente aumenta a evasão escolar e diminui de forma ainda mais acentuada as oportunidades. O mais importante, portanto, é que o Promotor de Justiça diligencie no sentido de garantir o ensino na modalidade mais adequada ao caso.

O processo educacional

Já no séc. XVIII, o pensador alemão Immanuel Kant apontava a necessidade de que a instituição "escola" fosse revista. Tal necessidade permanece ainda hoje. Disse o filósofo:

> "É por isso que se mandam as crianças à escola: não tanto para que aprendam alguma coisa, mas para que se habituem a estar calmas e sentadas e a cumprir escrupulosamente o que se lhes ordena, de modo que depois não pensem mesmo que tem de pôr em prática as suas idéias"[12].

Nos termos da LDB (Lei nº 9.437/96):

> "[...] a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (art. 1º da LDB)".

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, determina, no processo educacional:

> "[...] respeitar- se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (art. 58, do ECA)".

Pela leitura conjunta dos dois dispositivos mencionados, o processo educacional não pode ser mecânico, automático, desligado da realidade que cerca a criança e o adolescente. A estes deve ser garantida uma educação livre e plena, em que se sintam estimulados a criar, questionar e pensar por si próprios.

Porém, o que se observa é o gritante desinteresse do estudante pela escola e uma distância enorme entre o estabelecimento educacional e a família. É possível cogitar que a escola vem sendo renegada porque, em geral, seus profissionais não são devidamente valorizados, qualificados e apoiados por seus empregadores.

O antigo método de memorização não tem espaço numa sociedade com meios de comunicação tão velozes. A criança e o adolescente de hoje pertencem à era *Google*, já nascem com acesso ao computador e à internet, são mais ágeis do que a criança de outrora. As propostas pedagógicas deveriam pensar nesse novo perfil, e não reproduzir métodos antigos.

Outro entrave é o tratamento dado ao magistério no Brasil. Os salários irrisórios, a precariedade das escolas públicas, a total insegurança e tantas outras razões afastam o professor da sala de aula. Dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) apontam déficit de 771 mil professores na rede pública [13].

Ainda quanto ao processo pedagógico, por disposição do parágrafo único do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito dos pais ou do responsável ter ciência dos processos pedagógicos, além de participar das propostas educacionais, visando à qualidade do ensino a que seus filhos estão submetidos.

Nesse ponto, seria importante que o Promotor de Justiça estimulasse a participação dos pais no processo pedagógico e que a escola se abrisse mais à participação da comunidade, inserindo-a mais efetivamente na

rede de proteção. Quem sabe uma palestra ou uma audiência pública não seriam um bom começo?

O direito à cultura, ao esporte e ao lazer

Entre os vários deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e o adolescente, a Constituição Federal de 1988 determinou-lhes ainda a obrigação de assegurar o acesso a cultura e lazer. O Estatuto da Criança e o Adolescente determinou como atribuição dos municípios, com apoio dos Estados e da União, o estímulo e a destinação de recursos para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas a infância e juventude.

Nunca é demais lembrar que a criança e o adolescente caracterizam-se como pessoas em desenvolvimento e, em razão dessa condição peculiar, recursos como arte, educação e cultura servem para fortalecer sua personalidade e sustentar as bases de sua formação.

O esporte, a arte e a cultura devem ser pensados hoje em dia como alternativa e estratégia de inclusão social para conquistar os meninos e meninas que o tráfico de entorpecentes arregimenta. Todos os atores do sistema de proteção e da rede de atendimento devem sempre ter em mente que o tráfico remunera bem melhor do que qualquer bolsa governamental e oferece ao adolescente uma função, uma importância, um posto dentro do sistema - criminoso, mas ainda assim um sistema. É um projeto para a vida, muitas vezes vazia, que gera sentimento de pertença. Na maioria das vezes, a rede de proteção não consegue despertar esse sentimento, e o aluno não permanece nos espaços onde se deseja que ele fique; na escola, por exemplo. A atividade esportiva têm especial importância na sociedade brasileira e pode ser aplicada como um poderoso instrumento de inclusão social, mas deve ser adequada à faixa etária e respeitar a condição peculiar de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de disciplinar a questão no Título III da parte geral, intitulado “Da Prevenção”, que conta com os seguintes dispositivos:

> ”Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação”.

O órgão competente a que se refere o art. 74 é o Ministério da Justiça, que disciplina a classificação indicativa por meio do Manual da Nova Classificação Indicativa, aprovado pela Portaria nº 8, de 6 de julho de 2006, disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça[14]. Nem todos os tipos de diversão pública são classificados diretamente pelo Ministério da Justiça. A classificação indicativa ocorrerá de modo direto nas diversões públicas indicadas no art. 3º da Portaria nº 1.100/2006: “[...] I - cinema, vídeo, DVD e congêneres; II - jogos eletrônicos e de interpretação (RPG)”.

Não estão sujeitas à análise de conteúdo pelo Ministério da Justiça as diversões públicas exibidas ao vivo, como:

> ”“[...] I - espetáculos circenses;
> II - espetáculos teatrais;
> III - shows musicais;
> IV - outras exibições ou apresentações públicas ou abertas ao público” (art. 4º da Portaria nº 1.100/2006).

Nesse caso, é comum as Portarias serem expedidas pelos Juízes da Infância e Juventude de cada Comarca.

Ainda sobre o tema, o art. 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> ”Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.
> Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável”.

O teor do parágrafo supracitado tem causado divergências de interpretação. Ainda que acompanhada de seus pais, a criança menor de 10 anos poderá assistir apenas a espetáculos próprios a sua idade. Não tem sentido o entendimento de que, na companhia dos pais, em razão do poder familiar, estaria dispensado o rigor da classificação indicativa do Ministério da Justiça. A ninguém, nem aos pais, é facultada a possibilidade de submeter crianças e adolescentes a conteúdos impertinentes. O poder familiar não é absoluto, portanto, os pais ou responsáveis não estão autorizados a expor seus filhos a conteúdos classificados como impróprios para a faixa etária, mesmo que o considerem inofensivos.

O texto estatutário só permite crianças com idade inferior a 10 anos em locais de apresentação se estiverem acompanhadas dos pais, mesmo que o evento tenha classificação livre.

> ”Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.
> Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

O horário de exibição é igualmente disciplinado pelo Ministério da Justiça, que lista a classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres por meio da Portaria nº 1.220, de 11 de julho de 2007, disponível na página eletrônica do Ministério da Justiça.

O anúncio de programas sem classificação indicativa é infração administrativa indicada no art. 253; já a exibição de programa em horário considerado inadequado acarreta a infração administrativa do art. 254, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Outro dispositivo do Estatuto trata da locação de vídeos.

> ”Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.
> Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam”.

A venda ou a locação de fita VHS ou DVD, a crianças ou adolescentes, sem obedecer a classificação etária, resulta na infração administrativa prevista no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os arts. 78 e 79 do ECA dispõem acerca de material com conteúdo impróprio:

> ”Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.
> Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca”.

A desobediência às determinações do caput e do parágrafo único do art. 78 implica a infração administrativa descrita no art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A imposição de lacrar o material impróprio não se confunde com censura, pois as publicações, devidamente embaladas, podem ser comercializadas normalmente a quem possua idade para tanto.

> ”Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Assim, como ocorre com a desobediência ao artigo anterior, a inobservância das determinações do art. 79 – publicar ilustração, fotografia, legenda, crônica ou anúncios com conteúdo impróprio em material destinado ao público infantojuvenil – repercute na infração administrativa indicada pelo art. 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E finaliza o Estatuto, quanto à prevenção, no lazer:

> ”Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congênere ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público”.

A entrada ou permanência da criança e do adolescente nos estabelecimentos indicados pelo art. 80, independentemente se acompanhadas ou não dos pais, enseja a infração administrativa descrita no art. 258 do Estatuto. Verifica-se a importância do trabalho do Promotor de Justiça na fiscalização das opções de cultura e lazer oferecidas a crianças e adolescentes nas Comarcas, de modo que estejam livres de qualquer conteúdo contrário à sua formação.

---

[1] O PISA é um programa internacional de avaliação comparada, cuja principal finalidade é produzir indicadores sobre a efetividade dos sistemas educacionais, avaliando o desempenho de alunos na faixa dos 15 anos (idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países). O programa é desenvolvido e coordenado internacionalmente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no Brasil, a coordenação regional ficou a cargo do INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

[2] SAYED, Alexandre. Carência de professores de ciências atrasa o desenvolvimento econômico do Brasil. **Revista Educação**. São Paulo, n. 95, mar/2005.

[3] “Art. 46 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

[4] AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Cursode direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 51-52.

[5] AMIN, 2007, p. 52.

[6] UNICEF Brasil. **Situação Mundial da Infância 2008**: Caderno Brasil. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_11319.htm> Acesso em: 26 jul. 2008.

[7] AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral e Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (coord.). **Cursode direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 53.

[8] CASTILHO, Alceu Luís; CASTRO, Fábio de. **Ensino noturno**: a marca da desigualdade. Agência Repórter Social. Disponível in: <http://www.reportersocial.com.br/noticias. asp?id=1193>. Acesso em: 31 jul. 2008.

[9] , [10] , [11] CASTILHO; CASTRO, 2006.

[12] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Lisboa, 1995.

[13] SAYED, 2005.

[14] Disponível em: <http://www.mj.gov.br/classificacao>. Acesso em: 04 ago. 2008.

4.6.8. O direito à profissionalização

O trabalho infantojuvenil constitui uma antiga e arraigada realidade brasileira, uma vez que nossa sociedade sempre o concebeu como solução, e não como problema, como ele realmente se evidencia. Essa concepção vem mudando de forma muito lenta e tem sido combatida pela inovação legislativa. Estamos num contexto em que as normas de proteção do trabalho infantil já fazem parte do direito posto. Falta, porém, empenho no efetivo cumprimento dessas normas.

O adolescente é um ser em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sociocultural, de forma que o trabalho não deve prejudicar seu crescimento regular, por isso se exige que até certo limite de idade não se afaste da escola e do lar, onde se espera que receba orientações necessárias a sua formação e integração na sociedade. Estudos têm mostrado que o trabalho prematuro ou em condições impróprias acarreta lesões irreparáveis e reflexos danosos.

A regulamentação do trabalho eventualmente exercido por crianças e por adolescentes visa a assegurar a plena fruição de outros direitos que lhes são essenciais, como saúde, lazer, educação e convivência familiar e comunitária.

Os principais fundamentos da proteção do trabalho da criança e do adolescente são:

- a) de ordem cultural: o adolescente deve poder estudar, qualificar-se, ter pleno acesso ao descanso e ao lazer; pesquisas mostram que a entrada prematura no mercado de trabalho enseja o abandono dos estudos, implicando um cidadão com pouca formação;
- b) de ordem moral: o menor deve ser proibido de trabalhar em locais que prejudiquem sua moralidade;
- c) de ordem fisiológica: o menor não deve trabalhar em local insalubre, penoso, perigoso, ou à noite, para que possa se desenvolver da melhor maneira possível;
- d) de ordem de segurança: o menor deve ser resguardado com normas de proteção, para que se evitem acidentes de trabalho, justamente em razão de sua pouca experiência de vida.

A regra geral contida no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição da República, é a de que o trabalho é proibido para os menores de 16 anos. Na condição de aprendiz, o trabalho poderá ser iniciado pelos maiores de 14 anos. Trabalho noturno, perigoso ou insalubre é vedado a menores de 18 anos.

Não obstante o ingresso no mercado de trabalho aos 16 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante ao adolescente o direito à profissionalização e à proteção do seu trabalho, devendo ser respeitada sua condição peculiar de pessoa em formação e observada sua capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (art. 69 do ECA).

A atividade a qual o menor de 18 anos se dedicará deverá se afigurar como forma de qualificação. Para materializar esse direito, o Estatuto previu duas figuras: a aprendizagem e a formação técnico-profissional (art. 62 do ECA).

A aprendizagem encontra disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas, que determina a assinatura de contrato de aprendizagem (contrato de trabalho especial), a respectiva anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência à escola, caso o aprendiz não tenha concluído o Ensino Fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (art. 428, §1º, da CLT).

A educação técnico-profissional é indicada no art. 39 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação e se propõe a cumprir os objetivos da educação nacional, integrando-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia. Quanto à formação técnico-profissional, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu os seguintes princípios:

> "[...] I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;

> II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;
> III - horário especial para o exercício das atividades" (art. 63 do ECA).

Ao trabalho do aprendiz, por sua vez, são assegurados direitos trabalhistas e previdenciários (art. 65 do ECA).

Tanto na figura da aprendizagem quanto na da formação técnico-profissional, o trabalho educativo e a atividade laboral devem obedecer às exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando, de modo que prevaleçam sobre o aspecto produtivo (art. 68, §1º, do ECA). O contrato de aprendizagem é disciplinado nos arts. 424 a 433 da CLT, com as modificações da Lei nº 10.097/2000.

A remuneração que o adolescente receber pelo trabalho ou pela participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura de modo algum o seu caráter educativo (art. 68, § 2º, do ECA). As disposições concernentes ao trabalho do adolescente encontram disciplina na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), nos arts. 402 a 441, sob o título "Da proteção ao trabalho do menor", devendo seus dispositivos, contudo, ser interpretados à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Algumas disposições da CLT merecem destaque. O art. 405, em seu § 31º, considera prejudicial à moralidade do adolescente o trabalho:

> "a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, *dancings* e estabelecimentos análogos;
> b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
> c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;
> d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas".

As atividades indicadas nas alíneas "c" e "d" não poderão ser executadas pelo adolescente, enquanto as das alíneas "a" e "b" são admitidas se autorizadas pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude (art. 406 da CLT).

O empregador ou o estabelecimento que contratar adolescente é obrigado a conceder-lhe o tempo que for necessário para a frequência às aulas (art. 427 da CLT). O empregado adolescente que ainda estudar terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (art. 136, § 2º, da CLT).

Sabe-se que a realidade financeira das famílias brasileiras faz com que crianças e adolescentes se lancem ao mercado de trabalho. Entretanto, o trabalho precoce, por meio das longas jornadas de trabalho e das péssimas condições, gera problemas de saúde e aumenta os índices de mortalidade, além de criar um ciclo vicioso para a família carente.

Deve-se tomar cuidado extremo quando se trata da profissionalização de adolescentes. Normalmente, aqueles que discursam muito acerca do trabalho como saída para os problemas da infância e da juventude são os mesmos que mantêm seus filhos em boas escolas e universidades, até que, já adultos, possam ingressar no mercado econômico qualificados.

O trabalho nessa faixa etária contribui drasticamente para a evasão escolar, de modo que esse trabalhador ficará condenado para sempre a ocupar postos mais humildes em razão da falta de graduação. É preciso estar atento a tal mecanismo.

Não existe a menor pertinência jurídica em alvarás expedidos por Juízes de Direito autorizando o trabalho de adolescentes com idade inferior à estipulada em lei. Trata-se de aviltamento às garantias que devem ser asseguradas a esta pessoa em desenvolvimento. Se a questão é financeira, que a família seja dignamente remunerada e empregada, mas não a criança ou o adolescente.

Em 12 de junho de 2008, Dia Mundial de Combate ao Trabalho Infantil, foi promulgado o Decreto nº 6.481, regulamentando os arts. 3º, alínea "d", e 4º da Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação. Esse

ato normativo lista as atividades que, em razão de sua periculosidade e insalubridade, são proibidas para todos os menores de 18 anos (o Decreto pode ser encontrado no sítio da Presidência da República)[1)]

A erradicação do trabalho infantil tem certa interface com a atuação do Ministério Público do Trabalho. A fiscalização para responsabilizar o empregador que afronta a lei é do Ministério do Trabalho, que pode aplicar multas. Detectada tal anomalia, o Ministério Público do Trabalho será informado para tomar providências no sentido de responsabilizar o empregador e fazer com que ele cesse a atividade ilegal.

A questão relativa à proteção do adolescente ou da criança compete ao sistema de garantias, aí entendido o Conselho Tutelar, o CMDCA, o Promotor de Justiça e o Juizado da Infância. Não raro, aquele adolescente empregado com afronta à legislação está em situação de risco e deve ser abrigado pelas medidas de proteção atinentes.

O Ministério do Trabalho costuma informar ao Promotor de Justiça e ao Juiz de Direito ao detectar situações de trabalho ilegal envolvendo crianças e adolescentes, justamente para verificarem se há situação de risco e aplicarem medidas de proteção. A criança e o adolescente que trabalham indevidamente podem ter problemas de saúde, por isso devem ser encaminhados aos serviços judiciais.

[1)] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm>. Acesso em: 30 ago. 2008.

4.7. O Promotor de Justiça e o ato infracional

O art. 228 da Carta Magna determina a criança e o adolescente como penalmente inimputáveis, sujeitos à Lei nº 8.069/1990, legislação especial que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. A inimputabilidade não se limita à capacidade de discernimento do adolescente, ao contrário; esse tratamento diferenciado é fruto da evolução histórica dos direitos humanos, ainda que defensores da redução da maioridade penal fixem aí a defesa de seu ponto de vista.

Aos que acompanham a corrente pró-menoridade, recomenda-se a leitura do fragmento abaixo, transcrito da nota pública redigida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em solidariedade à família do menino João Hélio, brutalmente assassinado, aos 6 anos de idade, na capital do Rio de Janeiro:

> "Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe os adolescentes a mecanismos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias ultrapassam 60% enquanto no sistema sócio-educativo situam-se abaixo de 20%;
> A maioria dos delitos que leva os adolescentes à internação não envolve crimes contra a pessoa e, assim sendo, utilizar o critério da faixa etária penalizaria o infrator com 16 anos ou menos, que compulsoriamente iria para o sistema penal, independente da gravidade do ato;
> A redução da idade penal não resolve o problema da utilização de crianças e adolescentes no crime organizado. Se reduzida a idade penal, estes serão recrutados cada vez mais cedo;
> É incorreta a afirmação de que a maioria dos países adota idade penal inferior a 18 anos. Pesquisa realizada pela ONU (Crime Trends) aponta que em apenas 17% das 57 legislações estudadas a idade penal é inferior a 18 anos;
> Por outro lado, é errônea a idéia de que o problema da violência juvenil em nosso país é mais grave, uma vez que a participação de adolescentes na criminalidade é de 10% do total de infratores (pesquisa do ILANUD). No Brasil, o que se destaca é a grande proporção de adolescentes assassinados (entre os primeiros lugares no ranking mundial), bem como o número elevado de jovens que crescem em contextos violentos"[1)].

Nessa linha, em razão da etapa da vida em que o adolescente se encontra, são maiores as suas chances de redenção. Destarte, mostrando-se inegável a falência do cárcere, especialmente se considerado o sistema prisional brasileiro, o legislador optou por responsabilizar o adolescente em vez de apenas puni-lo, opção que demanda a aplicação de medidas de caráter pedagógico.

Do campo teórico, o ato infracional é definido pelo texto estatutário conforme a "[...] conduta descrita como crime ou contravenção penal" (art. 103), ou seja, é o ato que se encontra tipificado na legislação penal. Isso, entretanto, não empresta caráter penal à medida.

Da mesma forma, o procedimento para apuração de ato infracional e aplicação de medida socioeducativa possui natureza diversa dos procedimentos criminais em respeito à condição peculiar do adolescente, já que eles deveriam se alicerçar em um processo pedagógico.

Quando provocado por questões do universo do ato infracional, o membro do Ministério Público deverá ao longo de todo o procedimento zelar pelo respeito aos direitos e às garantias individuais do adolescente, especialmente aquelas arroladas no texto constitucional.

Não obstante as garantias processuais conferidas ao adulto serem sempre extensíveis ao adolescente, especialmente aquelas do art. 5º da Constituição Federal, o constituinte optou por reforçá-las, impondo nos incs. IV e V do § 3º do art. 227 outras duas exclusivas:

> "Art. 227. [...]
> § 3º [...].
> IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

> V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade".

No campo da legislação infraconstitucional, as garantias individuais (arts. 106 a 109) e processuais (arts. 110 e 111) do adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional são objeto da Lei nº 8.069/90, e sua observação deverá ser tão rigorosa quanto aquelas constitucionalmente relacionadas. Defendendo que os direitos e as garantias ao adolescente podem partir do Estatuto interpretado conforme a Constituição, Rosa aponta que podem ser observadas as seguintes modificações procedimentais:

> "a) direito de defesa técnica, com tempo e meios adequados, inclusive na remissão; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória; c) direito de recorrer em liberdade; d) direito a um Juiz natural e competente; e) direito à ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação da *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em relação ao eventual autor do ato infracional; j) direito de jurisdicionalização da Execução da medida socioeducativa; l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes; m) prescrição da medida socioeducativa; n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo; o) direito de não ficar internado provisoriamente por mais de quarenta e cinco dias; p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança; q) não-utilização de provas produzidas fora do princípio do contraditório; r) assistência médica, social, psicológica e afetiva; e s) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada"[2)].

Primeiras considerações

Ao receber notícias de prática de ato infracional, antes de qualquer medida o Promotor de Justiça deverá observar se:

- a) a Justiça da Infância e da Juventude é competente para a análise e o processamento do feito (art. 147, §1º, do ECA);
- b) se a conduta praticada se equipara a um tipo penal (art. 103 do ECA);
- c) se a autoria está sendo imputada a adolescente com idade compreendida entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) incompletos (art. 2º do ECA).

Caso a apuração de veracidade da notícia não pertença a Justiça da Infância e Juventude, o Promotor deverá encaminhá-la a quem de fato seja pertinente. Por outro lado, se a conduta averiguada não caracterizar infração penal – ou seja, não configurar prática de ato equiparado ao fato típico e antijurídico -, deverá proceder ao arquivamento, nos moldes do que disciplina o art. 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, se a conduta estiver sendo atribuída à criança (até 12 anos incompletos), deverá enviar a questão ao Conselho Tutelar (art. 136, I, do ECA), ou, na falta deste, à autoridade judiciária competente (art. 262 do ECA), que adotará dentre as medidas protetivas do art. 101 a mais aconselhável ao caso concreto.

- 4.7.1. A apresentação do adolescente
- 4.7.2. O arquivamento da notícia de ato infracional
- 4.7.3. A remissão ministerial
- 4.7.4. A representação à autoridade judiciária
- 4.7.5. As audiências de apresentação e em continuação

- 4.7.6. A aplicação de medida socioeducativa
- 4.7.7. O recurso

---

[1] A nota completa está disponível em: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/noticias/ultimas_noticias/not160207>. Acesso em: 06 jun. 2008.

[2] ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163-168.

4.7.1. A apresentação do adolescente

A notícia do cometimento de ato infracional pode ser recebida pelo representante do Ministério Público de formas distintas. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três situações em que o adolescente a quem for atribuída autoria de ato infracional deve comparecer à presença do Promotor de Justiça:

- a) o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional é liberado diante da presença de seus pais ou responsável, após a assinatura de termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público (art. 174 do ECA);
- b) o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça não é liberado (art. 173 do ECA), sendo imediatamente encaminhado ao representante do Ministério Público juntamente com cópia do auto de apreensão ou do boletim de ocorrência (art. 175 do ECA). Não sendo possível o encaminhamento imediato do adolescente ao representante do Ministério Público, a autoridade policial deverá fazê-lo no prazo máximo de 24 horas (art. 175, § 1º);
- c) não ocorre o flagrante do ato infracional, mas é informada a sua prática. Após a adoção das medidas que lhe competem, a autoridade policial remeterá o relatório das investigações e os demais documentos ao representante do Ministério Público (art. 179 do ECA), o qual expedirá notificação para apresentação do adolescente. Caso o adolescente não se apresente, seus pais serão notificados para apresentá-lo, podendo ser requisitado o auxílio das polícias civil e militar se necessário (art. 179, parágrafo único).

Recebido o adolescente por qualquer uma das três modalidades acima descritas, o membro do Ministério Público procederá à oitiva informal do adolescente, de seus pais ou responsáveis, da vítima e das testemunhas (art. 179 do ECA).

Caso o adolescente se encontre provisoriamente internado, o Promotor de Justiça deverá analisar a possibilidade de liberação, manifestando expressamente a sua opinião, zelando pela celeridade de todo o procedimento.

Nessa primeira oitiva, o Promotor de Justiça deverá informar ao adolescente e a seus pais ou a seu responsável a natureza do procedimento, o ato infracional a ele imputado, seus direitos e suas garantias.

Após, conforme determina o art. 180, o Promotor de Justiça deverá, em cada caso, optar por:

> "[...]
> I - promover o arquivamento dos autos;
> II - conceder a remissão; ou
> III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa",

opções que serão pormenorizadas nos tópicos a seguir.

4.7.2. O arquivamento da notícia de ato infracional

Em analogia ao que é determinado à autoridade judiciária pelo art. 189, o arquivamento dos autos deverá ser determinado na hipótese de estar provada a inexistência do fato, de não haver prova da existência deste, do fato não se constituir em ato infracional, de não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional, ou, ainda, em outras situações em que o Promotor de Justiça julgar cabível.

Optando pelo arquivamento, o Promotor de Justiça deverá fazê-lo por meio do termo de arquivamento, documento composto pelo relatório dos fatos apurados e pelos motivos de fato e de direito que consubstanciaram sua decisão (art. 181, *caput*, do ECA).

Após, os autos conclusos deverão ser remetidos à autoridade judiciária competente, no caso o Magistrado vinculado à Justiça da Infância e Juventude, o qual apreciará o pedido de homologação do arquivamento (art. 181, *caput*, do ECA).

Homologado o arquivamento, os autos serão arquivados (art. 181, §1º, do ECA). Contudo, caso a autoridade judiciária discorde do pedido, despachará expondo as razões da negativa e remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º, do ECA).

O Procurador-Geral de Justiça, por sua vez, poderá oferecer pessoalmente a representação, designar outro membro do Ministério Público para tanto, ou, ainda, ratificar o arquivamento, decisão que, em face da soberania do Ministério Público, será imposta à autoridade judiciária, que não poderá recusar nova homologação (art. 181, §2º, do ECA).

A decisão que homologa o arquivamento, independentemente de ser feita por requerimento do Promotor de Justiça ou por confirmação do Procurador-Geral de Justiça, tem natureza jurídica de sentença declaratória, haja vista que seu julgamento confirma o ato administrativo ministerial.

4.7.3. A remissão ministerial

Ao inserir a possibilidade de o Ministério Público extinguir o procedimento para apuração de ato infracional, a Lei nº 8.069/90 almejou sanar os efeitos negativos que o procedimento judicial pudesse acarretar ao adolescente e evitar sua estigmatização – desde que as circunstâncias e as consequências do fato, o contexto social e a personalidade do adolescente assim indiquem (art. 126, *caput*).

A remissão ministerial, estabelecida nos arts. 126, 201, I, e 180, II, distingue-se da remissão judicial (art. 188 do ECA) por ser conferida antes mesmo de iniciada, motivo pelo qual exige homologação da autoridade judiciária, tal como ocorre com o arquivamento (art. 181 do ECA). No entanto, independentemente da modalidade, a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (art. 127 do ECA).

Da mesma forma como ocorre na decisão pelo arquivamento dos autos, a autoridade judiciária poderá discordar da remissão, oportunidade em que remeterá os autos, junto de despacho fundamentado, ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2º).

De igual modo, o Procurador-Geral de Justiça poderá oferecer a representação, designar outro membro do Ministério Público que o faça, ou ratificar a remissão, decisão que se sobrepõe à vontade do Juiz, a que fica obrigado a homologar (art. 181, § 2º, do ECA).

Uma questão, entretanto, é controversa na doutrina e na jurisprudência: embora o art. 127 autorize o *Parquet* a conceder a remissão mediante cumprimento de uma das medidas previstas no Estatuto, questiona-se se o legislador não teria equivocadamente lhe conferido o poder decisório exclusivo do Poder Judiciário[1], com exceção das medidas socioeducativas nas modalidades de colocação em regime de semiliberdade e internação (art. 127).

A discussão era tamanha que ensejou a publicação da Súmula nº 108, do Superior Tribunal de Justiça:

> "A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz".

Apesar da vigência da súmula supracitada, não são raras as decisões em que o próprio Superior Tribunal de Justiça decide de forma contrária, entendendo não haver constrangimento ilegal na remissão cumulada com medida socioeducativa oferecida pelo Ministério Público[2].

Ademais, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente impôs, em seu art. 181, a necessidade da homologação judicial da remissão ministerial,

> "[...] implicitamente afirma que será o Juiz de Direito quem, homologando a transação efetuada, estará aplicando a medida socioeducativa ajustada entre as partes"[3].

O TJMG abriga decisões em ambos os sentidos. Vejamos:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO - CUMULAÇÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional, inviável a cumulação destas com a remissão proposta pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige respeito ao devido processo legal, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. TJMG. Processo n.º 1.0024.07.351428-3/002 (1). Relatora: MÁRCIA MILANEZ. Data do Julgamento: 05.05.2009. Data da Publicação: 29.05.2009.
> ECA - REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL - SUA CONCESSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO - CUMULAÇÃO DA REMISSÃO COM APLICAÇÃO CONDICIONADA DE MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA - VIABILIDADE - ART.127 DO ECA - AUSÊNCIA DE CONFLITO DESTE COM O ART.5º, INC.

> LIV, DA CF/88 - INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSEQÜENTE LEGALIDADE E OPORTUNIDADE DA CUMULAÇÃO. Nada impede a cumulação da remissão pré-processual (ECA, art.126) com a aplicação condicionada de medida socioeducativa (ECA, art.127), excetuadas as que impliquem privação de liberdade do menor ou adolescente, cabendo ao Ministério Público conceder a primeira, e, ao Judiciário, homologá-la e aplicar a segunda, -esta de sua competência exclusiva. **TJMG**. Processo n.1.0035.05.051155-5/001 (1).Relator: HYPARCO IMMESI. Data do Julgamento: 05.07.2007.Data da Publicação: 24.07.2007".

À semelhança da decisão que homologa o arquivamento, a homologação da remissão é materializada por meio de sentença declaratória confirmativa do ato administrativo executado pelo Ministério Público.

Independentemente das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, é importante ter em mente que a remissão ministerial, quando condicionada ao cumprimento de medida socioeducativa, fica caracterizada como uma proposta, de modo que a concordância do adolescente configura-se como elemento indissociável para sua concretização. Por outro lado, a recusa acarreta no consequente "[...] início do procedimento contencioso com a representação dirigida ao órgão judicial"[4].

Caso haja o condicionamento da remissão ao cumprimento de medida socioeducativa, o adolescente deverá necessariamente estar acompanhado de advogado a ele nomeado, caso não tenha constituído defensor. A orientação sobre a remissão deve ser dada ao adolescente e aos seus pais ou responsáveis da forma mais explícita possível; ao contrário de forçar a aceitação da proposta, cabe ao Promotor de Justiça apontar as consequências do ato a ser perpetrado.

O último aspecto para o qual se quer chamar atenção é o caráter facultativo da medida socioeducativa. Diferentemente da pena, o art. 112 do Estatuto dispõe que a autoridade poderá aplicar as medidas. Assim, por vezes, o processo de passagem por uma delegacia de polícia, somado às orientações familiares, já são fatos mais do que suficientes para levar o adolescente a refletir sobre sua conduta sem necessitar cumprir medida socioeducativa.

---

[1] MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 770.

[2] Leia as decisões proferidas pelo STJ nos seguintes recursos: Recurso em *Habeas Corpus* nº 11.099/RJ, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça de 18 fev. 2002; Recurso Especial nº 226159/SP, da Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça de 21ago. 2000. Ainda, no Supremo Tribunal de Justiça, a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 229382, publicada no Diário de Justiça do dia 31 out. 2002.

[3] SARAIVA apud MORAES; RAMOS, 2007, p. 771.

[4] GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Art. 182. In: CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 550.

4.7.4. A representação à autoridade judiciária

Caso o Promotor de Justiça entenda que as circunstâncias e o contexto do ato infracional não permitam o arquivamento da notícia ou a concessão da remissão ao adolescente, ou ainda, se o adolescente não aceitou a proposta de remissão cumulada com a medida socioeducativa em meio aberto, deverá oferecer

> "[…] representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar mais adequada" (art. 182, *caput*, do ECA).

Conforme Garrido de Paula:

> "Se do sistema processual penal deflui o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a remissão como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o princípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator)"[1)].

A representação, portanto, é a peça processual inaugural do procedimento para aplicação de medida socioeducativa, ou seja, é "[…] o instrumento inicial de invocação da tutela jurisdicional"[2)].

O §1º do art. 182 faculta ao membro do Ministério Público a apresentação da representação sob a forma de peça escrita ou sua dedução oral em sessão instalada pela autoridade judiciária, impondo-lhe, ainda, dois requisitos formais:

- 1) a breve exposição dos fatos; e
- 2) 2) a classificação do ato infracional.

Além dos requisitos formais da Lei nº 8.069/90, deverão estar presentes as "condições da ação", quais sejam: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade para propositura de procedimento objetivando a aplicação de medida socioeducativa é exclusiva do Ministério Público (arts. 182 e 201, II, do ECA), de modo que não há que se falar em procedimento privado para apuração de ato infracional ou para aplicação de medida socioeducativa.

Contudo, o entendimento de ser o Promotor de Justiça o único legitimado não é unânime, em razão do disposto no art. 206 do ECA:

> "A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça".

Com base no artigo supracitado, algumas vítimas contratam advogados e intervêm no procedimento para aplicação de medida socioeducativa na qualidade de assistentes do Ministério Público. Independentemente da corrente adotada pelo Promotor de Justiça, caso o particular intervenha como interessado, deverá fazê-lo na mera condição de assistente, nunca como titular da representação, esta indiscutivelmente privativa do Ministério Público.

Diante das disposições da Seção V do Capítulo III do Livro Especial da Lei nº 8.069/90 – "Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente" – conclui-se não ser admissível a instauração de procedimento pela autoridade judiciária *ex officio*, sendo indispensável que o representante do *Parquet*, único legitimado, ofereça a representação para que o procedimento se instaure. Considerando o § 2º do art. 182: "[…] a representação

independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade", o interesse de agir merece um olhar cauteloso do Promotor de Justiça.

Se, no processo penal, o "[...] interesse de agir repousa nos elementos de convicção colhidos em fase anterior ao processo, de sorte a conferir idoneidade ao pedido, impedindo que o cidadão sofra os constrangimentos inerentes ao processo" [3], por que no procedimento destinado ao adolescente não lhe seria conferida a mesma precaução?

Os constrangimentos decorrentes do processo judicial atingem o adolescente com intensidade ainda maior; desse modo, sendo certa a extensão de todas as garantias constitucionais ao adolescente, o membro do Ministério Público deverá ter a precaução de utilizar com moderação a prerrogativa do parágrafo segundo.

A possibilidade jurídica do pedido na esfera estatutária, por sua vez, impede que o membro do Ministério Público formule pedido contrário à pretensão teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, é juridicamente impossível o pedido de aplicação de medida socioeducativa a criança a quem se atribua a autoria de ato infracional, uma vez que a lei reservou a ela apenas as medidas de proteção; da mesma forma, não é cabível o pedido de aplicação de medida socioeducativa em face de conduta que não se configure como ato infracional [4].

Caso o adolescente esteja provisoriamente internado, nas hipóteses do art. 175, optando pela representação, o Promotor de Justiça e o Juiz deverão concluir todo o procedimento no prazo máximo e improrrogável de 45 dias (art. 183). Recorda-se que esse prazo não será dilatado em hipótese alguma, devendo ser rigorosamente observado, sob pena de caracterização do delito tipificado no art. 235 do Estatuto.

> "Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos".

Ainda quanto ao adolescente previamente internado, o membro do Ministério Público deverá zelar para que a internação se dê em instituição adequada (art. 123 do ECA), promovendo eventuais medidas necessárias para sua remoção.

Atualmente, existe o Provimento nº 161, firmado pela Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, que disciplina a forma pela qual o Juiz de Direito responsável pela fixação da medida socioeducativa de semiliberdade ou de internação deve proceder no sentido de solicitar vaga no sistema. Os artigos pertinentes estão transcritos abaixo, sugerindo que o Promotor de Justiça requeira no autos ao Juiz que atue nos termos do disposto no referido ato normativo, se possível citando-os na petição.

> "Art. 326. Proferida a decisão que aplicar a medida de internação, provisória ou definitiva, o Juiz de Direito determinará a expedição de carta de guia, dirigida à entidade governamental ou não governamental em que a internação deva ser cumprida.
> Parágrafo único. A carta de guia conterá, necessariamente, a requisição de internação e transcrição da decisão judicial que determinou a medida, bem como outras informações influentes na urgência da liberação da vaga para a internação.
> Art. 327. O adolescente sujeito a internação em estabelecimento educacional deverá permanecer na mesma localidade ou naquela mais próxima do domicílio de seus pais ou responsável. (*Caput* do art. 327 com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).
> § 1º Na Comarca de Belo Horizonte o adolescente sujeito a internação deverá ser encaminhado ao Centro de Internação Provisória - CEIP. (§ 1º com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).
> § 2º Em se tratando de adolescente de outras Comarcas, sendo indispensável o seu encaminhamento ao CEIP, a providência deverá ser antecedida de consulta à administração daquele Centro de Internação e só efetivada após resposta favorável. (§ 2º com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).
> Art. 328. Decretada a internação do adolescente, a ser cumprida em estabelecimento administrado pelo Estado de Minas Gerais, o Juiz de Direito da Comarca de origem fará expedir a carta de guia, a ser

> encaminhada à Superintendência de Atendimento à Medidas Sócio-Educativas - SAME, da Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS, para a liberação da vaga, contendo:
> I - cópia da sentença;
> II - certidão de nascimento;
> III - relatório psicossocial;
> IV - certidão de antecedentes;
> V - histórico escolar; e
> VI - outros documentos que o Juiz de Direito entender necessários. (Caput do art. 328 com redação determinada pelo Provimento n.º 167, de 2 de julho de 2007).
> Art. 329. A carta de guia será expedida em duas vias, devendo ser encaminhada a segunda via ao Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca responsável pela internação, que determinará a autuação, iniciando o procedimento para o cumprimento da medida socioeducativa do adolescente.
> Art. 330. O Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca responsável pela internação, além da observância do art. 124, da Lei Federal n.º 8.069, de 1990, deve zelar por:
> I - manter separadamente os adolescentes, por idade e tipo do ato infracional;
> II - visitar e inspecionar a entidade; e
> III - manter cadastro individual atualizado de cada adolescente no Centro de Integração do Adolescente".

Devemos destacar que o art. 328 merece um pequeno reparo. Hoje, a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação cabe à Subsecretaria de Atendimento a Medidas Socioeducativas (SUASE), e não mais à Superintendência de Atendimento à Medidas Socioeducativas (SAME). A opção pela representação à autoridade judiciária impõe ao Promotor de Justiça o dever de se atentar para a regularidade processual, pela observação das garantias individuais e processuais e garantir o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, como se sabe, há um grande déficit com relação ao número de vagas de internação em Minas Gerais. Sendo assim, com o objetivo de provocar o CEDCA a deliberar efetivamente sobre este assunto, sugere-se que todas as vezes em que a vaga de internação não for liberada, oficie-se ao CEDCA, no sentido de informar o ocorrido à Presidência[5)].

[1)] GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Art. 182. In: CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 553.
[2)] GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 553.
[3)] GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 556.
[4)] GARRIDO DE PAULA, 2003, p. 555-556.
[5)] Endereço do CEDCA: Rua Guajajaras, nº 40, 23º andar, Centro, Belo Horizonte/MG, CEP: 30180-100.

4.7.5. As audiências de apresentação e em continuação

A ordem de citação deverá ser expedida ao adolescente e aos seus pais ou ao seu responsável, oportunidade em que serão notificados a comparecer à primeira audiência (audiência de apresentação) e lhes será dada ciência dos termos da representação (art. 184, § 1º, do ECA).

Caso os pais ou responsáveis pelo adolescente não sejam localizados, o Juiz deverá designar-lhe curador especial (art. 184, § 2º, do ECA); caso seja o adolescente que não tenha sido localizado, o Juiz deverá expedir mandado de busca e apreensão, suspendendo o procedimento até sua localização (art. 184, § 3º, do ECA).

Cabe ao membro do Ministério Público o zelo pela cientificação do adolescente e de seus pais ou responsável e pela nomeação do curador especial sempre que necessário, atentando-se ainda para a necessidade de ser nomeado advogado ao adolescente que não tiver defensor constituído (art. 186, § 3º, do ECA).

Se o adolescente não comparecer à audiência de apresentação, mesmo tendo sido devidamente notificado, será determinada nova data para a audiência e coerção por sua conduta (art. 187 do ECA).

Na hipótese de o adolescente se encontrar preventivamente internado e seus pais não terem sido localizados, se procederá à apresentação daquele, sem prejuízo da notificação dos pais (art.184, § 4º, do ECA). A audiência de apresentação terá lugar quando estiverem presentes o adolescente e seus pais ou responsável, ou, nas hipóteses dos parágrafos 2º e 4º, apenas o adolescente, acompanhado do curador especial que lhe foi designado.

Aberta a audiência, caso o adolescente se encontre preventivamente internado, o Juiz deverá primeiramente decidir sobre a manutenção da internação (artigo 184, *caput*, do ECA), observando sempre o período máximo de 45 dias estabelecido no art. 108.

A primeira audiência é a oportunidade para a oitiva do adolescente e de seus pais, bem como para solicitar a opinião de profissional qualificado sempre que necessário (art. 186, *caput*, do ECA). Ao final da audiência, tendo ouvido o representante do Ministério Público, o Magistrado poderá, de acordo com o caso concreto, decidir pela concessão da remissão judicial (art. 186, §1º do ECA), ou designar audiência de continuação (art. 186, § 2º, do ECA).

Havendo designação de nova audiência, deverá ser nomeado defensor ao adolescente sem advogado constituído, ao qual será conferido prazo de três dias a contar da audiência para apresentação de defesa prévia e rol de testemunhas (art. 186, §§ 2º e 3º, do ECA).

A segunda audiência é a oportunidade para serem ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, bem como para a juntada do relatório formulado pela equipe interprofissional (art. 186, § 4º, do ECA).

Após a instrução probatória, executadas todas as diligências necessárias, será aberto prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, para o membro do Ministério Público e, sucessivamente, o defensor do adolescente apresentarem oralmente suas alegações finais. Ao término, será proferida a decisão da autoridade judiciária (art.186, § 4º, do ECA).

Por ocasião das alegações finais, o Promotor de Justiça deverá analisar integralmente as provas trazidas aos autos, destacar a questão dos antecedentes infracionais e avaliar as condições sociais e psicológicas do adolescente.

Ao final de sua exposição, verificando a necessidade de cominação de medida socioeducativa, o Promotor de Justiça deverá indicar a que lhe parece mais adequada e os motivos para tanto, pleiteando medida privativa de liberdade apenas nas hipóteses admitidas pelo Estatuto (art. 122 do ECA).

A remissão pode ser concedida como forma de extinção ou suspensão do processo mesmo após a realização da audiência de continuação, possibilidade que se estende até que a sentença seja prolatada (art. 188 do ECA).

4.7.6. A aplicação de medida socioeducativa

Ao final da audiência de continuação, será proferida decisão pela autoridade judiciária (art. 186, § 4º, do ECA). Apurada a necessidade de responsabilização do adolescente em virtude da comprovação da prática de ato infracional, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da infração, poderá ser aplicada qualquer uma das medidas socioeducativas, isoladas ou cumuladas às medidas de proteção, estas últimas limitadas aos incisos I a VI.

As medidas socioeducativas são necessariamente aquelas indicadas nos incs. do art. 112, não se admitindo a cominação de medida diversa das ali estabelecidas.

> ”Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;
> II - obrigação de reparar o dano;
> III - prestação de serviços à comunidade;
> IV - liberdade assistida;
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional;
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”.

Quanto às medidas de proteção, admite-se aplicação de modalidade diversa da consignada nos incs. do art. 101 do texto estatutário, haja vista que seu rol é meramente exemplificativo.

> ”Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial”.

Entretanto, por determinação expressa contida no inc. VII do art. 112, o Juiz não poderá cominar as medidas protetivas de acolhimento institucional (art. 101, inc. VII) e colocação em família substituta (art.101, inc. VIII, do ECA).

Ademais, quando forem cominadas as medidas socioeducativas nas modalidades de internação ou regime de semiliberdade, o adolescente e seu defensor deverão ser intimados da sentença e de seus efeitos (art. 190, I, do ECA). Para as demais medidas, a intimação recairá unicamente na pessoa do defensor (art. 109, § 1º, do ECA).

Não obstante essas questões, a aplicação de qualquer medida em sentença é vedada em quatro hipóteses:

> ”[...]
> I - estar provada a inexistência do fato;
> II - não haver prova da existência do fato;
> III - não constituir o fato ato infracional;
> IV - não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional” (art.189, do ECA).

Conforme determina o parágrafo único do art. 189, caso o adolescente se encontre provisoriamente internado, sendo proferida sentença que reconheça uma das quatro hipóteses acima transcritas, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Quanto às entidades de cumprimento das medidas privativas de liberdade, recomenda-se que o Promotor de

Justiça visite as instalações periodicamente, apurando as condições de segurança e higiene e a existência de eventuais irregularidades.

Durante a execução da medida, o Ministério Público fica incumbido de zelar para que sejam garantidos ao adolescente todos os direitos a ele assegurados por lei.

Quando cominada medida de semiliberdade, o Promotor de Justiça deverá atentar para o cumprimento do que determina o art. 119. Se for fixada a medida de internação, deverá zelar para que seja realizada a avaliação semestral constante do art. 121, § 2º, bem como seja observado o prazo máximo de internação de três anos (art. 121, § 3º, do ECA) e o limite etário obrigatório para liberação de 21 anos (art. 121, § 5º, do ECA).

É interessante, por fim, que sejam estimuladas as medidas em meio aberto, de responsabilidade do Município, que podem surtir melhores efeitos tanto como forma de evitar a internação como meio de passagem da internação para a liberdade.

4.7.7. O recurso

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil (art. 198), impondo-lhe as seguintes modificações:

> ”I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;
> II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;
> III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor;
> IV - o agravado será intimado para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta e indicar as peças a serem trasladadas;
> V - será de quarenta e oito horas o prazo para a extração, a conferência e o conserto do traslado;
> VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;
> VII - antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;
> VIII - mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação”.

Sendo assim, contra a sentença proferida no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, o Promotor de Justiça deverá optar pelo recurso de Apelação, nos moldes do que disciplina a legislação adjetiva.

Frise-se novamente a questão da nomenclatura do recurso de Apelação. O recurso cabível é o de Apelação Cível, ou simplesmente Apelação, mas nunca será Apelação Criminal, pois tal não figura no texto do Código de Processo Civil.

4.8. O Promotor de Justiça como fiscal da lei

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta a necessidade de o Ministério Público ser ouvido em diversas oportunidades. Caso não se proceda à oitiva indicada, poderá caracterizar-se a nulidade de todo o processo.

Diante da importância das manifestações do Promotor de Justiça, nos processos e procedimentos afetos aos interesses da criança e do adolescente, o nono capítulo deste Manual destina-se à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei.

Antes de tratarmos diretamente das situações previstas na Lei nº 8.069/90, é necessário comentar as peculiaridades das atribuições típicas das atividades na modalidade de *custos legis*.

Peculiaridades da atuação na qualidade de "custos legis"

Do latim, *custos legis* significa “o guardião da lei”. Apesar de as origens históricas do Ministério Público estarem diretamente ligadas ao poder do Estado de acusar, ou seja, de promover a ação penal, após a Revolução Francesa (1789), nasceu um *Parquet* delineando a divisão dos Poderes do Estado:

> ”[…] no momento em que os reis deixam de realizar justiça pessoalmente, delegando tal função aos magistrados, surge a necessidade de um órgão fiscalizador da atuação dos juízes, o Ministério Público“[1].

O sistema processual civil brasileiro prevê duas formas de atuação do Ministério Público:

- 1) como parte, tanto no polo ativo quanto no polo passivo; e
- 2) como fiscal da lei nos demais casos (arts. 81 a 84, do CPC).

Dal Pozzo (2003, p. 688-689) aponta que a figura de um guardião da ordem legal surge no Brasil como herança do direito francês; todavia, até hoje não existe um conceito científico para a terminologia *custos legis*. Ao citar Pontes de Miranda, o autor afirma que

> ”[…] a expressão fiscal da lei apenas evita o trabalho mental de se precisar qual figura, e devemos riscá-la de toda a exposição científica”[2].

Apesar de algumas teses da doutrina processualista, a dicotomia entre parte e *custos legis* existe. Quando atua como parte, o *Parquet* assume os mesmos ônus e recebe as mesmas prerrogativas conferidas às partes, constituindo-se vértice da relação processual triangular. Ao atuar como fiscal da lei, o representante do Ministério Público perde estas características.

a) A obrigatoriedade da intervenção

De acordo com o Código de Processo Civil, quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte interessada deverá promover-lhe intimação, sob pena de nulidade do processo (art. 84, do CPC).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, determinou que nos processos que tratem de interesse da criança e do adolescente, quando não for parte, o Ministério Público atuará como fiscal da lei, sendo sua presença obrigatória, sob pena de ser reconhecida a nulidade de todo o processo (art. 202, do ECA).

Vários motivos levaram o legislador a conferir tamanha importância à intervenção ministerial na modalidade de *custos legis*. Dal Pozo[3], a respeito da matéria, entende que a imprescindibilidade da atuação do *Parquet* ocorrerá sempre porque:

>

> "1ª Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo [...];
> 2ª Quando a condição pessoal da parte torna seu direito indisponível ou disponível de forma limitada;
> 3ª Quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade de seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota da indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge;
> 4ª Quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como os interesses difusos ou coletivos)".

Diante de tudo isso, a atuação ministerial nos procedimentos atinentes à infância e juventude é evidente. Uma vez que seu representante poderá e deverá influenciar na decisão da lide, não deve ser subestimada sua atuação a título de *custos legis*.

b) A intimação

O Estatuto da Criança e do Adolescente determinou em seu art. 203 que a intimação do Ministério Público se dará necessariamente de modo pessoal.

Tal regra já encontrava igual disciplina no Código de Processo Civil, conforme se depreende da leitura do §2º do art. 236: "[...] A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente". A mesma lógica foi adotada na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8625/93), que confirma tal necessidade.

Apenas por meio da intimação pessoal está garantida a regularidade do processo; somente assim haverá certeza absoluta do conhecimento das decisões judiciais. Não há que se falar em intimação por Diário Oficial, devendo o cartório judicial remeter os autos ao Ministério Público para tomar ciência de cada decisão.

c) A falta da intervenção

Conforme exposto anteriormente, a falta da intervenção do Ministério Público, quando a lei considerá-la obrigatória, culminará na nulidade do feito, o que será declarado de ofício pelo Juiz ou a requerimento de qualquer interessado (art. 204 do ECA e arts. 84 e 246 do CPC).

O art. 246 do Código de Processo Civil indica expressamente:

> "Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.
> Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado".

Trata-se de causa de nulidade absoluta, ou seja, o vício é insanável, de modo que, por contrariar o interesse público, não é admitida sua convalidação. A autoridade judiciária deverá, assim que constatá-la, declará-la de ofício, independentemente de provocação das partes. Estas, por sua vez, poderão alegá-la a qualquer tempo, não havendo oportunidade para alegação da preclusão.

Contudo, assim como ocorre no processo civil, a declaração de nulidade não poderá beneficiar a parte que lhe deu causa (art. 243 do CPC).

Embora a lei declare que a não intervenção do *Parquet* torna nulo o feito, não se pode ignorar o fato de que parte da doutrina pretende dar-lhe nulidade apenas relativa. Machado e Tesheiner[4] defendem que, antes de declarar tal nulidade, o Juiz deveria remeter os autos ao Ministério Público, que, por sua vez, decidiria se houve ou não prejuízo dos interesses para o qual foi chamado a defender. Dessa maneira, o Ministério Público poderia optar pelo não pronunciamento da nulidade. De acordo com os autores, caberia ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário, decidir acerca da existência de interesse público ou de prejuízo decorrente de sua própria intervenção, citando o seguinte parecer:

> ”Temos-nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanabilidade do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *Parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do interesse do incapaz, que é indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *Parquet* analisar com cuidado todas as nuanças do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos)”.

Por ter atuação capaz de orientar a decisão da autoridade judiciária, espera-se que o Promotor de Justiça da Infância e Juventude prime pela intervenção em todos os atos processuais, cumprindo atribuições constitucionais e estatutárias, e não apenas os requisitos formais da lei.

d) A forma de atuação

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o Código de Processo Civil – cujas previsões lhe são aplicadas subsidiariamente (art. 152 do ECA) –, prevê condições à atuação do Ministério Público na modalidade de fiscal da lei. Determina o art. 83 do Código de Processo Civil:

> ”Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:
> I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
> II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade”.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.069/90, ao prever a intervenção obrigatória do *Parquet* nos procedimentos afetos à infância e à juventude em que não for parte, facultou-lhe vista dos autos depois das partes, permitindo-lhe ainda juntar documentos e requerer diligências (art. 202 do ECA).

As manifestações do representante do Ministério Público deverão necessariamente ser fundamentadas, conforme determinam o texto constitucional (art. 129, inc. VIII, da CF) e o estatutário (art. 205 do ECA).

As previsões estatutárias

Realizadas as ponderações imprescindíveis a respeito da atuação do Promotor de Justiça na modalidade de fiscal da Lei, passa-se a identificar as ocasiões em que o legislador estatutário previu expressamente a atuação nessa modalidade. Antes, no entanto, recorde-se a determinação do art. 202:

> “Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei”.

a) Nos procedimentos de cunho familiar

- a) Para perda ou suspensão do poder familiar: A autoridade judiciária deverá ouvir o representante do Ministério Público antes de decretar suspensão do poder familiar, independentemente de essa suspensão ser

liminar ou incidental (art. 157 do ECA). Após o prazo contestatório, tendo ou não o requerido apresentado defesa, a autoridade judiciária conferirá vista dos autos ao *Parquet* pelo prazo de cinco dias (arts. 161 e 162 do ECA).

- b) Na concessão ou revogação da guarda: o Ministério Público deverá ser ouvido para revogação ou concessão do pedido de guarda (art. 35 do ECA).
- c) Na adoção: tanto o deferimento da inscrição de criança ou adolescente em condições de serem adotados em listas de adoção quanto o deferimento da inscrição de interessados em adotar ocorrerão após a manifestação do Ministério Público (art. 50, §1º, do ECA).

b) Nas medidas socioeducativas

- a) para modificar, prorrogar ou revogar medida de liberdade assistida, deverão ser ouvidos o orientador, o defensor do adolescente e o Ministério Público (art. 118, § 2º, do ECA).
- b) em qualquer uma das hipóteses de desinternação, o Ministério Público deverá ser ouvido (art. 121, § 6º, do ECA).

c) No afastamento provisório dirigente de entidade de atendimento
Para decretar o afastamento provisório do dirigente de entidade de atendimento à criança e ao adolescente, a autoridade judiciária deverá ouvir o Ministério Público (art. 191, parágrafo único, do ECA).

d) Nos procedimentos não disciplinados pela Lei nº 8.069/90
Caso seja apurada a necessidade de, em nome da garantia do direito da criança e do adolescente, ser intentada medida judicial não correspondente a procedimento previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou em outra lei que lhe seja aplicada subsidiariamente, é facultado à autoridade judiciária investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, devendo antes, para tanto, ouvir o Ministério Público (art. 153 do ECA).

e) Nas infrações administrativas
As ações de responsabilidade pelo cometimento de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, quando interpostas por outro legitimado que não o *Parquet* (Conselho Tutelar ou servidor cadastrado – art. 194 do ECA), decorrido o prazo para a defesa, deverá ser conferida vista dos autos ao Ministério Público para manifestação (art. 196 do ECA).

f) Na apuração de irregularidade em entidade de atendimento
Assim como ocorre com o procedimento que apura infração administrativa, quando o procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento não tiver sido proposto pelo Ministério Público, mas sim por outro legitimado (Conselho Tutelar ou por meio de portaria de autoridade judiciária – art. 191 do ECA), deverá ser conferido o prazo de cinco dias, a contar da audiência, para o representante do *Parquet* apresentar suas alegações (art. 193, §1º, do ECA).

[1)] MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos aplicados**. Dia Nacional do Ministério Público. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.pro.br/curiosidades. php?id=130>. Acesso em: 09 set. 2008.
[2)] DAL POZO, Antônio Araldo Ferraz. “Art. 202” e “Art. 204”. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 688-689.
[3)] DAL POZO, 2003, p. 686-687.
[4)] MACHADO, Orandina. **O alfabeto da amamentação**. Trabalho apresentado como requisito à conclusão do Curso de Manejo Ampliado da Amamentação, oferecido Clínica Interdisciplinar de Apoio à Amamentação, Florianópolis, 2008. Disponível in: 278 - Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. <

http://www.aleitamento.com/a_arts..asp?id=3&id_art.=1787&id_subcategoria=4>. Acesso em: 25 jul. 2008; TESHEINER, José Maria. **Ministério Público e nulidade**. Disponível in: <http://www.tex.pro.br/> Acesso em: 13 ago. 2008.

4.9. O Promotor de Justiça e os procedimentos não jurisdicionais

A esfera extrajudicial de atuação é de extrema importância, uma vez que, por meio dela, o Ministério Público obtém soluções preventivas, rápidas e, muitas vezes, na dimensão consensual, seja a outra parte o Estado ou o particular.

Ciente dessa importância, o Estatuto da Criança e do Adolescente, enumerou como atribuição do Ministério Público o zelo

> "[...] pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis" (art. 201, inc. VIII, do ECA).

Para defender e garantir o interesse da criança e do adolescente, o Promotor de Justiça não está restrito ao universo dos processos judiciais e aos gabinetes dos Juízes, na medida em que a lei lhe autorizou a atividade administrativa para a consecução de seus fins institucionais.

Cabe ao Promotor de Justiça desconstruir essa cultura judicialista, que enlaça a tutela do direito à provocação do Poder Judiciário. Nem sempre a prestação jurisdicional representa a efetiva proteção do direito, especialmente quando sua efetivação ocorre apenas após o trânsito em julgado da decisão final, o que pode demorar décadas.

A atuação extrajudicial é atribuição constitucional e estatutária do Ministério Público, e seu exercício em nada fere o direito constitucional de livre acesso à Justiça previsto pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Para o bom desempenho das funções indicadas no seu art. 201, inc. VIII, o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu ao *Parquet* algumas faculdades e prerrogativas. Com a permissão do § 5º do art. 201, o representante do Ministério Público poderá:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência (alínea "a");
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados (alínea "b");
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (alínea "c").

Sem a previsão dessas três faculdades, o Promotor de Justiça se veria atado ao Judiciário, não conseguindo desenvolver suas funções extrajudiciais e, em consequência, não garantiria a efetiva tutela do direito da criança e do adolescente para além dos pleitos jurisdicionais.

O termo de declaração poderá instruir o procedimento administrativo ou mesmo servir como meio probante em via judicial. Caso seja apurada a inverdade da notícia e a má-fé de seu informante, sua assinatura ao final do termo é também meio de prova para a promoção da ação penal pelos crimes de denunciação caluniosa (art. 339 do CP) e de comunicação falsa de crime ou de contravenção (art. 340 do CP). Da mesma maneira, a expedição de recomendações que visem à melhoria dos serviços afetos à criança e ao adolescente confere ao Promotor de Justiça a liberdade para sanar irregularidades sem necessariamente valer-se da via jurisdicional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente concede ao representante do Ministério Público livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente (art. 201, § 3º, do ECA), podendo requisitar força policial para tanto (art. 201, inc. XII, do ECA).

Os procedimentos administrativos e as sindicâncias

Notícias de desrespeito aos direitos da criança e do adolescente chegam diariamente ao conhecimento do Promotor de Justiça. Para apurá-las, o legislador criou o procedimento administrativo, instrumento que permite inclusive a produção das provas necessárias ao pleito pela tutela jurisdicional.

Na instrução do procedimento administrativo, a Carta Constitucional permite ao Ministério Público expedir notificações requisitando informações e documentos (art. 129, inc. VI, da CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente vai além, como se observa no art. 201, inc. VI:

> ”Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]
> VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:
> a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;
> b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
> c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas”.

A solução dos conflitos de interesse, quando se dá no bojo do procedimento administrativo, apresenta três benefícios principais com relação aos processos jurisdicionais: é mais célere, pode decorrer de consenso e, principalmente, não eleva a sobrecarga do Poder Judiciário.

A fiscalização das entidades de atendimento

Por previsão do art. 201, inc. XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, compete ao Ministério Público inspecionar as entidades públicas ou particulares de atendimento e os programas de que trata o próprio Estatuto, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades. Considerando o histórico das entidades de atendimento à criança e ao adolescente no Brasil, permeado de irregularidades, abusos e desrespeito, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude deverá fiscalizá-las de modo rigoroso.

Para refletir sobre essa função, lembremo-nos do ocorrido em 1999, no Complexo dos Imigrantes, em São Paulo, onde se deu a maior rebelião da história da FEBEM. Um dos internos foi decapitado pelos colegas. Na época, o então presidente do Sindicato dos Monitores da FEBEM, Antônio Gilberto da Silva, contou em entrevista as condições oferecidas pela instituição aos meninos:

> ”Fisicamente, aquilo parece Auschwitz. É um campo de concentração. Parece o inferno. É parede desabando, banheiro entupido, menino tomando banho com água suja até a canela. No Complexo Imigrantes, são três chuveiros para cada ala de 400 adolescentes. Quando terminam, estão piores do que quando começaram. Fica resíduo de sabão no corpo, dá micose. As doenças de pele passam de um para o outro, porque a roupa de cama é lavada, no máximo, uma vez por semana. As roupas com que eles dormem são as mesmas com que jogam bola e jantam. [...] A comida é um arroz duro, com um feijão duro e um ovo duro e sem sal. [...] Não tem atividade nenhuma. Tem algumas horas de escola e futebol, quando tem bola. Mas vigora um esquema de revezamento para uso da quadra. Tirando isso, eles ficam sentados no chão do pátio”[1)].

Naquela oportunidade, ao ser questionado se a FEBEM era capaz de recuperar aqueles adolescentes, o sindicalista confessou que a grande maioria dos internos, ao fim da medida, estava muito mais violenta do que quando entrou. O que se nota é que, mesmo após as disposições estatutárias, o poder público não foi capaz de modificar a estrutura de atendimento a crianças e adolescentes.

O Promotor de Justiça tem acesso livre a qualquer instituição de atendimento, qualquer local onde se encontre criança ou adolescente, independentemente de dia ou horário. O representante do Parquet poderá requisitar auxílio de força policial (art. 201, inc. XII, do ECA) caso o dirigente ou funcionário da entidade tente impedir o

acesso, e este responderá pelo tipo penal indicado no art. 236 do Estatuto.

> ”Art. 236. Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:
> Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

Os principais objetivos da fiscalização são:

- a)Estudar a documentação e os registros da entidade, observando se estão em dia.
- b) Apurar: 1) se a estrutura da entidade é adequada às suas propostas; 2) se os alimentos oferecidos aos internos e abrigados são suficientes em quantidade e valor nutricional; 3) se os procedimentos de higiene são satisfatórios; e 4) se há profissionais qualificados, em número suficiente para o atendimento de todos os internos e abrigados.
- c) Analisar se as entidades que desenvolvem programas de abrigo encontram-se em harmonia com os princípios ditados pelo art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> ”Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:
> I - preservação dos vínculos familiares;
> II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
> III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
> IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
> V - não desmembramento de grupos de irmãos;
> VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
> VII - participação na vida da comunidade local;
> VIII - preparação gradativa para o desligamento;
> IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo”.

- d) Analisar se as entidades que desenvolvem programas de internação estão cumprindo as obrigações impostas no art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

> ”Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:
> I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
> II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
> III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
> IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
> V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
> VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
> VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
> VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
> IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
> X - propiciar escolarização e profissionalização;
> XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
> XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
> XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
> XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
> XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
> XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias

> infecto-contagiosas;
> XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;
> XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;
> XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
> XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.
> §1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste art. às entidades que mantêm programa de abrigo.
> §2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade".

Para formalizar a fiscalização, Bordallo (2007, p. 384) recomenda instaurar procedimento administrativo para cada instituição, em que serão emitidos relatórios de fiscalização. Por meio desta formalização, será possível acompanhar a execução de eventuais recomendações, uma vez que todo o histórico da entidade estará devidamente registrado.

Durante a fiscalização, é importante que o Promotor de Justiça converse privativamente com as crianças e os adolescentes e questione sobre o funcionamento da casa e eventuais irregularidades ocultas.

Se apurar problemas passíveis de correção, o Promotor de Justiça expedirá recomendações à direção da instituição dando prazo para regularizar a situação.

Se os problemas forem demasiadamente graves, não sanáveis ou se as recomendações não forem acatadas no prazo indicado, o representante do Ministério Público deverá iniciar procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, cuja disciplina é objeto dos arts. 191 a 193 do Estatuto.

[1)] OYAMA, Thaís. **Entrevista: Antonio Gilberto da Silva**. Disponível in: <http://veja.abril.com.br/061099/p_011.html> Acesso em: 14 ago. 2008.

4.10. Considerações finais

A área da infância talvez seja a mais complexa de todas as atribuídas ao Ministério Público brasileiro, por ser extensa e abarcar temas como saúde e educação. Além disso, o sistema de garantias de direitos ainda está em fase de construção e, por mais que se fale em evolução, ficou restrito à norma. As práticas sociais são perversas e o despreparo dos gestores, aviltante. Tal evidência se escancara aos nossos olhos quando não temos para onde encaminhar o adolescente em surto ou quando visitamos uma unidade de acolhimento e as crianças fazem fila para receber um afago do visitante.

O cenário clama a presença do Promotor de Justiça nessa formação, seja convencendo, sensibilizando, mobilizando ou responsabilizando o omisso.

A defesa da criança e do adolescente deve ser prioridade absoluta não só para famílias, sociedade e Estado, mas sobretudo para o Ministério Público. A dívida para com a infância e juventude ainda está para ser saldada. Enquanto não cumprirmos a Constituição da República e priorizarmos o que deve ser priorizado, a criança desamparada de hoje poderá ser o criminoso de amanhã, quando nossa chance de atuar preventivamente já restará superada.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ação Civil Pública. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho *et al.* Ministério Público. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária**. Brasília, 2006.

BRASIL: pesquisa nacional sobre demografia e saúde, 1996. Rio de Janeiro: BENFAM, 1997. 182 p.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONSELHO TUTELAR: orientações para criação e funcionamento / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, 2007.

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

DISSINGER, Marisa Rocha Teixeira (Coord. *et al*). **Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do estado de São Paulo**. São Paulo: APMP, 1999.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O promotor de justiça frente à institucionalização de criança e adolescente em entidade de abrigo e a destituição do poder familiar**. Dez. 2004. Página eletrônica do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Disponível em: < www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1CFA30715CE040A8C027014290>. Acesso em: 16 jun.2008.

FOLHA *Online*. Faltam professores de filosofia e sociologia, diz diretor da Capes. **Folha de São Paulo *Online***, São Paulo, 27 jul. 2008. Agência Brasil. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u426739.shtml>. Acesso em: 30 jul.2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Art. 182. In: CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **A ação do Ministério Público na defesa dos direitos da criança e do adolescente**. In: SEMINÁRIO QUINZE ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: avanços e desafios sob a ótica do sistema de Justiça. Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude e Superior Tribunal de Justiça (Org.). Brasília: 2005. Disponível em: < http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/arts._doutrinarios/outros/a_acao_mp.pdf>. Acesso em: 08 jul.2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUARESCHI, Neuza *et al*. STREY, Marlene N. et al. (Org.). Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Evolução e perspectivas da mortalidade infantil no Brasil**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/default.shtm. Acesso em: 25 jul. 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI. Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: IBPS, 1991.

LIBERATI. Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado). 2001. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MACIEL, Kátia R. F. L. A. *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 5p.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos aplicados**. Dia Nacional do Ministério Público. Disponível em: http://www.direitoshumanos.pro.br/curiosidades. php?id=130. Acesso em: 09 set. 2008.

MANUAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

MARTON DA SILVA, Marly B. G.; LACERDA, Maria Ribeiro. Teste do pezinho: por que coletar na alta hospitalar. **Revista eletrônica de enfermagem.** v. 5, n. 2. p. 60-64, 2003. Disponível em: http:/www.fen.ufg.br/revista. Acesso em: 25 jul. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: APMP, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Art. 201. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENEZES, Maia. **Desinteresse afasta jovem da escola**. Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: http://www.fgv.br/cps/simulador/Site_CPS_Educacao/Clippings/jc098.pdf. Acesso em: 02 ago. 2008.

MILARÉ, Edis. Art. 210. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Mapa da educação básica**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=8577&Itemid=&sistemas=1. Acesso em: 31 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de identificadores do SUS** - agosto/2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_%20indicadores_do_SUS. pdf. Acesso em: 25 jul. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e dados básicos** - Brasil/2006. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2006/matriz.htm#mort. Acesso em: 27 jun. 2008.

MONTEIRO FILHO, Lauro. Art. 12. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Ana Maria. Art. 21. *In*: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; ADRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório do estudo das Nações Unidas sobre a violência contra crianças**. Disponível em: http://www. andi.org.br/_pdfs/Estudo_PSP_Portugues.pdf. Acesso em: 17 jul. 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIAZZA, Vânia Cella. A ação penal nos crimes praticados contra a criança e o adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil/SC, 2005.

RAMOS, Patrícia P. O. Chambers. Infrações administrativas. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES AMIN, Andréa. Doutrina da Proteção Integral e Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163-168.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. Art. 16. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Jadir Cerqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. 1.ed. São Paulo: Pillares, 2008.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Educação**: contexto brasileiro em educação. Disponível em: http://www.unesco.org.br/Brasil/contextonacionalEDU//mostra_padrao.

Acesso em: 29 jul. 2008.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Situação mundial da infância em 2008**: Caderno Brasil. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_11319.htm. Acesso em: 26 jul. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Temas de direito da criança e do adolescente. 1.ed. São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A tutelar jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. 1.ed. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Entre violentadores e violentados**. 1.ed. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado; MIOTO, Regina Célia Tomaso (Org.). **Infância e adolescência, o conflito com a lei**: algumas discussões. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

WALCHER, Alicia Hernández. *O trabalho que empobrece*. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id218.htm. Acesso em: 25 jun. 2008.

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. *Violência na escola*. São Paulo: Revista Idéias, 1994, v. 21. p. 55-66.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal** Tradução de Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

4.11. Apêndice

- 4.11.1. Resolução CONANDA nº 106, de 17 de novembro de 2005
- 4.11.2. Resolução CONANDA nº 137, de 21 de janeiro de 2010
- 4.11.3. Proposta de portaria que regulamenta a fiscalização da destinação dos recursos do FIA pelo Ministério Público

4.11.1. Resolução CONANDA nº 106, de 17 de novembro de 2005

Altera dispositivos da Resolução nº 105/2005 e apresenta RECOMENDAÇÕES para a elaboração de leis municipais, estaduais e nacional de criação e funcionamento de Conselhos dos Direitos.

O Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, no uso das atribuições legais estabelecidas na Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 e no Decreto n° 5.089 de 20 de maio de 2004, em cumprimento ao que estabelecem o art. 227 caput e §7º da Constituição Federal e os artigos 88, incisos II e III, 90, parágrafo único, 91, 139, 260, §2º e 261, parágrafo único, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90, e a deliberação do CONANDA, em sua 131ª Assembléia Ordinária, realizada nos dias 20 e 21 de setembro de 2005, resolve:

Art. 1º Os artigos 8º, *caput*; 11; 14 e 22, da Resolução nº 105, de 15 de julho de 2005, do CONANDA, passam a vigorar com as seguintes redações:

Art.8º. A representação da sociedade civil garantirá a participação da população por meio de organizações representativas escolhidas em fórum próprio.

[...].
Art.11. [...]

III - Ocupantes de cargo de confiança e ou função comissionada do poder público na qualidade de representante de organização da sociedade civil;
IV - Conselheiros Tutelares no exercício da função;
[...].
Art.14. [...]
i) a criação de comissões e grupos de trabalho que deverão ser compostas de forma paritária;
[...].
Art. 22. O CONANDA disponibilizará em anexo Recomendações aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente de forma a orientar mais detalhadamente o seu funcionamento.
Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.
Brasília, 17 de novembro de 2005.
José Fernando da Silva
Presidente do CONANDA

RECOMENDAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DE LEIS MUNICIPAIS, ESTADUAIS E NACIONAL DE CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CONSELHOS DOS DIREITOS

Introdução

As orientações a seguir foram especialmente desenvolvidas com o intuito de oferecer informações claras e precisas aos Conselhos dos Direitos, gestores e operadores do direito em geral. Elas representam um esforço no sentido de não só responder às dificuldades cotidianas como também de fazer valer o preceito constitucional de participação popular na formulação de políticas públicas.

Com o objetivo de contribuir para a formação e a prática da cidadania e garantir a proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, o CONANDA, ao deliberar pelos Parâmetros de Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, considerou diferentes realidades estaduais e regionais e buscou responder as necessidades básicas de cada Conselho, garantindo assim a unidade dentro da diversidade.

Além disso, o presente documento visa, dentre outros objetivos, aprimorar o perfil dos Conselhos dos Direitos, tratar de temas relativos ao seu regimento interno e ainda incentivar o desenvolvimento de ações voltadas para o planejamento e participação na elaboração do orçamento do executivo local.

Da natureza jurídica e dos princípios adotados

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente possuem natureza de órgãos estatais especiais, isto é, são instâncias públicas essencialmente colegiadas e estão conceituados juridicamente no inc. II do art. 204 da Constituição Federal e no inc. II do art. 88 da Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Do ponto de vista de sua natureza jurídica, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente é um colegiado, ou seja, compõe-se de forma paritária por agentes públicos, e seus atos são emanados de decisão coletiva e não de agente singular. Para a compreensão mais exata dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é necessário destacar do sistema normativo alguns princípios básicos e instrumentos constitutivos para a sua concepção:

Legalidade - O Conselho dos Direitos só poderá ser criado mediante lei específica. O Conselho dos Direitos tem a prerrogativa legal para tomar decisão, dentro da sua área de competência, na formulação, deliberação e controle da política dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Publicidade - todas as normas e atos estabelecidos pelos Conselhos para produzirem efeitos e validade devem ser de conhecimento público sob pena de se tornarem inválidos, ressalvados os casos de sigilo para proteção do interesse superior da criança e do adolescente.

Participação - a participação dar-se-á pela escolha dos organismos da sociedade civil e é exercida por meio do voto e do usufruto da representatividade. Para participar dos Conselhos de forma adequada é necessário buscar o aprendizado e o conhecimento da realidade, com efetiva postura técnica, ética e política para a tomada de decisões em beneficio da criança e do adolescente.

Autonomia - significa a inexistência de subordinação hierárquica dos Conselhos aos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo para definir questões que lhe são afetas, tornando-se suas deliberações vontade expressa do Estado, o que significa dizer que os mesmos possuem autonomia política, vinculando-se ao poder público apenas no âmbito administrativo.

Paridade - significa igualdade quantitativa. A representação governamental deve ser em número correspondente à representação das organizações da sociedade civil.

Das principais funções e atribuições

Considerando que a função precípua dos Conselhos é a deliberação e controle relativos às ações públicas (governamentais e da sociedade civil) de promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente, com eficiência, eficácia e proatividade, é imprescindível:

a) acompanhar, monitorar e avaliar as políticas no seu âmbito;
b) divulgar e promover as políticas e práticas bem-sucedidas;
c) difundir junto à sociedade local a concepção de criança e adolescente como sujeitos de direitos e pessoas em situação especial de desenvolvimento, e o paradigma da proteção integral como prioridade absoluta;
d) conhecer a realidade de seu território e elaborar o seu plano de ação;
e) definir prioridades de enfrentamento dos problemas mais urgentes;
f) propor e acompanhar o reordenamento institucional, buscando o funcionamento articulado em rede das estruturas públicas governamentais e das organizações da sociedade;
g) promover e apoiar campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente;
h) propor a elaboração de estudos e pesquisas com vistas a promover, subsidiar e dar mais efetividade às políticas;
i) participar e acompanhar a elaboração, aprovação e execução do PPA (Plano Plurianual), LDO (Lei de Diretrizes Orçamentária) e LOA (Lei Orçamentária Anual) locais e suas execuções, indicando modificações necessárias à consecução dos objetivos da política dos direitos da criança e do adolescente;
j) gerir o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente no sentido de definir a utilização dos respectivos recursos por meio de plano de aplicação. Vale destacar que não compete ao Conselho a execução ou ordenação dos recursos do Fundo, cabendo ao órgão público ao qual se vincula a ordenação e execução administrativas

desses recursos;
k) acompanhar e oferecer subsídios na elaboração legislativa local relacionada à garantia dos direitos da criança e do adolescente;
l)fomentar a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Pública na apuração dos casos de denúncias e reclamações formuladas por qualquer pessoa ou entidade que versem sobre ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente;
m) atuar como instância de apoio no nível local nos casos de petições, denúncias e reclamações formuladas por qualquer pessoa ou entidade, participando de audiências ou ainda promovendo denúncias públicas quando ocorrer ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente, acolhendo-as e dando encaminhamento aos órgãos competentes;
n) integrar-se com outros órgãos executores de políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente e demais Conselhos setoriais.
Cabe ainda ao Conselho Municipal e Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente:
o) registrar as organizações da sociedade civil sediadas em sua base territorial que prestem atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, executando os programas a que se refere o art.90, caput, e, no que couber, as medidas previstas nos arts. 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90;
p) inscrever os programas de atendimento a crianças, adolescentes e suas respectivas famílias em execução na sua base territorial por entidades governamentais e organizações da sociedade civil;
q) recadastrar as entidades e os programas em execução, certificando-se de sua contínua adequação à política traçada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente;
r) regulamentar, organizar e coordenar o processo de escolha dos conselheiros tutelares, seguindo as determinações da Lei nº 8.069/90 e da Resolução nº 75/2001 do CONANDA;
s) instaurar sindicância para apurar eventual falta grave cometida por conselheiro tutelar no exercício de sua funções, observando a legislação municipal pertinente ao processo de sindicância ou administrativo/disciplinar, de acordo com a Resolução nº 75/2001 do CONANDA.

Da criação e composição dos Conselhos

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, como órgãos públicos que são, só podem ser criados mediante mensagem do poder executivo encaminhando ao poder legislativo projeto de lei de sua iniciativa exclusiva. Em decorrência disso, cabe ainda ao executivo a regulamentação da lei baixando, inclusive, resoluções, deliberando sobre a formulação de políticas públicas, controlando as ações governamentais e da sociedade civil organizada e potencializando estrategicamente as políticas públicas.

A mobilização da sociedade civil organizada poderá ser de grande valor diante da ausência de iniciativa do poder executivo para provocar o Ministério Público local, a quem cabe observar a eventual falta de norma que inviabilize o exercício do direito e da cidadania previstos originalmente no art. 227 da Constituição Federal com amparo no art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a defesa dos interesses e direitos protegidos sob sua proteção, admitidas todas as espécies de ações pertinentes.

Para a constituição do Conselho dos Direitos, a escolha para a representação da sociedade civil deverá ser coordenada pelo fórum das entidades da sociedade civil, que responderá por todo o processo. No caso de escolha da primeira representação da sociedade civil o processo dar-se-á em até 60 (sessenta) dias após o Poder Executivo sancionar a lei de criação do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme procedimentos estabelecidos no art. 8º da Resolução nº 105/2005 do CONANDA.

O processo de escolha da representação da sociedade civil no Conselho dos Direitos deve ser executado sem a interferência do poder público, em assembléia própria, com a escolha direta das organizações que atuam junto à política da criança e do adolescente, a exemplo das entidades de atendimento direto, de estudo e pesquisa, de seguimentos de classe ou ainda que se enquadrem na situação de promoção, defesa e garantia dos direitos humanos da criança e do adolescente. Dessa forma, a participação da sociedade civil organizada nos Conselhos dos Direitos deve atender o princípio adotado no inc. II do art. 204 da Constituição Federal, que estabelece a participação popular por meio de organizações representativas.

Do funcionamento efetivo dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A garantia de condições dignas de estruturação e funcionamento do Conselho é pressuposto fundamental para

a construção do seu papel político-institucional. O funcionamento dos Conselhos depende visceralmente do apoio de uma estrutura organizacional pública e administrativa, correspondente a uma secretaria executiva dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, além do apoio institucional necessário ao seu regular funcionamento. As leis de criação dos Conselhos devem prever sua definição e estrutura organizacional no âmbito do órgão de sua vinculação administrativa, considerando suas necessidades e as adequações à realidade local do respectivo poder público.

O trabalho dos Conselhos dos Direitos estrutura-se em comissões temáticas paritárias. Estas se encarregam de preparar e analisar as matérias que serão apreciadas na plenária. Face à sua natureza apenas auxiliar, não substitui as reuniões plenárias, que é o foro onde deverão ser tomadas todas as decisões.

Da relação dos Conselhos dos Direitos entre si e com as demais instâncias relacionadas às políticas voltadas para a infância e a adolescência

Para falarmos sobre a relação entre os Conselhos dos Direitos e as demais instâncias, faz-se mister o conhecimento dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da municipalização, bem como da posição destes no Sistema de Garantia dos Direitos.

Do ponto de vista constitucional, os Conselhos dos Direitos não são meramente órgãos consultivos e integrativos, possuindo natureza interventiva na gestão do poder público. Por isso deverão ter como diretriz, consoante o que prevê o art. 88 da Lei nº 8069/90, os princípios da descentralização político-administrativa e da municipalização do atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Entende-se como descentralização o exercício de funções administrativas objetivando descongestionar a administração pública, compreendendo a repartição de encargos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a fim de aproximá-la do cidadão. Já a municipalização significa fortalecer os poderes locais, trazendo para a esfera do Município determinadas decisões políticas e a execução de programas e ações antes centralizados no âmbito federal.

Os Conselhos dos Direitos de Crianças e Adolescentes são órgãos responsáveis pelo acompanhamento, avaliação, controle e deliberação relativos às ações públicas de promoção e defesa desenvolvidas pelo Sistema de Garantia de Direitos. Os Conselhos são órgãos controladores do funcionamento do sistema de garantia de direitos, no sentido de que todas as crianças e adolescentes sejam reconhecidos(as) e respeitados(as) enquanto sujeitos de direitos e deveres e pessoas em condições especiais de desenvolvimento, e sejam colocadas à salvo de ameaças e violações a quaisquer dos seus direitos, garantindo-se, inclusive, a apuração e reparação em situações de violação. É importante esclarecer, também, que não existe entre os Conselhos dos Direitos sobreposição hierárquica, cabendo-lhes, sim, atuar em harmonia e colaboração nos seus diferentes níveis.

Disso resulta que não compete ao CONANDA ou mesmos aos Conselhos Estaduais e Distrital dos Direitos resolver problemas político-administrativos dos Conselhos Municipais, mas apoiar e orientar o encaminhamento e solução dos mesmos e controlar o desempenho da política de atendimento de direitos, podendo, inclusive, promover a correção de eventuais omissões, negligências e violações a direitos de crianças e adolescentes, acionando mecanismos judiciais, administrativos e políticos.

Outrossim, é preciso avançar no relacionamento institucional com outras instâncias afetas à política de direitos humanos da criança e do adolescente, a exemplo dos conselhos setoriais, como forma de estimular a ampliação da participação e do controle social, bem como do aperfeiçoamento dos mecanismos de formulação, execução e atendimento da política de direitos infanto-juvenis.

Da conduta ética, do perfil e da qualificação dos Conselheiros(as) dos Direitos

O art. 89 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a função dos membros dos Conselhos dos Direitos, considerando-a de interesse público relevante e não remunerada.

A função de conselheiro dos direitos assegura prerrogativas como a presunção de idoneidade moral. Assim, o conselheiro deve ter compromisso com os seguintes princípios éticos:

1. reconhecimento da liberdade, igualdade e dignidade humana como valores supremos de uma sociedade

pluralista, justa, democrática e solidária;
2. defesa intransigente dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes, e recusa do arbítrio e do autoritarismo;
3. reconhecimento da democracia enquanto socialização da participação política e da riqueza socialmente produzida;
4. empenho na eliminação de todas as formas de preconceito e discriminação, incentivando a promoção do respeito à diversidade;
5. compromisso com o constante processo de formação dos membros do Conselho;
6. ter disponibilidade tanto pessoal quanto institucional para o exercício dessa função de relevância pública e estar em exercício de função ou cargo que disponha de condições legais para tomada de decisão, bem como ter acesso a informações referentes aos órgãos públicos ou organizações da sociedade civil que representa.

Das questões relativas ao Regimento Interno dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

O Regimento Interno compõe-se de normas de organização e funcionamento interno dos Conselhos, não gerando direitos e vantagens em favor dos Conselheiros e obrigações para terceiros.
O regimento interno deve ser elaborado e aprovado pelo próprio Conselho. Como todo ato administrativo, o regimento interno não pode exceder os limites do que já é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na lei de criação do Conselho e demais normativas de hierarquia superior.

As disposições do art. 14 da Resolução nº 105/2005 do CONANDA visam garantir o funcionamento democrático dos Conselhos, os princípios da colegialidade e representatividade, evitando o arbítrio e prevendo, dentre outros, os seguintes itens:

a) a estrutura funcional mínima, composta por plenário, presidência, comissões e secretaria, com a definição de suas respectivas atribuições. Cabe a cada Conselho definir sua forma de funcionalidade observando a realidade do Município respectivo;
b) a forma de escolha dos membros da presidência do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, assegurando a alternância entre representantes do governo e da sociedade civil organizada;
c) a forma de substituição dos membros da presidência, na falta ou impedimento dos mesmos;
d) a forma de convocação das reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, com comunicação aos integrantes do órgão, titulares e suplentes, de modo que se garanta a presença de todos os seus membros e a participação da população em geral;
e) a forma de inclusão das matérias em pauta de discussão e deliberações, com a obrigatoriedade de sua prévia comunicação aos Conselheiros;
f) a possibilidade de discussão de temas que não tenham sido previamente incluídos em pauta;
g) o *quorum* mínimo necessário à instalação das sessões ordinárias e extraordinárias do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;
h) as situações em que o *quorum* qualificado deve ser exigido, discriminando o referido *quorum* exigido para tomada de decisões;
i) a criação de comissões e grupos de trabalho, a serem compostos de forma paritária;
j) a forma como ocorrerá a discussão das matérias colocadas em pauta;
k) a forma como se dará a participação na assembléia ordinária de conselheiros, titulares e suplentes, bem como dos convidados e demais pessoas que se fizerem presentes;
l) a garantia de publicidade das assembléias ordinárias, salvo os casos expressos de sigilo obrigatório. As reuniões possuem caráter público e devem permitir o acesso de qualquer pessoa interessada, ressalvados os casos específicos em que haja necessidade de sigilo para proteção do interesse superior da criança e do adolescente;
m) a forma como serão efetuadas as deliberações e votações das matérias, com a previsão de solução em caso de empate;
n) a forma como será deflagrado e conduzido o procedimento administrativo visando excluir organização da sociedade civil ou seu representante, quando da reiteração de faltas injustificadas e/ou prática de ato incompatível com a função, observada a legislação específica;
o) a forma como será deflagrada a substituição do representante do órgão público, quando necessária.

Do conhecimento da realidade local

Este é um ponto de extrema importância a ser tratado neste documento, pois é a partir do detalhado conhecimento da realidade local que o Conselho pode verificar quais são as reais necessidades relativas à política a ser desenvolvida em favor da criança e do adolescente, conforme dispõe o princípio da proteção integral.

É no âmbito municipal que ocorre o atendimento mais próximo dos direitos da criança e do adolescente, e, portanto, é a partir daí que se pode conhecer e verificar as demandas existentes, apurando-se as deficiências na rede de garantia dos direitos infanto-juvenis. Mas não cabe somente aos Municípios realizar a política de atendimento dos direitos. Apesar de ser um ente fundamental nesta rede, cabe também aos Estados, ao Distrito Federal e à União a articulação permanente no sentido de tornar possíveis as ações propostas.

Do conhecimento da situação local podem decorrer distintos processos, pelo que se recomenda:

a) a criação de um sistema integrado de atendimento dos direitos, a ser operado tanto pelo poder público como pelas organizações da sociedade civil, tendo em vista que a responsabilidade pela promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes cabe à "família, sociedade e ao Estado" (Constituição Federal, art. 227);
b) o recadastramento das entidades e dos programas em execução;
c) a identificação dos problemas que afligem a população infanto-juvenil local e das possíveis soluções e encaminhamentos;
d) levantamento junto ao Poder Legislativo dos projetos de lei afetos aos direitos da criança e do adolescente;
e) a participação e o acompanhamento dos processos orçamentários;
f) consultas à sociedade mediante, inclusive, audiências públicas;
g) a realização de estudos e pesquisas;
h) consulta aos módulos do SIPIA e aos demais bancos de dados existentes;
i) o acompanhamento da elaboração e execução das peças que compõem o orçamento destinado aos planos e programas das políticas sociais básicas, bem como do funcionamento dos Conselhos dos Direitos e Tutelares, indicando modificações necessárias à melhoria da eficiência destes; e
j) a formação de um sistema integrado de atendimento dos direitos, a ser operado tanto pelo poder público como pelas organizações da sociedade civil, tendo em vista que a responsabilidade pela promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes cabe à "família, sociedade e ao Estado" (art. 227, da CF/88).

Todos esses mecanismos visam conhecer a realidade local, suas especificidades étnicas, sociais, econômicas, culturais, bem como os valores dominantes, com vistas à elaboração do planejamento estratégico das ações de enfrentamento dos problemas e à construção, de maneira articulada, do Sistema de Garantia dos Direitos.

Do planejamento das ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A realização sistemática do planejamento das ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é uma forma de se atingir o pleno atendimento das demandas apuradas no curto, médio e longo prazos, tornando indispensável sua contribuição na qualidade do resultado esperado de suas atribuições e no cumprimento de sua missão, tornando-se, assim, ferramenta efetiva de formulação e controle da política local de atendimento dos direitos, promovendo inclusive correções necessárias.

Para tanto, é necessário o apoio dos setores de planejamento e finanças dos órgãos aos quais o Conselho esteja vinculado administrativamente, bem como de técnicos e profissionais a serem envolvidos para, a partir da análise do quadro de problemas a serem enfrentados, definir focos de atuação, objetivos, metas, resultados e impactos esperados e formas de monitoramento.

Dentre as principais questões a serem enfrentadas no planejamento do Conselho, destacamos, além dos temas específicos e outros oriundos da sua realidade local, a importância da abordagem de temas referentes ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, sua integração institucional, atividades de formação; acompanhamento e monitoramento dos programas e projetos, e ainda o orçamento específico direcionado à criança e ao adolescente.

Das questões orçamentárias da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e do acompanhamento pelos Conselhos dos Direitos

O acompanhamento orçamentário para definição e execução das ações e programas da política de atendimento

dos direitos da criança e do adolescente é uma das atribuições prioritárias dos Conselhos dos Direitos. Até junho de cada ano deve-se implementar a elaboração do plano de ação anual contendo as estratégias, ações de governo e programas de atendimento a serem implementados, mantidos e/ou suprimidos pelo ente federado ao qual o Conselho estiver vinculado administrativamente, que deverá ser encaminhado para inclusão, no momento oportuno, nas propostas do PPA (Plano Plurianual), LDO (Lei de Diretrizes Orçamentária) e LOA (Lei Orçamentária Anual) elaborados pelo Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo.

Cabe ainda à administração pública local, por intermédio do órgão de planejamento e sob estrito acompanhamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, incorporar as metas definidas no plano de ação anual e na previsão orçamentária dos diversos órgãos e setores responsáveis por sua posterior execução, que deverão ser incluídas na Proposta de Lei Orçamentária Anual, observado o caráter prioritário e preferencial, conforme o que dispõe o art. 227, caput, da Constituição Federal combinado com o art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após o encaminhamento da proposição de lei orçamentária ao Poder Legislativo, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá solicitar à presidência da Casa a relação das Emendas apresentadas relativas às proposições afetas à política da criança e do adolescente.

Para melhor garantir a efetivação da proposta encaminhada, deverá ser criada, no âmbito do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma comissão permanente responsável pelo acompanhamento do processo de elaboração da proposição, no âmbito do Executivo, e de discussão e votação pelo Legislativo das diversas emendas ao projeto de Lei Orçamentária, LDO e PPA. Essa Comissão ficará, também, encarregada de acompanhar a execução orçamentária e de apresentar ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conjunto com os órgãos públicos encarregados do planejamento e finanças do ente federado a que estiver vinculado, relatório periódico que permita avaliar, continuamente, a efetiva implementação da política de atendimento dos diretos da criança e do adolescente e o cumprimento do disposto no art. 227, caput, da Constituição Federal combinado com art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho dos Direitos poderá também articular ações junto ao Conselho Tutelar no sentido de dar cumprimento ao art. 136, inc. IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribui ao Conselho Tutelar o assessoramento do Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

O denominado “Orçamento Criança e Adolescente”, considerado um importante instrumento para a garantia de atendimento da prioridade absoluta, é um “[…] conjunto de atividades e projetos previstos em orçamentos públicos que se destinam, exclusiva ou prioritariamente, a criança e adolescentes” (IPEA).

Este instrumento tem a finalidade de identificar todas as ações governamentais presentes nas leis orçamentárias destinadas à criança e ao adolescente, evidenciando, portanto, o grau de prioridade dado ao segmento. O “Orçamento Criança e Adolescente” permite à sociedade um monitoramento mais eficaz do fluxo de recursos, contribuindo assim para a avaliação da gestão dos programas e dos seus resultados, além de demonstrar eventuais superposições ou omissões.

É importante que se esclareça que o “Orçamento Criança e Adolescente” não é um orçamento paralelo aos orçamentos públicos (que são únicos). Trata-se de uma peça por meio da qual se pode evidenciar e especificar qual o montante de recursos referente às ações destinadas “exclusiva ou prioritariamente” à criança e ao adolescente. O PPA é um dos principais instrumentos de consulta para a elaboração do “Orçamento Criança e Adolescente”.

O “Orçamento Criança e Adolescente” pode ser organizado por meio de uma ampla participação de membros do Poder Executivo, Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar e de outras organizações, mobilizados e articulados pelo Conselho Municipal.

4.11.2. Resolução CONANDA nº 137, de 21 de janeiro de 2010

Dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, no uso de suas atribuições, estabelecidas na Lei n° 8.242, de 12 de outubro de 1991, e no Decreto n° 5.089, de 20 de maio de 2004, cumprindo o estabelecido nos artigos 227, *caput* e § 7º, e 204 da Constituição Federal e nos arts. 4°, alínea "d"; 88, incs. II e IV; 260, *caput* e §§ 2º, 3º e 4º, e 261, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Federal n° 8.069, de 13 de julho de 1990, e art. 2°, parágrafo único, I, do Decreto n° 5.089 de 2004, RESOLVE:

CAPÍTULO I

Seção I

Das Regras e Princípios Gerais

Art. 1° Ficam estabelecidos os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente em todo o território nacional.

Parágrafo único. Para efeitos desta Resolução, entende-se por parâmetros os referenciais que devem nortear a criação e o funcionamento dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em obediência às regras e princípios estabelecidos pela Constituição Federal, Lei n° 8.069, de 1990, e legislação pertinente.

Art. 2º Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ser vinculados aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo ente federado, órgãos formuladores, deliberativos e controladores das ações de implementação da política dos direitos da criança e do adolescente, responsáveis por gerir os fundos, fixar critérios de utilização e o plano de aplicação dos seus recursos, conforme o disposto no § 2º do art. 260 da Lei n° 8.069, de 1990.

Art. 3º Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios deve haver um único e respectivo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme estabelece o art. 88, inc. IV, da Lei n° 8.069, de 1990.

Art. 4º A manutenção dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais vinculados aos respectivos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente é diretriz da política de atendimento, prevista no inc. IV do art. 88, da lei n° 8.069, de 1990.

Parágrafo único. Os Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ser constituídos em fundos especiais, criados e mantidos por lei, com recursos do Poder Público e de outras fontes.

Art. 5º Conforme estabelecem a Constituição Federal e legislação específica, os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente deverão ser criados por leis propostas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Poder Legislativo das respectivas esferas de governo federal, estadual, distrital e municipal.

§ 1º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá ser instituído pela mesma Lei que criar o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, ressalvados os casos em que, criado o Conselho, ainda não tenha sido instituído o Fundo.

§ 2º A Lei que instituir o Fundo deverá explicitar suas fontes de receitas, seus objetivos e finalidades, e determinar sua vinculação ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, fixando prazo limite para a sua regulamentação pelo respectivo Poder Executivo local.

Art. 6º Caberá ao Poder Executivo, em acordo com o respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, providenciar a regulamentação do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, observando-se o disposto no § 2º do art. 4º, detalhando o seu funcionamento por meio de Decreto ou meio legal equivalente, em conformidade com a legislação vigente e em atenção aos parâmetros propostos por esta Resolução.

Art. 7º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente não deve possuir personalidade jurídica própria e deve utilizar o mesmo número base de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Órgão ou da Secretaria à qual for vinculado por lei, conforme dispõe o art. 2º da presente Resolução.

§ 1º Para garantir seu status orçamentário, administrativo e contábil diferenciado do Órgão ao qual se encontrar vinculado, o CNPJ do Fundo deverá possuir um número de controle próprio.

§ 2º O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve constituir unidade orçamentária própria e ser parte integrante do orçamento público.

§ 3º Devem ser aplicadas à execução orçamentária do Fundo as mesmas normas gerais que regem a execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em seus respectivos níveis federados, deverão assegurar que estejam contempladas no ciclo orçamentário as demais condições e exigências para alocação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, para o financiamento ou co-financiamento dos programas de atendimento, executados por entidades públicas e privadas.

Art. 8º O Poder Executivo deve designar os servidores públicos que atuarão como gestor e/ou ordenador de despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, autoridade de cujos atos resultará emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos do Fundo.

§ 1º O órgão responsável pela política de promoção, de proteção, de defesa e de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes ao qual o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente for vinculado deve ficar responsável pela abertura, em estabelecimento oficial de crédito, de contas específicas destinadas à movimentação das receitas e despesas do Fundo.

§ 2º Os recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter um registro próprio, de modo que a disponibilidade de caixa, receita e despesa, fique identificada de forma individualizada e transparente.

§ 3º A destinação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em qualquer caso, dependerá de prévia deliberação plenária do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, devendo a resolução ou ato administrativo equivalente que a materializar ser anexada à documentação respectiva, para fins de controle de legalidade e prestação de contas.

§ 4º As providências administrativas necessárias à liberação dos recursos, após a deliberação do Conselho, deverão observar o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, sem prejuízo do efetivo e integral respeito às normas e princípios relativos à administração dos recursos públicos.

Seção II

Das atribuições dos Conselhos de Direitos em relação aos Fundos da Criança e do Adolescente

Art. 9º Cabe ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em relação aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das demais atribuições:

I - elaborar e deliberar sobre a política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente no seu âmbito de ação;
II - promover a realização periódica de diagnósticos relativos à situação da infância e da adolescência bem como do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito de sua competência;
III - elaborar planos de ação anuais ou plurianuais, contendo os programas a serem implementados no âmbito da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e as respectivas metas, considerando os resultados dos diagnósticos realizados e observando os prazos legais do ciclo orçamentário;
IV - elaborar anualmente o plano de aplicação dos recursos do Fundo, considerando as metas estabelecidas para o período, em conformidade com o plano de ação;
V - elaborar editais fixando os procedimentos e critérios para a aprovação de projetos a serem financiados com recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em consonância com o estabelecido no plano de

aplicação e obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;
VI - publicizar os projetos selecionados com base nos editais a serem financiados pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;
VII - monitorar e avaliar a aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, por intermédio de balancetes trimestrais, relatório financeiro e o balanço anual do fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de outras formas, garantindo a devida publicização dessas informações, em sintonia com o disposto em legislação específica;
VIII - monitorar e fiscalizar os programas, projetos e ações financiadas com os recursos do Fundo, segundo critérios e meios definidos pelos próprios Conselhos, bem como solicitar aos responsáveis, a qualquer tempo, as informações necessárias ao acompanhamento e à avaliação das atividades apoiadas pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;
IX - desenvolver atividades relacionadas à ampliação da captação de recursos para o Fundo; e
X - mobilizar a sociedade para participar no processo de elaboração e implementação da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como na fiscalização da aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Para o desempenho de suas atribuições, o Poder Executivo deverá garantir ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente o suficiente e necessário suporte organizacional, estrutura física, recursos humanos e financeiros.

Seção III

Das Fontes de Receitas e Normas para as Contribuições aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente

Art. 10. Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter como receitas:

I - recursos públicos que lhes forem destinados, consignados no Orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive mediante transferências do tipo “fundo a fundo” entre essas esferas de governo, desde que previsto na legislação específica;
II - doações de pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de bens materiais, imóveis ou recursos financeiros;
III - destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações pertinentes;
IV - contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais;
V - o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; e
VI - recursos provenientes de multas, concursos de prognósticos, dentre outros que lhe forem destinados.

Art. 11. Os recursos consignados no orçamento da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios devem compor o orçamento dos respectivos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, de forma a garantir a execução dos planos de ação elaborados pelos Conselhos dos Direitos.

Art. 12. A definição quanto à utilização dos recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto no art. 7º, deve competir única e exclusivamente aos Conselhos dos Direitos.

§1º Dentre as prioridades do plano de ação aprovado pelo Conselho de Direitos, deve ser facultado ao doador /destinador indicar, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados/destinados.

§ 2º As indicações previstas acima poderão ser objeto de termo de compromisso elaborado pelo Conselho dos Direitos para formalização entre o destinador e o Conselho de Direitos.

Art. 13. Deve ser facultado ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente chancelar projetos mediante edital específico.

§ 1º Chancela deve ser entendida como a autorização para captação de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente destinados a projetos aprovados pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, segundo as condições dispostas no art. 9º desta Resolução.

§ 2º A captação de recursos ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, referida no parágrafo anterior, deverá ser realizada pela instituição proponente para o financiamento do respectivo projeto.

§ 3º Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente deverão fixar percentual de retenção dos recursos captados, em cada chancela, de no mínimo 20% (vinte por cento) ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 4º O tempo de duração entre a aprovação do projeto e a captação dos recursos não deverá ser superior a 2 (dois) anos.

§ 5º Decorrido o tempo estabelecido no parágrafo anterior, havendo interesse da instituição proponente, o projeto poderá ser submetido a um novo processo de chancela.

§ 6º A chancela do projeto não deve obrigar seu financiamento pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, caso não tenha sido captado valor suficiente.

Art. 14. O nome do doador ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente só poderá ser divulgado mediante sua autorização expressa, respeitado o que dispõe o Código Tributário Nacional.

Seção IV

Das Condições de Aplicação dos Recursos do Fundo

Art. 15. A aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, deliberada pelo Conselho de Direitos, deverá ser destinada para o financiamento de ações governamentais e não- governamentais relativas a:

I - desenvolvimento de programas e serviços complementares ou inovadores, por tempo determinado, não excedendo a 3 (três) anos, da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
II - acolhimento, sob a forma de guarda, de criança e de adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal e do art. 260, § 2º, da Lei n° 8.069, de 1990, observadas as diretrizes do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária;
III - programas e projetos de pesquisa, de estudos, elaboração de diagnósticos, sistemas de informações, monitoramento e avaliação das políticas públicas de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
IV - programas e projetos de capacitação e formação profissional continuada dos operadores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;
V - desenvolvimento de programas e projetos de comunicação, campanhas educativas, publicações, divulgação das ações de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente; e
VI - ações de fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase na mobilização social e na articulação para a defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 16. Deve ser vedada a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados pela lei que o instituiu, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública previstas em lei. Esses casos excepcionais devem ser aprovados pelo plenário do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Além das condições estabelecidas no *caput*, deve ser vedada ainda a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para:

I - a transferência sem a deliberação do respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;
II - pagamento, manutenção e funcionamento do Conselho Tutelar [1];
III - manutenção e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente;
IV - o financiamento das políticas públicas sociais básicas, em caráter continuado, e que disponham de fundo específico, nos termos definidos pela legislação pertinente; e
V - investimentos em aquisição, construção, reforma, manutenção e/ou aluguel de imóveis públicos e/ou privados, ainda que de uso exclusivo da política da infância e da adolescência.

Art. 17. Nos processos de seleção de projetos nos quais as entidades e os órgãos públicos ou privados

representados nos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente figurem como beneficiários dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, os mesmos não devem participar da comissão de avaliação e deverão abster-se do direito de voto.

Art. 18. O financiamento de projetos pelos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente deve estar condicionado à previsão orçamentária e à disponibilidade financeira dos recursos.

Art. 19. Desde que amparada em legislação específica e condicionado à existência e ao funcionamento efetivo do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto na Lei n° 8.069 de 1990, art. 261, parágrafo único, poderá ser admitida a transferência de recursos entre os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente dos entes federados de que trata esta Resolução.

Art. 20. O saldo financeiro positivo apurado no balanço do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser transferido para o exercício subseqüente, a crédito do mesmo fundo, conforme determina o art. 73 da Lei n° 4.320 de 1964.

Seção V

Das Atribuições do Gestor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente

Art. 21. O Gestor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, nomeado pelo Poder Executivo conforme dispõe o art. 6º, *caput*, desta Resolução, deve ser responsável pelos seguintes procedimentos, dentre outros inerentes ao cargo:

I - coordenar a execução do Plano Anual de Aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, elaborado e aprovado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;
II - executar e acompanhar o ingresso de receitas e o pagamento das despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;
III - emitir empenhos, cheques e ordens de pagamento das despesas do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;
IV - fornecer o comprovante de doação/destinação ao contribuinte, contendo a identificação do órgão do Poder Executivo, endereço e número de inscrição no CNPJ no cabeçalho e, no corpo, o número de ordem, nome completo do doador/destinador, CPF/CNPJ, endereço, identidade, valor efetivamente recebido, local e data, devidamente firmado em conjunto com o Presidente do Conselho, para dar a quitação da operação;
V - encaminhar à Secretaria da Receita Federal a Declaração de Benefícios Fiscais (DBF), por intermédio da Internet, até o último dia útil do mês de março, em relação ao ano calendário anterior;
VI - comunicar obrigatoriamente aos contribuintes, até o último dia útil do mês de março a efetiva apresentação da Declaração de Benefícios Fiscais (DBF), da qual conste, obrigatoriamente o nome ou razão social, CPF do contribuinte ou CNPJ, data e valor destinado;
VII - apresentar, trimestralmente ou quando solicitada pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, a análise e avaliação da situação econômico-financeira do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, através de balancetes e relatórios de gestão;
VIII - manter arquivados, pelo prazo previsto em lei, os documentos comprobatórios da movimentação das receitas e despesas do Fundo, para fins de acompanhamento e fiscalização; e
IX - observar, quando do desempenho de suas atribuições, o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, conforme disposto no art. 4º, *caput* e parágrafo único, alínea “b”, da Lei n° 8.069, de 1990, e art. 227, caput, da Constituição Federal.

Parágrafo único. Deverá ser emitido um comprovante para cada doador, mediante a apresentação de documento que comprove o depósito bancário em favor do Fundo, ou de documentação de propriedade, hábil e idônea, em se tratando de doação de bens.

CAPÍTULO II

Do Controle e da Fiscalização

Art. 22. Os recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente utilizados para o financiamento, total ou parcial, de projetos desenvolvidos por entidades governamentais ou não governamentais devem estar sujeitos à

prestação de contas de gestão aos órgãos de controle interno do Poder Executivo e aos Conselhos de Direitos, bem como ao controle externo por parte do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Parágrafo único. O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, diante de indícios de irregularidades, ilegalidades ou improbidades em relação ao Fundo ou suas dotações nas leis orçamentárias, dos quais tenha ciência, deve apresentar representação junto ao Ministério Público para as medidas cabíveis.

Art. 23. Os Conselhos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente devem utilizar os meios ao seu alcance para divulgar amplamente:

I - as ações prioritárias das políticas de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
II - os prazos e os requisitos para a apresentação de projetos a serem beneficiados com recursos dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente;
III - a relação dos projetos aprovados em cada edital, o valor dos recursos previstos e a execução orçamentária efetivada para implementação dos mesmos;
IV - o total das receitas previstas no orçamento do Fundo para cada exercício; e
V - os mecanismos de monitoramento, de avaliação e de fiscalização dos resultados dos projetos beneficiados com recursos dos Fundos Nacional, Estaduais, Distrital e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 24. Nos materiais de divulgação das ações, projetos e programas que tenham recebido financiamento do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser obrigatória a referência ao Conselho e ao Fundo como fonte pública de financiamento.

Das Disposições Finais

Art. 25. A celebração de convênios com os recursos do Fundo para a execução de projetos ou a realização de eventos deve se sujeitar às exigências da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e legislação que regulamenta a formalização de convênios no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 26. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Carmen Silveira de Oliveira

Presidente

4.11.3. Proposta de portaria que regulamenta a fiscalização da destinação dos recursos do FIA pelo Ministério Público

PORTARIA —- / —-

Estabelece normas para fiscalização, pelo Ministério Público, da aplicação dos recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente dos municípios integrantes da Comarca de [...].

O Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de [...], no uso de suas atribuições legais, em especial o disposto nos artigos 129 e 227, da Constituição Federal e art. 260, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), resolve:

Art. 1º O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, como gestor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, prestará contas ao Ministério Público sobre a arrecadação e aplicação dos recursos a ele destinados.

Art. 2º A prestação de contas a que se refere o artigo anterior observará o procedimento estabelecido na presente portaria, sem prejuízo do cumprimento das normas legais concernentes ao controle, prestação e tomada de contas do município (Lei nº 4.320/64, art. 74) e daquelas fixadas por outros órgãos de fiscalização externa, notadamente o Tribunal de Contas do Estado.

Art. 3º Para o cumprimento do disposto nesta portaria, o Conselho remeterá ao Ministério Público, mensalmente, um balancete resumido, através do preenchimento dos relatórios anexos, do qual constará a discriminação dos valores depositados em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (anexo I - Demonstrativo de receitas), bem assim a relação das retiradas autorizadas e executadas no período (anexo II - Demonstrativo de aplicação dos recursos), acompanhadas de cópias dos cheques ou outro documento representativo do saque;

§ 1º Todos os depósitos efetuados no período serão identificados individualmente, inclusive quanto à sua origem e, no caso de doação efetuada por pessoa física ou jurídica, a título do benefício fiscal instituído pelo art. 260, da Lei nº 8.069/90, com a redação introduzida pela Lei nº 8.242/91, deverá haver a indicação precisa do nome e do CPF ou CNPJ do depositante;

§ 2º Acompanhará o expediente referido o extrato bancário do período, cujo saldo deverá conciliar-se com os valores expressos no balancete do mês e apontados no formulário próprio (anexo III - Conciliação bancária);

§ 3º Existindo mais de uma conta bancária do fundo, o procedimento acima será observado em relação a cada uma delas.

§ 4º Não havendo movimentação de recursos do fundo no período (depósitos ou retiradas), o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente comunicará a ocorrência ao Ministério Público, mediante simples ofício, o que bastará ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 4º No caso de doação de outros bens móveis ou imóveis, o Conselho remeterá ao Ministério Público, junto com o balancete mensal concernente às doações efetuadas em dinheiro, cópia do documento de doação, laudo de avaliação e ata da reunião que deliberar sobre a sua destinação;

§ 1º Se for alienado, cópia do procedimento será remetida ao Ministério Público, acompanhado do comprovante do depósito bancário do valor apurado;

§ 2º No caso do parágrafo anterior, ao ser deliberado sobre a alienação de bem de natureza diversa de dinheiro recebido em doação pelo fundo, o Ministério Público será comunicado para acompanhar o processo respectivo.
Art. 5º Ao final de cada exercício financeiro, cópia da prestação de contas a que se refere o art. 82, da Lei nº 4.320/64 será remetida ao Ministério Público, acompanhada dos balanços de que tratam os artigo 101 e seguintes, da mesma Lei.

Parágrafo único. Os documentos referidos no *caput* serão remetidos ao Ministério Público até 30 (trinta) dias depois de expirado prazo estabelecido para sua remessa ao Tribunal de Contas.

Art. 6º Anualmente, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias após a entrega à Receita Federal, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente encaminhará ao Ministério Público cópia da Declaração de Benefícios Fiscais (DBF) elaborada na forma determinada pela IN SRF nº 789/2007, da qual conste o protocolo de entrega.

Art. 7º As atas das reuniões do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ordinárias ou extraordinárias, que contenham deliberação acerca da aplicação de recursos do Fundo da Infância e Adolescência acompanharão, necessariamente, o balancete do mês em que se realizou.

Art. 8º As entidades subvencionadas com recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, independentemente de sua natureza jurídica (pública ou privada), prestarão contas da aplicação dos recursos ao Ministério Público, sem prejuízo das obrigações legais a elas impostas por outros instrumentos normativos.

Art. 9º Para cumprimento do disposto no artigo anterior, a entidade deverá remeter ao Ministério Público relatório trimestral dando conta dos recursos recebidos no período, as atividades desenvolvidas, número atualizado de crianças e adolescentes atendidos e cópia das atas das reuniões de diretoria ou assembléias realizadas.

Art. 10. Havendo necessidade, a critério do Promotor de Justiça, inclusive nas hipóteses de denúncias de desvios ou funcionamento inadequado da instituição, serão requisitadas às entidades informações complementares detalhadas sobre a aplicação dos recursos recebidos, inclusive a apresentação da documentação contábil respectiva.

§1º O Ministério Público poderá, ainda, determinar a realização de visitas periódicas às entidades subvencionadas com recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, através dos Oficiais e Analistas que integram o quadro de Apoio da Promotoria ou Coordenadoria respectiva, a fim de verificar a regularidade do funcionamento e o cumprimento das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais instrumentos legais editados a respeito, inclusive no âmbito das legislações municipais e das normativas oriundas dos Conselhos de Direitos.

§ 2º No caso das fundações, os instrumentos de controle efetuados pela Promotoria Especializada poderão, a critério do Promotor de Justiça e em decisão que será comunicada aos interessados, ser utilizados para a fiscalização de que trata esta portaria.

Art. 11. O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente remeterá à Promotoria de Justiça, até o dia 31 de janeiro de cada ano, relação atualizada das entidades e programas de atendimento a crianças e adolescentes regularmente registrados no município, com os seguintes dados:
I) nome da instituição;
II) data da criação ou instituição e do registro no Conselho;
III) natureza jurídica;
IV) nome dos integrantes da diretoria;
V) endereço e telefone da entidade;
VI) cópia do Estatuto;
VII) relação de bens imóveis eventualmente pertencentes à instituição.

Parágrafo único. Os novos registros e exclusões efetuados durante o ano serão comunicados ao Ministério Público mensalmente, cabendo ao serviço de apoio da Promotoria manter atualizado o arquivo respectivo, a fim de possibilitar as consultas necessárias.

Art. 12. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Publique-se e cumpra-se.

Remeta-se cópia aos Presidentes dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao MM. Juiz de Direito e aos senhores Prefeitos e Presidentes das Câmaras Municipais dos municípios que integram esta Comarca.

Local, data.
Promotor(a) de Justiça

5. Atuação especializada nos direitos do idoso e das pessoas portadores de deficiência

[1)]

Autor/Organizador:Procuradora de Justiça Maria Odete Souto Pereira

Considerações introdutórias

As anotações que se seguem enfocam de modo ligeiro questões atinentes à defesa do idoso e da pessoa com deficiência.

Embora se trate de dois temas distintos e dotados de peculiaridades, optou-se por uma abordagem conjunta, porque há pontos em comum, destacando-se, porém, em tópicos separados, os assuntos em que sobressaem as disparidades.

Deu-se maior destaque aos contornos e limites da atuação do Ministério Público na área, sendo tratadas pontualmente as demais questões.

A exposição foi em regra antecedida da reprodução dos dispositivos legais relacionados ao conteúdo, sem prejuízo do ementário de legislação, posto em separado.

Não foram aprofundados conceitos teóricos, mas expostos apenas na medida necessária para sustentar o raciocínio desenvolvido.

No que se refere a questões polêmicas, procurou-se noticiar a dissidência, apontando-se, porém, a corrente tida como mais acertada.

Foram reproduzidas algumas decisões de Cortes nacionais, úteis para a compreensão do texto.

Remete-se, quanto ao mais, ao endereço eletrônico do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosos (CAOPPDI), no portal do Ministério Público (www.mpmg.mp.br), onde se encontram, para consulta, jurisprudência e peças práticas.

- 5.1. Atribuições e legitimidade do Ministério Público na defesa do direito do idoso e da pessoa com deficiência
- 5.2. Acessibilidade
- 5.3. Transporte coletivo - Gratuidade
- 5.4. Fiscalização de instituições de longa permanência para idosos
- 5.5. Direito à educação
- 5.6. Ementário de legislação pertinente
- 5.7. Jurisprudência

[1)] Na primeira edição desta obra, os autores da presente área foram: a Promotora de Justiça Élida de Freitas Rezende, o analista do Ministério Público Daniel Augusto dos Reis, a supervisora Evelange Leão Rabelo, a analista do Ministério Público Júnia Elizabeth dos Reis Rezende, os oficiais do Ministério Público Márcia Borges Freire, Márcia Dutra de Morais, Rodrigo Gonçalves Marciano de Oliveira e a servidora terceirizada Silésia Batista Marinho. Na segunda edição, os autores foram: a Promotora de Justiça Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick, Antônio Carlos Guedes Arouca, Daniel Augusto dos Reis, Evelange Leão Rabelo, Júnia Elizabeth dos Reis Rezende, Márcia Borges Freire, Márcia Dutra de Morais e Silésia Batista Marinho.

5.1. Atribuições e legitimidade do Ministério Público na defesa do direito do idoso e da pessoa com deficiência

- 5.1.1. Direitos difusos e coletivos - Idoso e pessoa com deficiência
- 5.1.2. Direitos individuais homogêneos - Idoso e pessoa com deficiência
- 5.1.3. Direitos individuais puros
- 5.1.4. Atuação como "custos legis"

5.1.1. Direitos difusos e coletivos - Idoso e pessoa com deficiência

Fundamento legal

a) Constituição Federal, art. 129, III:

> São funções institucionais do Ministério Público:
>
> [...]
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

b) Constituição Federal, art. 129, IX:

> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

c) Lei nº 7.347/85, ACP, art. 5º, I:

> Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
> I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

d) Lei nº 7.347/85, ACP, art. 7°:

> Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

e) Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, a:

> Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
>
> [...]
>
> IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
>
> a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

f) Estatuto do Idoso, art. 74, I:

> Compete ao Ministério Público:
>
> I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

g) Lei nº 7.853/89, art. 3º, caput:

> As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Considerações

A respeito da relevante atribuição conferida ao Ministério Público na defesa de direitos chamados transindividuais, e sem a preocupação de discorrer sobre a conceituação e as distinções entre interesse difuso e coletivo, basta consignar que essa missão constitucional vem se consolidando e suscitando controvérsia apenas em alguns de seus contornos, sendo todavia reconhecida sem maiores debates na sua essência.

Neste terreno, desponta como aspecto a merecer especial atenção a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas.

A presente abordagem tem como ponto de partida a regra do art. 5º, § 1°, da Constituição Federal: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

O dispositivo abriga o propósito de extrair a máxima eficácia possível do texto constitucional, o que está em harmonia com a hodierna interpretação da Carta Política.

Significa dizer, por outras palavras, que, na esfera dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, a formulação e implementação de políticas públicas aptas a garanti-los não se sujeita à discricionariedade do administrador. Ao revés, a inércia do poder público consiste, no dizer do Ministro Celso de Mello, em *violação negativa da norma constitucional*, ensejadora da atuação do poder judiciário.

Não se olvida que a prerrogativa de formular políticas públicas é inerente ao Executivo e ao Legislativo, nem se ignora que a implementação dessas políticas pressupõe prévia destinação de recursos.

Mas, vinculado o administrador à Constituição e às normas infraconstitucionais dotadas de eficácia, o eventual descumprimento do dever legal é que o subordinará ao controle do judiciário, intervenção que é excepcional.

Registre-se que o comando judicial não poderá ignorar as regras que regem a aplicação das verbas públicas, porém a alegada escassez orçamentária não se presta a justificar o inadimplemento estatal.

A doutrina e a jurisprudência atuais têm conciliado os aspectos atinentes à capacidade financeira do Estado – a reserva do possível – e o dever imposto por norma de eficácia plena que obriga à garantia de condições mínimas de existência – o mínimo existencial.

Vislumbra-se nessa equação a medida do controle judicial das políticas públicas.

E, como dito, derivando a interferência do descumprimento de dever legal, não haverá ofensa à separação dos poderes.

Note-se que velar pela execução de políticas públicas pressupõe acompanhar a elaboração do orçamento, já que é norma constitucional a vedação do "início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual" (art. 167, I).

A propósito do orçamento, colhe-se do art. 165 da CF que será estabelecido em lei de iniciativa do Poder Executivo, previstas ali três modalidades: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

O Plano Plurianual define as prioridades do governo por um período de quatro anos e estabelece ligação entre elas e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) estabelece as metas e prioridades da administração pública a serem observadas na Lei Orçamentária Anual. É com base na LDO que se elabora a proposta orçamentária para o ano

seguinte.

O Projeto de Lei Orçamentária deve observar as prioridades contidas no Plano Plurianual (PPA) e as metas que deverão ser atingidas naquele ano. A Lei Orçamentária disciplina todas as ações do governo.

Na lição de José Nilo de Castro (*in* **Direito Municipal Positivo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 336), a Lei Orçamentária Anual é a lei de meios e qualifica-se como periódica, especial e formal. Periódica porque tem configuração existencial válida em tempo certo: é anual. Especial, pois se trata de lei diferente, senão estranha ao painel de leis do processo legislativo, como diferente também é o seu processo legislativo. Formal, pois, a despeito de ter forma de lei, seu conteúdo não é normativo.

Além disso, a Lei Federal nº 4.320/64, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, consolida a unicidade do orçamento, dispondo que este deve conter todas as receitas e as despesas públicas.

Feitas essas observações, vale reproduzir a feliz síntese formulada por Marcus Aurélio de Freitas Barros, no *Estatuto do Idoso Comentado*, elaborado sob a coordenação de Naide Maria Pinheiro:

> > Fala-se num controle preventivo e concomitante dos orçamentos. Há alguns exemplos. Quanto ao controle preventivo, pode ser admitido: a) quando o orçamento estiver em dissonância com o plano plurianual ou com a lei de diretrizes orçamentárias; b) quando, no caso da saúde e educação, não se respeitar as verbas vinculadas (carimbadas); e, c) quando há necessidade de inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.
> > No que toca ao controle concomitante, ou seja, durante a execução do orçamento, tem-se que é permitida a atuação do Poder Judiciário, no sentido de corrigir desvio de despesa, quando, por exemplo, estiver contemplada rubrica não prioritária, em detrimento de outra que o é. Admite-se, também, que pode ser exigida a liberação de verbas, quando estas existirem e não forem utilizadas regularmente. (p. 79).

Considerada, assim, a inafastável sujeição do administrador público às normas constitucionais e ordinárias, e tomada em linha de conta a mitigada discricionariedade em temas relacionados aos direitos sociais (acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, *vide* STJ, REsp 811608 / RS), registre-se que a elaboração de políticas públicas em prol da população idosa deverá ter por norte os seguintes dispositivos:

> > a) Constituição Federal, art. 230:
> > A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
> > § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
> > § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

> > b) Estatuto do Idoso, art. 3º:
> > É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.
> > Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> > I– atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
> > II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
> > III– destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;
> > IV– viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;
> > V– priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;
> > VI– capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

> VII– estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;
> VIII– garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

> c) Estatuto do Idoso, art. 10:
> É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.
> § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:
> I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
> II – opinião e expressão;
> III – crença e culto religioso;
> IV – prática de esportes e de diversões;
> V – participação na vida familiar e comunitária;
> VI – participação na vida política, na forma da lei;
> VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.
> § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.
> § 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Quanto aos direitos da pessoa com deficiência, merecem menção as regras que se seguem:

> a) Constituição Federal, art. 23, II:
> É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

> b) Lei nº 7.853/89, art. 1°, § 2°:
> Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.
> § 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

> c) Lei nº 7.853/89, art. 2°:
> Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.
> Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:
> I - na área da educação:
> • a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
> • a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
> • a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
> • o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a um ano, educandos portadores de deficiência;

• o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;
• a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;
II - na área da saúde:
• a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência;
• o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas;
• a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;
• a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados;
• a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;
• o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social;
III - na área da formação profissional e do trabalho:
• o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
• o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
• a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;
• a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;
IV - na área de recursos humanos:
• a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional;
• a formação e qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiências;
• o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência;
V - na área das edificações:
a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

5.1.2. Direitos individuais homogêneas - Idoso e pessoa com deficiência

Fundamento legal

a) *Lei nº 8.625/93, art. 25, IV, a:*

> Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
> […]
> IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
> para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao »consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e »paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e »homogêneos;

b) Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, III:

> A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> […]
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

c) Estatuto do Idoso, art. 74, I:

> Compete ao Ministério Público:
> I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

d) Lei nº 7.347/85, art. 21:

> Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

Considerações

Consoante a definição legal extraída do Código de Defesa do Consumidor, interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III).

Ressalte-se, desde logo, que a legitimidade do Ministério Público para as demandas acerca de direitos individuais homogêneos advém de comando constitucional, que lhe atribui não só a defesa de direitos individuais indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes.

É que na dimensão do direito ameaçado ou violado reside, muitas vezes, a relevância social, ensejadora da atuação do Ministério Público.

Por conseguinte, é equivocado o entendimento de que a legitimidade ativa do *Parquet* estaria condicionada à indisponibilidade do direito homogêneo, assim como é errôneo supor que a defesa coletiva do direito individual cinge-se às hipóteses derivadas de relação de consumo.

Em se cuidando de interesses do idoso, fica afastada qualquer alegação de ilegitimidade, por expressa menção a essa categoria de direitos, inserida no art. 74, I, da Lei nº 10.741/2003.

No que diz respeito à defesa, pelo Ministério Público, de direito individual homogêneo de pessoas com deficiência, como dito, a Constituição Federal o habilita a demandar em prol desses interesses.

A matéria foi analisada com precisão em julgado do TRF, 5ª Região, do qual se colhe o trecho a seguir:

> > […] ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arrimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social. (TRF, 5ª Região. Agravo Regimental no agravo de instrumento n° 53411 – Rel. Des. Francisco Cavalcanti – DJ 01/06/04, p. 416)

5.1.3. Direitos individuais puros
Idoso

Fundamento legal

a) Constituição Federal, art. 127, *caput*:

> O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

b) Constituição Federal, art. 129, *caput*, II e IX:

> São funções institucionais do Ministério Público:
> [...]
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
> [...]
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

c) Estatuto do Idoso, art. 43:

> As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;
> III – em razão de sua condição pessoal.

d) Estatuto do Idoso, art. 43:

> Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
> II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
> IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
> V – abrigo em entidade;
> VI – abrigo temporário.

e) Estatuto do Idoso, art.50, XIII:

> Constituem obrigações das entidades de atendimento:
> [...]
> XIII – providenciar ou solicitar que o Ministério Público requisite os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem, na forma da lei.

f) Estatuto do Idoso, art.74, I, II, III, IV: 82, *caput*:

> Compete ao Ministério Público:
> I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou

> coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;
> II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;
> III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;
> IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar;

g) Estatuto do Idoso, art.74, I, II, III, IV: 82, *caput*:

> Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.

Considerações

Na seara dos direitos individuais do idoso, poderá o Ministério Público atuar como substituto processual, legitimação que deriva de mandamento constitucional reforçado por legislação ordinária – Lei Orgânica e Estatuto do Idoso.

Deve-se salientar que a atuação do Ministério Público estará sempre atrelada ao perfil institucional traçado pela Constituição, que lhe outorgou a defesa dos interesses sociais, direitos individuais indisponíveis e o exercício de funções compatíveis com sua finalidade.

Ficam assim estabelecidas as duas primeiras premissas a delinear a atuação do Ministério Público na defesa de interesses particulares de determinado idoso: a indisponibilidade do direito protegido ou sua relevância social e a compatibilidade das atribuições com a finalidade institucional do *Parquet*.

Ressalte-se, ainda, que, atribuída à Instituição a vocação para a defesa do hipossuficiente, a vulnerabilidade, em se tratando de pessoa idosa, encontra-se traduzida nas situações enumeradas no art. 43 do Estatuto do Idoso: ameaça ou violação de direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento, ou de condição pessoal do idoso.

A situação de risco do substituído é, pois, o terceiro dos requisitos a ensejar a ação ministerial. E essa condição do idoso, com os contornos definidos no Estatuto, presta-se não só a delimitar o âmbito de atuação do Ministério Público, mas também a direcionar o objetivo e o enfoque dessa atuação – retirar o idoso da situação de risco.

Vale frisar que a missão institucional de que se trata não visa a suprir eventual falta de assistência judiciária, mas a munir o Promotor de Justiça dos instrumentos necessários para reverter a situação de risco em que se encontra o idoso.

Assim é que promoverá o órgão ministerial as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso. Em juízo, poderá manejar ação ordinária, cautelar, mandado de segurança e qualquer outro instrumento previsto na legislação processual para a defesa de direitos, na generalidade dos casos.

À guisa de conclusão, podem ser estabelecidas as seguintes condicionantes da legitimação do Ministério Público para a defesa do direito individual puro de idoso: 1) a indisponibilidade ou relevância social do direito; 2) o exercício de função condizente com o perfil institucional ditado pela Carta Política; 3) a situação de risco do idoso; 4) a atuação tendente a reverter essa situação de risco.

Ademais, convém lembrar que, às vezes, um interesse dotado de relevância social, quando observado pela óptica do direito coletivo, estará despido dessa característica, se analisado nos limites da pretensão puramente individual.

É o caso, por exemplo, dos direitos previdenciários ou assistenciais. Nessas situações, é inegável a relevância social de serem disponibilizados os benefícios conforme ditames legais, o que legitima a tutela coletiva capitaneada pelo Ministério Público. Falta ao *Parquet*, todavia, legitimidade para pleitear o direito em favor de determinado particular, uma vez que estaria defendendo interesse individual disponível, incumbência destoante da finalidade institucional.

Além da autorização legal genérica a legitimar a ação ministerial nos moldes mencionados, o Estatuto do Idoso previu expressamente a incumbência de "promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida"; "promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta lei, quando necessário ou o interesse público justificar"; determinar ou requerer medidas específicas de proteção em favor do idoso em situação de risco; requisitar documentos necessários ao exercício da cidadania.

Essas situações não destoam das premissas enumeradas, antes confirmam as conclusões expostas.

Para perfeita compreensão do que se apregoa, vale estabelecer, em arremate, a seguinte comparação: ao pleitear alimentos para idoso cujos direitos são ameaçados ou violados por omissão da família, a atuação relaciona-se diretamente com a causa da situação de risco e volta-se contra os negligentes familiares. Nas demandas previdenciárias ou relativas a benefício de prestação continuada, havendo relutância do Estado em observar os preceitos de ordem pública que regem a matéria, deve agir o Ministério Público na defesa da coletividade de potenciais prejudicados. Ofertado regularmente o benefício, não haverá omissão do governante a ser corrigida, ficando a demanda individual na esfera dos interesses disponíveis.

Pessoa com deficiência

A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis da pessoa com deficiência tem gênese na regra do já aludido art. 127 da CF.

Não se deve ignorar, todavia, que desempenhará o *Parquet* as funções compatíveis com sua finalidade institucional.

Portanto, forçoso concluir que, à indisponibilidade do direito, deve somar-se a hipossuficiência de seu titular, situação que não se deve entender como carência de recursos materiais.

É que, também aqui, não se cuida de propiciar assistência jurídica aos necessitados. O Promotor de Justiça encarregado da defesa das pessoas com deficiência ostenta atribuições para pleitear em juízo direito indisponível relacionado à deficiência, porque aí é que se situa a condição determinante da especial proteção.

Por fim, vale lembrar que tanto na defesa do senil, como na da pessoa com deficiência, é possível que a demanda individual revele lesão a interesse coletivo. Nesse caso, sempre que o pleito individual refletir situação que alcance maior número de pessoas, identificáveis ou não, deve o Promotor privilegiar a atuação mais ampla.

5.1.4. Atuação como "custos legis"
Idoso

Fundamento legal

a) Estatuto do Idoso, art. 74, II:

> Compete ao Ministério Público:
> […]
> II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;

b) Estatuto do Idoso, art. 75:

> Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.

Considerações

Atuando como fiscal da lei, compete ao Ministério Público oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idoso em situação de risco.

A literalidade do texto legal dá a medida da legitimação interventiva, à qual se aplicam as premissas relacionadas no tópico relativo à defesa dos direitos individuais puros do idoso.

Também aqui atuará o Ministério Público nos limites de seu perfil constitucional, velando por direitos indisponíveis ou revestidos de relevância social. Oficiará, então, quando figurar num dos pólos da relação processual idoso que alegue ameaça ou violação de seus direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento, ou em razão de sua condição pessoal.

Ressalte-se que as situações de risco, tal como delineadas no art. 43 do Estatuto do Idoso, decorrem de violação ou ameaça aos *direitos reconhecidos nesta lei*.

Assim, apenas reclamam a atuação do *Parquet* as discussões decorrentes da condição de idoso e tendentes a reverter a situação de risco.

A intervenção é devida, ainda, nas causas de qualquer natureza que envolvam idoso incapaz, por força da norma genérica do art. 82, I, do Código de Ritos.

Pessoa com deficiência

Fundamento legal

Lei nº 7.853/89, art. 5º:

> O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Considerações

Atuando como fiscal da lei, oficiará o Ministério Público nas ações em que se discutam interesses relacionados à

deficiência das pessoas.

Note-se que não se trata de resguardar quaisquer direitos da pessoa com deficiência, mas de assegurar a observância dos direitos decorrentes dessa condição. Haverá legitimação interventiva, quer o litigante deficiente seja capaz ou incapaz, pobre ou não, porque a relevância social, na hipótese, está ligada às características determinadoras da proteção especial.

O que se expôs neste e nos itens precedentes pode ser sintetizado nos seguintes termos: atuando como parte ou fiscal da lei, o Ministério Público deve permanecer sempre fiel à sua finalidade, agindo, de maneira condizente com seu perfil constitucional, na defesa dos direitos indisponíveis ou de relevância social.

5.2. Acessibilidade

- 5.2.1. Acessibilidade nas edificações
- 5.2.2. Acessibilidade nos serviços de transporte coletivo

5.2.1. Acessibilidade nas edificações
Fundamento legal

Condições gerais

A *construção, reforma* ou *ampliação* de edificações de uso público ou coletivo, ou a mudança de destinação para estes tipos de edificação, deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 11, Lei Federal nº 10.098/2000; art. 11, Decreto Federal nº 5.296/2004).

> a) Edificações de uso público – aquelas administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinados ao público em geral (art. 8º, VI, Decreto Federal nº 5.296/04).
> a.1) Hipóteses de implementação da acessibilidade:
> a.1.1) construção, ampliação ou reforma de edificações – garantia de, pelo menos, um dos acessos ao seu interior, com comunicação com todas as suas dependências e serviços, livre de barreiras e de obstáculos que impeçam ou dificultem a sua acessibilidade (art. 19, Decreto nº 5.296/04);
> a.1.2) edificações de uso público já existentes: prazo de trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004, para garantir acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (art. 19, § 1º, Decreto nº 5.296/04).
> b) Edificações de uso coletivo – aquelas destinadas às atividades de natureza comercial, hoteleira, cultural, esportiva, financeira, turística, recreativa, social, religiosa, educacional, industrial e de saúde, inclusive as edificações de prestação de serviços de atividades da mesma natureza (art. 8º, VII, Decreto Federal nº 5.296/04).
> b.1) Hipóteses de implementação da acessibilidade: a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas técnicas de acessibilidade da ABNT (art. 18, Decreto Federal nº 5.296/04).

Condições específicas

> a) Teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casas de espetáculo, salas de conferência e similares (art. 23, Decreto Federal nº 5.296/04), deverão garantir:
> a.1) reserva de, pelo menos, dois por cento da lotação do estabelecimento para pessoas em cadeira de rodas;
> a.2) reserva de dois por cento dos assentos para acomodação de pessoas portadoras de deficiência visual e de pessoas com mobilidade reduzida;
> a.3) adaptação de rotas de fuga e saídas de emergência, de modo a torná-las acessíveis;
> a.4) as áreas de acesso aos artistas, tais como coxias e camarins, devem ser acessíveis a pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Prazo para adaptação das edificações já existentes:

- edificações de uso público – trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004;
- edificações de uso coletivo – quarenta e oito meses, a contar de 3 de dezembro de 2004.

> b) Estabelecimentos de ensino de qualquer natureza (art. 24, Decreto Federal nº 5.296/04).
> b.1) Deverão proporcionar condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários;
> b. 2) Para a concessão de autorização de funcionamento, de abertura ou renovação de curso pelo Poder Público, o estabelecimento de ensino deverá comprovar que:
> I - está cumprindo as regras de acessibilidade arquitetônica, urbanística e na comunicação e informação previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e na legislação específica;

> II - coloca à disposição de professores, alunos, servidores e empregados portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida ajudas técnicas que permitam o acesso às atividades escolares e administrativas em igualdade de condições com as demais pessoas; e
> III - seu ordenamento interno contém normas sobre o tratamento a ser dispensado a professores, alunos, servidores e empregados portadores de deficiência, com o objetivo de coibir e reprimir qualquer tipo de discriminação, bem como as respectivas sanções pelo descumprimento dessas normas.

Prazo para adaptação das edificações já existentes:

- estabelecimentos públicos – trinta meses, a contar de 3 de dezembro de 2004;
- estabelecimentos privados – quarenta e oito meses, a contar de 3 de dezembro de 2004.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 15.816, de 16 de novembro de 2005, determina que os estabelecimentos de ensino, públicos e privados, são obrigados a oferecer condições de acesso e utilização de suas instalações a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, condicionando a autorização de funcionamento e o reconhecimento do curso de educação ao cumprimento dos requisitos de acessibilidade previstos na Lei Federal nº 10.098/2000. Para os estabelecimentos de ensino já em funcionamento, a lei concede um prazo de cinco anos, contado da data de sua publicação, para a adequação de seus espaços físicos.

Entretanto, por divergir do que dispõe o Decreto Federal nº 5.296/2004, em prejuízo dos destinatários do direito, o prazo contido na Lei Estadual nº 15.816/2005 não deve ser aplicado.

Vale lembrar que, enquanto regulamentador das Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000, as quais têm o *status* de lei nacional, o Decreto Federal nº 5.296/2004 deve ser tratado como norma geral e pode ser complementado apenas pelas disposições da legislação dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, bem como pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, nos termos de seu art. 14.

> c) Instituições financeiras (art. 5º, § 3º, Decreto Federal nº 5.296/04; Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.878/01).

Nos termos da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.878, de 26 de julho de 2001, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem garantir:

a) acesso ao interior da agência para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, observado o sistema de segurança previsto na legislação e regulamentação em vigor;
b) acessibilidade aos guichês de caixa e aos terminais de autoatendimento, e facilidade de circulação para as pessoas com deficiência.

Prazo para adaptação das edificações já existentes:

* 720 dias, a contar de 3 de dezembro de 2004 (art. 9º, § 1º, Resolução CMN nº 2.878/2001).

A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil publicou a Circular nº 3.369/2001, que dispõe acerca da comprovação do cumprimento dos requisitos de acessibilidade previstos no Decreto nº 5.296/2004 pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. A circular, além de exigir a comprovação dos requisitos de acessibilidade até o início das atividades de agências e postos de atendimento, concede o prazo de 360 dias para adaptação das agências já instaladas.

Entretanto, tendo em vista que a Circular nº 3.369/2001 não revoga a Resolução CMN nº 2.878/2001, deve ser respeitado o prazo previsto nesta última, qual seja, 720 dias a contar da publicação do Decreto Federal nº 5.296/2004, ficando o prazo previsto na circular adstrito à atuação administrativa do Banco Central do Brasil.

Conclusão

Diante do exposto, vê-se que a legislação em vigor é plenamente eficaz no tocante à implementação da acessibilidade nas edificações de uso público e de uso coletivo.

As edificações de uso público, em âmbito federal, estadual ou municipal, não adaptadas aos requisitos de acessibilidade até a presente data encontram-se em mora, visto ter expirado o prazo de 30 meses, contado da publicação do Decreto Federal nº 5.296/2004, para implementação das mudanças necessárias.

Teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casas de espetáculo, salas de conferência e similares e estabelecimentos de ensino de qualquer natureza têm prazos variados, conforme a natureza pública ou privada, para a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Para aquelas cujo prazo é de 30 meses, a contar da publicação do Decreto Federal, pode o Ministério Público exigir-lhes a adequação de conduta. De outra parte, ainda resta lapso temporal para as edificações cujo prazo é de 48 meses. Por sua vez, as instituições financeiras já devem se adequar às normas de acessibilidade, uma vez expirado o prazo previsto na Resolução CMN nº 2.878/01.

Quanto às edificações de uso coletivo que não estejam entre aquelas mencionadas no parágrafo anterior, a implementação da acessibilidade restringe-se às hipóteses de construção, ampliação ou reforma, nos termos do art. 18 do Decreto Federal nº 5.296/2004.

5.2.2. Acessibilidade nos serviços de transporte coletivo
Fundamento legal

Condições gerais

Consideram-se integrantes dos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias principais, acessos e operação. Esses são considerados acessíveis quando todos os seus elementos são concebidos, organizados, implantados e adaptados segundo o conceito de desenho universal, garantindo o uso pleno com segurança e autonomia por todas as pessoas, como disposto no Decreto Federal nº 5.296/2004, arts. 31 e 34.

Ainda segundo o Decreto Federal, a infraestrutura de transporte coletivo a ser implantada deverá ser acessível e estar disponível para ser operada de forma a garantir o seu uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 34, parágrafo único).

Para tanto, as empresas concessionárias e permissionárias e as instâncias públicas responsáveis pela gestão dos serviços de transporte coletivo deverão garantir, conforme as normas específicas abaixo relacionadas, e no âmbito de suas competências, a implantação das providências necessárias na operação, nos terminais, nas estações, nos pontos de parada e nas vias de acesso.

Acessibilidade no transporte coletivo rodoviário

Veículos novos

As normas técnicas de acessibilidade para a fabricação de veículos, exigência do art. 38 do Decreto nº 5.296/04, já foram publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), tendo o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro) reconhecido sua vinculação ao mencionado decreto. São elas:

- ABNT/NBR 15.320 – Acessibilidade à Pessoa com Deficiência no Transporte Rodoviário. Válida a partir de 30 de janeiro de 2006. Vinculada ao decreto pela Resolução Conmetro nº 04/2006.
- ABNT/NBR 14.022 – Transporte – Acessibilidade em veículos de transporte de passageiros. Válida a partir de 16 de novembro de 2006. Vinculada ao decreto pela Resolução Conmetro nº 14/2006.

Quanto aos prazos, o Decreto nº 5.296/04 determina que os fabricantes têm vinte e quatro meses, a contar da edição das normas técnicas, para produzir todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo rodoviário para utilização no país de forma acessível, devendo estar disponíveis para integrar a frota operante (Decreto Federal nº 5.296/2004, art. 38).

A substituição da frota operante atual por veículos acessíveis, a ser feita pelas empresas concessionárias e permissionárias de transporte coletivo rodoviário, dar-se-á gradativamente, conforme o prazo previsto nos contratos de concessão e permissão deste serviço, num período máximo de cento e vinte meses, a contar da publicação do decreto (art. 38, § 2º e § 3º).

Veículos em circulação

Para a frota de veículos em circulação, o Inmetro elaborou dois Regulamentos Técnicos da Qualidade (RTQ), que apontam as adaptações/modificações a que estes veículos deverão se submeter. Para isso, foram considerados fatores como a idade dos veículos, capacidade, relação custo/benefício, entre outros. Os RTQs são:

• Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Veículos de Características Urbanas para o Transporte Coletivo de Passageiros – aprovado pela Portaria Inmetro/MDIC nº 260, de 12 de julho de 2007.
• Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Veículos de Características Rodoviárias para o Transporte Coletivo de Passageiros – este regulamento técnico esteve em consulta pública até o dia 4 de novembro de 2007, conforme Portaria Inmetro/MDIC nº 340, de 31 de agosto de 2007, publicada no Diário Oficial da União no dia 04 de setembro de 2007. Atualmente, encontram-se em fase

de análise os comentários advindos da referida consulta que, uma vez concluídos, darão corpo ao regulamento, o qual então será publicado.

As adaptações nos veículos de características urbanas deverão ser realizadas no prazo máximo de vinte e quatro meses, contados a partir da data de publicação da Portaria Inmetro/MDIC nº 260, de 18 de julho de 2007. Os proprietários dos veículos serão responsáveis pela realização das adaptações e inspeções necessárias dentro do prazo determinado, devendo para tanto estabelecer um planejamento que considere a quantidade de Organismos de Inspeção Acreditados (OIA) pelo Inmetro, as suas localizações e o tamanho da frota que será adaptada (Portaria Inmetro/MDIC nº 260, art. 4º).

Quanto à infraestrutura desse serviço de transporte coletivo, ela deverá estar totalmente acessível no prazo máximo de cento e vinte meses, a contar da data de publicação do Decreto Federal nº 5.296/04 (art. 38, § 3º). Cabe aqui trazer o comando geral contido no art. 9º daquele estatuto, o qual prescreve premissas básicas para implementação das ações de acessibilidade:

> Art. 9º. A formulação, implementação e manutenção das ações de acessibilidade atenderão às seguintes premissas básicas:
> I - a priorização das necessidades, a programação em cronograma e a reserva de recursos para a implantação das ações; e
> II - o planejamento, de forma continuada e articulada, entre os setores envolvidos.

Acessibilidade no transporte coletivo aquaviário

Embarcações novas

Foi publicada no dia 1º de dezembro de 2006 a norma ABNT/NBR nº 15450, que trata da acessibilidade de passageiros no sistema de transporte aquaviário, vinculada ao Decreto nº 5.296/2004 pela Resolução Conmetro nº 15/2006. Desde então, as empresas têm trinta e seis meses para fabricar todos os modelos e marcas acessíveis e disponibilizá-los para integrar a frota operante (art. 40, Decreto nº 5.296/04).

Embarcações em circulação

O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) elaborou diagnóstico sobre o sistema de transporte aquaviário. Com base no resultado da pesquisa, foi definido um elenco de adaptações possíveis para determinados tipos de embarcações. Essas adaptações serão estabelecidas no Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adaptação de Acessibilidade em Embarcações Utilizadas no Transporte Coletivo de Passageiros, que esteve em consulta pública até o dia 4 de novembro de 2007, conforme Portaria Inmetro/MDIC nº 339, de 31 de agosto de 2007, publicada no DOU em 4 de setembro de 2007.

A partir da publicação do regulamento técnico, as empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo aquaviário deverão garantir, no prazo de até cinquenta e quatro meses, a acessibilidade da frota de veículos em circulação, inclusive de seus equipamentos (art. 41, Decreto nº 5.296/2004).

Pela conjugação do art. 40, § 2º, com o art. 36 do Decreto da Acessibilidade, as adequações na infraestrutura dos serviços desta modalidade de transporte têm exigência imediata, com a ressalva do já citado art. 9º.

Acessibilidade no transporte coletivo metroferroviário e ferroviário

A frota de veículos de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário, assim como a infraestrutura dos serviços deste transporte, deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses, a contar da data de publicação do Decreto nº 5.296/04 (art. 42, Decreto nº 5.296/2004). A acessibilidade obedecerá às seguintes normas técnicas:

- NBR 14020 – Acessibilidade à Pessoa Portadora de Deficiência – Trem de Longo Percurso. Válida a partir de 29 de janeiro de 1998.
- NBR 14021 – Transporte – Acessibilidade no sistema de trem urbano ou metropolitano. Válida a partir de 31 de julho de 2005.

No prazo de até trinta e seis meses, a contar da data da publicação do Decreto Federal, todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão ser fabricados acessíveis e estar disponíveis para integrar a frota operante, de forma que garanta o seu uso por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 42, § 2º, Decreto nº 5.296/2004).

As empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão apresentar plano de adaptação dos sistemas existentes, prevendo ações saneadoras de, no mínimo, oito por cento ao ano sobre os elementos não acessíveis que compõem o sistema (art. 43, Decreto nº 5.296/2004).

Acessibilidade no transporte coletivo aéreo

No prazo de até trinta e seis meses, a contar da data da publicação do Decreto nº 5.296/04, os serviços de transporte coletivo aéreo e os equipamentos de acesso às aeronaves estarão acessíveis e disponíveis para serem operados de forma que garanta o seu uso por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 44, Decreto nº 5.296/04).

A acessibilidade nos serviços de transporte coletivo aéreo obedecerá ao disposto na Norma de Serviço da Instrução da Aviação Civil NOSER/IAC – 2508-0796, de 1º de novembro de 1995, expedida pelo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica, e nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

Prazo contido na Lei Federal nº 10.048/2000

A Lei Federal nº 10.048/2000, que dispõe sobre o atendimento prioritário às pessoas com deficiência, contém norma a respeito do acesso dessas pessoas aos veículos de transporte coletivo, nos seguintes termos:

> Art 5º Os veículos de transporte coletivo a serem produzidos após doze meses da publicação desta Lei serão planejados de forma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas portadoras de deficiência.
> § 1º (vetado)
> § 2º Os proprietários de veículos de transporte coletivo em utilização terão o prazo de cento e oitenta dias, a contar da regulamentação desta Lei, para proceder às adaptações necessárias ao acesso facilitado das pessoas portadoras de deficiência.

É certo que a Lei nº 10.048/00 traz prazos mais exíguos para a implementação da acessibilidade nos veículos de transporte coletivo. No entanto, é preciso destacar que o Decreto nº 5.296/04 lida não apenas com os veículos, mas com todos os elementos integrantes dos serviços de transporte coletivo, incluídos os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias, acessos e operação. O regulamento impõe deveres tanto a particulares quanto ao poder público, com vistas à acessibilidade de todo o sistema. Nesse sentido, os prazos do decreto federal mostram-se condizentes com a dimensão e alcance das medidas a serem implementadas.

Ao trabalhar com pressupostos como planejamento, reserva de recursos e articulação entre os setores envolvidos, o referido diploma demonstra que a implantação das providências necessárias exige grande esforço. Basta citar o tamanho da frota que será adaptada e o quantitativo e a capacidade operacional dos órgãos de inspeção acreditados no território nacional.

Conclusão

Foram apresentados prazos e condições para implementação da acessibilidade aos serviços de transporte coletivo. Importante ressaltar que as obrigações oriundas das disposições legais recaem tanto sobre as empresas concessionárias e permissionárias, como também sobre as instâncias públicas responsáveis pela gestão dos serviços de transporte coletivo. Nesse contexto, tendo-se em vista o grande número de medidas que devem ser tomadas, assim como o vulto dos recursos exigidos, mais que observar o cumprimento das obrigações cujo prazo já transcorreu, necessário se faz diligenciar no sentido de verificar do poder público e dos demais envolvidos o planejamento, de forma continuada e articulada, com vistas à efetivação dos direitos consagrados às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. Com efeito, conforme vislumbrado pelo próprio Decreto Federal nº 5.296/2004, para a formulação, implementação e manutenção das ações de acessibilidade, são indispensáveis a priorização das necessidades, a programação em cronograma, a reserva de recursos e o intercâmbio entre os órgãos e entidades competentes.

5.3. Transporte coletivo - Gratuidade
Passe livre no transporte coletivo urbano, intermunicipal e interestadual, para idosos e pessoas com deficiência
Transporte coletivo urbano

Idoso

• Abrangência:

Gratuidade irrestrita às pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, na modalidade de transporte coletivo urbano rodoviário e metroferroviário.

• Requisitos:

Apresentação de documento pessoal que comprove a idade.

• Fundamento legal:

a) Constituição Federal, art. 230, § 2º.
b) Estatuto do Idoso, art. 39.

O Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003), em seu art. 39, foi além do disposto no art. 230, § 2º, da CF/88, estendendo a gratuidade ao *transporte coletivo semiurbano*. O art. 39, § 3º, do Estatuto do Idoso confere à legislação local, ainda, a prerrogativa de estender a gratuidade no transporte coletivo urbano às pessoas compreendidas na faixa etária entre sessenta e sessenta e cinco anos.

• Atual situação:

Quanto à gratuidade no transporte coletivo urbano, qualquer controvérsia a respeito está ultrapassada, pois se trata de preceito constitucional autoaplicável que vem sendo praticado desde 1988, ano da promulgação da Carta Magna.

Porque é serviço público essencial e de peculiar interesse, o transporte coletivo urbano pode ser prestado diretamente pelo município ou sob regime de permissão ou concessão, sendo que, no caso de delegação, a empresa concessionária pode pleitear a readequação econômico-financeira do contrato, se ficar demonstrado o impacto da gratuidade nos custos de operação.

Em Belo Horizonte, a empresa gestora do transporte local instituiu a Câmara de Compensação Tarifária (CCT), no intuito de manter equilibrado o sistema de transporte coletivo do Município por meio do processamento e redistribuição dos custos suportados pelas diversas empresas concessionárias que compõem o sistema.[1)]

A polêmica se instala ao ser analisado o transporte coletivo semiurbano, que vem suscitando inúmeras dúvidas na sua aplicação, mormente quanto à definição de linha semiurbana. A legislação pouco dispõe a respeito, constando uma definição apenas no Decreto Estadual nº 32.656/91, que contém o Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal do Estado de Minas Gerais (RSTC):

> Art. 2º. Para efeito deste Regulamento, considera-se:
> [...]
> XII - LINHA SEMI-URBANA: a linha que opera em itinerário praticamente urbanizado, apresentando intensa variação de demanda de passageiros ao longo do dia;

Tendo-se em conta que a definição de linha semiurbana se encontra na legislação que regulamenta o transporte coletivo intermunicipal, é possível firmar o entendimento de que esse tipo de transporte representa uma modalidade especial do modal intermunicipal. Com efeito, a sua definição leva a crer que a intenção foi equiparar a modalidade semiurbana ao transporte urbano, em razão da semelhança de suas características. É o que ocorre, por exemplo, nos serviços de transporte prestados entre municípios de uma mesma Região Metropolitana, uma vez que, apesar de extrapolarem os limites de um município, representam quase que uma extensão do serviço de transporte público municipal.

Há, contudo, posição diversa no sentido de considerar como semiurbano o transporte rural, ou seja, a condução feita, dentro da circunscrição de um mesmo município, entre o centro e seus distritos ou bairros rurais.

As duas posições podem ser encontradas em julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por ocasião de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, conforme peças processuais disponibilizadas no sítio eletrônico do CAOPPDI.

A propósito do tema, reproduz-se, a seguir, resposta a consulta formulada por este Centro de Apoio ao DER/MG:

- deve-se, inicialmente, diferenciar o conceito jurídico institucional do conceito operacional, das linhas designadas de semiurbanas;
- linhas semiurbanas são as que ligam um determinado conglomerado urbano aos diversos núcleos populacionais (tais como distritos, povoados e demais localidades) de um mesmo município;
- são linhas que interligam a área urbana/cidade às demais localidades fora do perímetro urbano, mas sempre dentro dos limites territoriais do mesmo município, constituindo-se estas em linhas de transportes coletivos semiurbanas;
- trata-se, portanto, de serviço público essencial de atribuição do município e de sua competência administrativa;
- com referência ao disposto no inciso XII do art. 2º do Decreto nº 32.656/91, trata-se a designação de linha semiurbana de terminologia técnica adotada para caracterizar um serviço intermunicipal realizado à semelhança operacional do serviço municipal semiurbano;
- assim, entende-se como linha semiurbana a prestação de um serviço de competência administrativa restrita ao município, ao passo que a terminologia adotada a âmbito do Estado define tão somente o *modus operandi* do serviço da linha intermunicipal;
- portanto, em observância ao conceito jurídico-institucional da matéria, não pode o Estado prestar serviço público de interesse local (art. 30, IV, da CF), no que se incluem as linhas semiurbanas propriamente ditas;
- a designação de linha semiurbana, utilizada no Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros (RSTC) (Decreto nº 32.656/91), é aplicada tão somente como mero conceito operacional de serviço de sua competência, o que não há de confundir-se com aquele prestado pelo município;
- assim exposto, as linhas da Região Metropolitana não podem, por força de competência administrativa, distinta e diversa, ser consideradas linhas semiurbanas, pois que, conforme anteriormente elucidado, são estas intermunicipais;
- portanto, o DER/MG não tem sob sua jurisdição linhas semiurbanas, as quais, voltamos a frisar, estão adstritas exclusivamente à competência dos municípios.

• Reserva de assentos:

Nos veículos de transporte coletivo urbano e semiurbano, devem ser reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente, consoante Estatuto do Idoso, art. 39, § 2º, e normas técnicas da ABNT.

A reserva de assentos não se confunde com a gratuidade. Trata-se de dois benefícios distintos, com requisitos e abrangência diversos.

Deve, pois, ser coibida a censurável prática de impedir o acesso de beneficiários da gratuidade à parte traseira do veículo, após a roleta, praxe que decorre de ineficiência das concessionárias e permissionárias do serviço público de transporte na operacionalização do passe livre. Não é demasiado lembrar que a conduta abriga inexplicável contradição, pois trata como limitação um privilégio – a reserva de assentos. Além disso, é de se ver que o número de beneficiários da gratuidade (idosos com sessenta e cinco anos ou mais) tende a ser expressivamente superior ao dos assentos reservados (dez por cento em cada veículo), o que pode gerar extremo desconforto e até insegurança.

Pessoa com deficiência

• Legislação:

Não há lei federal ou estadual, no âmbito do Estado de Minas Gerais, que preveja a gratuidade para a pessoa com deficiência no transporte coletivo urbano.

Deve ser observada a legislação municipal, se houver.

• Reserva de vagas:

Nos veículos de transporte coletivo de *características urbanas*, devem ser reservados dez por cento dos assentos para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, sendo garantido mínimo de dois assentos, conforme Decreto Federal nº 5.296/04, que regulamenta as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00, e normas técnicas da ABNT.

Transporte coletivo intermunicipal

Idoso e pessoa com deficiência

• Abrangência:

Gratuidade às pessoas com deficiência física, mental e visual, e com idade superior a 65 anos, extensiva a acompanhante, se constatada a necessidade para locomoção do deficiente.

• Requisito:

Credenciamento no Estado, e munido da seguinte documentação:

a) atestado comprobatório da deficiência;
b) atestado de que é pobre, no sentido legal, expedido por autoridade competente;
c) carteira de identidade expedida por órgão competente;
d) duas fotografias 3×4.

O Estado deverá celebrar convênio com as empresas de transporte coletivo intermunicipal, estabelecendo as condições para assegurar-lhes a indenização relativa aos custos decorrentes da concessão dos benefícios (Decreto Estadual nº 32.649/91, art. 11).

• Fundamento legal:

a) Lei Estadual nº 10.419/91;
b) Decreto Estadual nº 32.649/91.

• Atual situação:

Com o objetivo de fazer cumprir a referida legislação, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face do Estado de Minas Gerais e do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/MG), e, em março de 2000, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu negar o direito ao passe livre intermunicipal, com o fundamento de ausência de previsão orçamentária para cobrir as despesas inerentes à aplicação legal.

Assim, atualmente, tal legislação não possui eficácia, embora esteja em vigor.

Não há lei de âmbito nacional que garanta o direito no transporte intermunicipal. Portanto, a situação será modificada apenas com a atuação do poder público, com previsão legal ou contratual acerca do custeio do benefício.

• Reserva de vagas:

As concessionárias de transporte coletivo intermunicipal de passageiros deverão demarcar as duas primeiras poltronas dos veículos para uso preferencial de pessoas com dificuldades de locomoção temporária ou

permanente, conforme disposto na Lei Estadual nº 15.083/04 e no seu regulamento, o Decreto nº 44.008/05.

Transporte coletivo interestadual

Idoso

• Abrangência:

Oferta dos seguintes benefícios no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais *rodoviário, ferroviário e aquaviário*:

a) a reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos (60 anos ou mais) com renda igual ou inferior a dois salários mínimos;

b) desconto de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens, para os idosos (60 anos ou mais) que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a dois salários mínimos.

• Requisitos:

Apresentação, no ponto de venda de passagens, de:

a) documento pessoal de identidade, com fé pública, que contenha foto, para comprovação da idade;
b) documento comprobatório da renda: Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas; contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou por outro regime de previdência social público ou privado; documento ou carteira emitida pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência Social, ou congêneres.

• Fundamento legal:

a) Lei Federal nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), art. 40.
b) Decreto Federal nº 5.934/06.
c) Resolução ANTT nº 1.692/06.

• Atual situação:

A Associação Brasileira das Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros (ABRATI) ingressou com uma ação ordinária contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), objetivando o não cumprimento do Estatuto do Idoso, com o argumento de que a legislação não previu a fonte de custeio para arcar com tal gratuidade.

Após sucessivas impugnações de ambas as partes, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de suspensão de segurança formulado pela ANTT, restabelecendo a decisão de "[...] manter incólume a aplicação e fiscalização do art. 40, I e II, da Lei nº 10.741/2003, e seus atos complementares" até o julgamento da Ação Ordinária nº 2006.34.00.033067-1.

Atualmente, portanto, as empresas concessionárias do transporte coletivo interestadual estão obrigadas a implementar o referido benefício.

Os feitos aludidos têm trâmite na Justiça Federal porque figuram no pólo passivo a ANTT e a União. É de observar, todavia, que a agência reguladora e a União não são litisconsortes passivas necessárias nas ações atinentes à relação jurídica estabelecida entre os usuários a as concessionárias do serviço público, relação que é autônoma e se distingue daquela instaurada entre estas e o poder cedente (cf. STJ, Recurso Especial nº 788.806-MS). Logo, as causas eventualmente ajuizadas em desfavor das concessionárias ou permissionárias do serviço público para efetivação do benefício terão curso perante a Justiça Estadual.

Quanto à fruição, no transporte aéreo, dos benefícios previstos no art. 40 do Estatuto do Idoso, em que pese a previsão genérica do dispositivo, segundo a qual todas as modalidades de transporte coletivo interestadual de passageiros estariam compreendidas, faltam normas de regulamentação para exercício do direito, nos termos

do parágrafo único do mesmo artigo, já que o decreto faz expressa menção apenas aos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário.

Pessoa com deficiência

• Abrangência:

Gratuidade no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário e ferroviário, para pessoa com deficiência física, mental, auditiva ou visual comprovadamente carente, cuja renda familiar mensal per capita seja de até um salário mínimo.

• Requisitos:

Expedição da carteira do passe livre, por meio de requerimento endereçado ao Ministério dos Transportes com a apresentação da seguinte documentação:

a) cópia de um documento de identidade válido;
b) laudo de equipe multiprofissional do SUS que comprove a deficiência ou incapacidade do interessado;
c) requerimento com declaração de que possui renda familiar mensal per capita igual ou inferior a um salário mínimo.

• Fundamento legal:

a) Lei Federal nº 8.899/94.
b) Decreto Federal nº 3.691/2000.
c) Portaria do Ministério dos Transportes nº 01/2001.

• Atual situação:

Encontra-se plenamente em vigor e efetivamente implantado.

Conclusão

Está plenamente em vigor o passe livre no transporte coletivo urbano e interestadual para pessoas idosas.

Já em relação às pessoas com deficiência, está garantido o passe livre interestadual. No transporte municipal, o direito dependerá de lei local.

Quanto ao transporte intermunicipal, apesar de previsto o direito em lei estadual, indistintamente, para o idoso e para a pessoa com deficiência, sua eficácia depende de previsão de fonte de custeio, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

[1)] OLIVEIRA, Marcos Fontoura de. Transporte, privilégio e política: um estudo sobre a gratuidade no transporte coletivo em Belo Horizonte. Belo Horizonte: Guanabara, 2002

5.4. Fiscalização de instituições de longa permanência para idosos

Normas aplicáveis

Consultar o Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), a Lei n° 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), o Decreto n° 1.948/96 e a Resolução ANVISA nº 283/05.

Aspectos a serem observados quando da fiscalização de ILPI

As entidades governamentais e não governamentais de atendimento ao idoso serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, pelo Ministério Público, pela Vigilância Sanitária e por outros previstos em lei. O art. 52 do Estatuto do Idoso atribui ao Parquet a função de relevo.

Entre os mandamentos legais voltados para as pessoas idosas, há questões direcionadas para a elaboração de políticas públicas – portanto, de responsabilidade da União, do Estado e do Município –, que deverão ser oferecidas à população idosa em geral, incluindo-se aqueles idosos asilados. Já outros dispositivos legais tratam de requisitos exigíveis da instituição asilar propriamente dita, independentemente de ser filantrópica ou com fins lucrativos.

Além disso, vale lembrar que compete ao poder público garantir assistência asilar, na forma da lei, ao idoso que não tenha meios de prover à sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à manutenção dele, conforme o art. 14 do Estatuto do Idoso e o art. 17, parágrafo único, do Decreto Federal nº 1.948/96. Porém, se o município não tiver instituição para esse fim, o serviço pode ser prestado pelas entidades filantrópicas já existentes, assumindo também o poder público a responsabilidade pela observância dos requisitos legais exigidos para o funcionamento destas.

Dessa forma, ao proceder à fiscalização de Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI), o Promotor de Justiça pode deparar-se com situações a reclamar solução em esferas diversas, por exemplo, observar carência de políticas públicas, a cargo do Município, do Estado ou da União, identificar providências exigíveis da própria ILPI e fazer cumprir medidas incluídas entre as obrigações da entidade asilar, que podem ser assumidas pelo poder público, sobretudo se não houver instituição governamental no município.

Da análise da legislação pertinente, em especial da Lei n° 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), de seu respectivo Decreto nº 1.948/96 e do Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003), apontam-se como obrigações do poder público:

> * garantir ao idoso a assistência integral à saúde, entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos (Estatuto do Idoso, art. 15, Decreto Federal nº 1.948/96, art. 9º, inciso I);
>
> * fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (Estatuto do Idoso, art. 15, § 2º,Decreto Federal nº 1.948/96, art. 9º, inciso V);
>
> * assegurar ao idoso que não tenha meios de prover à sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à sua manutenção, assistência asilar, na forma da lei (Estatuto do Idoso, art. 14, Decreto Federal nº 1.948/96, art. 17, parágrafo único);
>
> * providenciar o atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural (Estatuto do Idoso, art. 15, inciso IV).

Já com relação ao funcionamento das Instituições de Longa Permanência para Idosos, de acordo com a

legislação supracitada e com a Resolução ANVISA nº 283/05, que define normas de funcionamento para as ILPIs, são requisitos mínimos os listados a seguir.

Requisitos relativos à pessoa jurídica

Possuir estatuto registrado com objetivos e plano de trabalho compatíveis com os princípios do Estatuto do Idoso, quais sejam (art. 48, II, e art. 49 do Estatuto do Idoso e Resolução ANVISA nº 283/2005):

> I – preservação dos vínculos familiares;
> II – atendimento personalizado e em pequenos grupos;
> III – manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior;
> IV – participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo;
> V – observância dos direitos e garantias dos idosos;
> VI – preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade;

> possuir Regimento Interno (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.2); possuir alvará sanitário atualizado expedido pelo órgão sanitário competente (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.1);
>
> inscrever seu programa junto ao Conselho do Idoso (Municipal, Estadual ou Nacional), especificando os regimes de atendimento (Estatuto do Idoso, art. 48, parágrafo único);
>
> demonstrar a idoneidade de seus dirigentes (Estatuto do Idoso, art. 48, parágrafo único);
>
> o Responsável Técnico – RT, que responde pela instituição junto à autoridade sanitária local, deve possuir formação de nível superior (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.3); manter a identificação externa visível da entidade (Estatuto do Idoso, art. 37, § 2º).

Requisitos relativos ao idoso

> * providenciar ou solicitar ao Ministério Público que requisite os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles idosos que não os possuam (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XIII);
> * fazer constantemente o levantamento dos idosos que necessitam de interdição e encaminhar o caso ao Ministério Público (Estatuto do Idoso, art. 74, inciso II);
> * comunicar ao Ministério Público a situação de abandono moral ou material dos idosos por parte dos familiares (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XVI);
> * firmar contrato escrito de prestação de serviço com o idoso, especificando o tipo de atendimento, as obrigações da entidade e prestações decorrentes do contrato, com os respectivos preços, se for o caso (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso I);
> * manter arquivo de anotações completo onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do idoso, responsável, parentes, endereços, cidade, relação de seus pertences, bem como o valor de contribuições, e suas alterações, se houver, e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XV);
> * encaminhar para a instituição de saúde adequada os idosos portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente (vedação de manter tais idosos na instituição conforme Lei Federal nº 8.842/94, art. 4º, parágrafo único, e Decreto Federal nº 1.948/96, art. 18);
> * comunicar à autoridade competente de saúde toda a ocorrência de idoso portador de doenças infecto-contagiosas (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XII).

Quanto ao atendimento prestado pela entidade

> * Fornecer atendimento personalizado (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XV);
> * elaborar estudo social e pessoal de cada caso (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XI);
> * viabilizar cuidados específicos à saúde dos idosos asilados (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VIII);
> * propiciar a assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso X);
> * promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VIII);

* diligenciar no sentido de preservar os vínculos familiares (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VI).

Quanto às condições da entidade

* preservar a identidade e a privacidade do idoso, assegurando um ambiente de respeito e dignidade (Estatuto do Idoso, art 49, inciso VI, e Resolução ANVISA nº 283/05);

* fornecer vestuário adequado, se a entidade for pública, e alimentação suficiente (Lei Federal nº 10.741/2003, art. 37, § 3º, e art. 50, inciso III);

* oferecer instalações físicas com os requisitos de acessibilidade a todas as pessoas com dificuldade de locomoção, segundo o estabelecido na Lei Federal 10.098/2000, bem como no Estatuto do Idoso, art. 37, § 3º e art. 50, inciso IV;

* oferecer acomodações apropriadas para o recebimento de visitas (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso VII);

* fornecer comprovante de depósito dos bens móveis que receberem dos idosos (Estatuto do Idoso, art. 50, inciso XIV);

* promover a convivência mista entre os residentes de diversos graus de dependência, assim como a integração dos idosos nas atividades desenvolvidas pela comunidade local, favorecendo o desenvolvimento de atividades conjuntas com pessoas de outras gerações (Resolução ANVISA nº 283/05);

* a Instituição de Longa Permanência para Idosos deve apresentar os seguintes recursos humanos, com vínculo formal de trabalho:

1) responsável técnico com carga horária mínima de 20 horas por semana;
2) um cuidador, com carga horária de 8 horas/dia, para cada 20 idosos com grau de dependência I (idosos independentes, mesmo que requeiram uso de equipamentos de auto-ajuda);
3) um cuidador, por turno, para cada dez idosos com grau de dependência II (idosos com dependência em até três atividades de autocuidado para a vida diária tais como: alimentação, mobilidade, higiene; sem comprometimento cognitivo ou com alteração cognitiva controlada);
4) um cuidador, por turno, para cada 6 idosos com grau de dependência III (idosos com dependência que requeiram assistência em todas as atividades de autocuidado para a vida diária e ou com comprometimento cognitivo);

* para as atividades de lazer: um profissional com formação de nível superior para cada 40 idosos, com carga horária de doze horas por semana;

* para serviços de limpeza: um profissional para cada 100m² de área interna ou fração, por turno, diariamente;

* para o serviço de alimentação: um profissional para cada 20 idosos, garantindo a cobertura de dois turnos de 8 horas;

* para o serviço de lavanderia: um profissional para cada 30 idosos, ou fração, diariamente;

* há a opção de terceirizar os serviços de alimentação, limpeza e lavanderia, sendo obrigatória a apresentação do contrato e da cópia do alvará sanitário da empresa terceirizada, estando dispensada de manter quadro próprio e área física específica para os respectivos serviços (Resolução ANVISA nº 283/05, 4.5.6);

* a instituição que possuir profissional de saúde vinculado à sua equipe de trabalho, deve exigir registro desse profissional no seu respectivo Conselho de Classe;

* a instituição deve realizar atividades de educação permanente na área de gerontologia, com objetivo de aprimorar tecnicamente os recursos humanos envolvidos na prestação de serviços aos idosos.

5.5. Direito à educação - Necessária compreensão do tema

Fundamento Legal

A Constituição Federal de 1988 consagrou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (art. 1º, II e III). Nesse contexto, a educação recebeu tratamento de destaque, como instrumento indispensável para a formação plena da pessoa humana. Incluída entre os direitos sociais – Capítulo II do Título II –, a educação aparece como "[...] direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205, caput).

Idosos

Os dispositivos legais dedicados ao direito à educação dos idosos são: "[...] igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I), "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (art. 208, I). A necessidade de se assegurar educação para todos, inclusive jovens e adultos, no mundo inteiro, é reafirmada na Conferência Mundial sobre Educação para Todos, ocorrida em Jomtien, na Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. O documento produzido naquela oportunidade – Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem – aponta que cada pessoa (criança, jovem ou adulto) deve estar em condições de aproveitar as oportunidades educacionais voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem. Essas necessidades compreendem tanto os instrumentos essenciais para a aprendizagem, quanto os seus conteúdos básicos.

A Lei Federal nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases Da Educação Nacional – LDB) destacou, no Título V (Dos Níveis e Das Modalidades de Educação e Ensino), no Capítulo II (Da Educação Básica), na Seção V, a forma de organização da Educação de Jovens e Adultos (EJA) no país. Especificamente em relação aos idosos, a Lei Federal nº 10.741/03 dispõe que a educação deve respeitar sua peculiar condição de idade (artigo 20). Nesse sentido, o Poder Público criará oportunidades de acesso dos idosos à educação, com a adequação do currículo, de metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados. Os cursos especiais para idosos deverão incluir conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna (artigo 21).

Aspectos práticos e pedagógicos

O que é Educação de Jovens e Adultos (EJA)

De acordo com a LDB, a educação de jovens e adultos é a modalidade de ensino destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria (artigo 37).

Onde e como deve ser oferecida a EJA

Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente a jovens e adultos as oportunidades educacionais apropriadas e devem ser consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames. Cabe ao Poder Público viabilizar e estimular o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si. Além disso, os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular. Os exames supramencionados realizar-se-ão no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos (art. 38, § 1º, I, da LDB), e no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos (art. 38, § 1º, II, da LDB).

Pessoas com deficiência

Os dispositivos legais dedicados à inclusão escolar das pessoas com deficiência são: "a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I), "o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino" (art. 208, III),"a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (art. 208, V), "a responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório" (art. 208, § 2º).

O crescente movimento de inclusão das pessoas com deficiência ganhou força com a Lei Federal nº 7.853/89, que trata da política nacional de apoio à pessoa com deficiência, amparando, entre outros, o direito à educação. Regulamentando aquele diploma, sobreveio o Decreto Federal nº 3.298/99, que caracterizou a educação especial como um processo flexível, dinâmico e individualizado, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios.

A Conferência de Jomtien (1990) também afirmou a necessidade da adoção de medidas que garantam a igualdade de acesso à educação às pessoas com todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educacional. Outro importante instrumento cujos postulados foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, a Declaração de Salamanca, produzida durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas, realizada na Espanha, de 7 a 10 de junho de 1994, vê nas escolas regulares de orientação inclusiva o meio mais eficaz de "[...] combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos" (item 2). A LDB traçou, no Capítulo V, os contornos da educação especial (artigo 58 e seguintes).

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência (aprovada pelo Conselho Permanente na sessão realizada em 28 de maio de 1999, na Guatemala), documento que enfatiza a primazia da educação inclusiva em detrimento da educação segregada ao objetivar a prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, propiciando a sua plena integração à sociedade.

Os preceitos ali formulados estão inseridos no ordenamento pátrio, uma vez que o Brasil é seu signatário, por meio da aprovação do Decreto Legislativo nº 198/01 e promulgação do Decreto Federal nº 3.956/01, da Presidência da República. Em 2001, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei Federal nº 10.172/2001, trouxe entre os objetivos e metas para a Educação Especial a generalização, no prazo de dez anos, do atendimento dos alunos com necessidades especiais na educação infantil e no ensino fundamental, inclusive mediante consórcios entre municípios, quando necessário, provendo, nestes casos, o transporte escolar. Além disso, prevê a oferta, dentro de cinco anos, de livros didáticos falados, em braile e em caracteres ampliados, para todos os alunos cegos e de baixa visão do ensino fundamental.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao Estado o dever de assegurar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 54, inciso III). O Decreto Federal nº 5.296/2004, regulamentando as Leis nº 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, determina que:

> [...] os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários (artigo 24).

O Conselho Nacional de Educação (CNE), integrante da estrutura da administração direta do Ministério da Educação e Cultura (MEC), expediu a Resolução Federal nº 02/2001, que institui diretrizes nacionais para a educação especial na Educação Básica.

Mais recentemente, adveio o Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Esse diploma trata do apoio técnico e financeiro prestado pela União aos sistemas públicos de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação matriculados na rede pública de ensino regular (artigo 1º).

Outro importante documento é a resolução anexa ao Parecer CNE/CEB nº 13/2009, que institui diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica, modalidade educação especial. [1)]

No âmbito estadual, a Constituição Mineira assegura o

> […] atendimento educacional especializado ao portador de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, com garantia de recursos humanos capacitados e material e equipamento públicos adequados, e de vaga em escola próxima à sua residência (art. 198, III).

A Resolução nº 451/2003 do Conselho Estadual de Educação fixa normas para atendimento das necessidades educacionais especiais em Minas: traça os objetivos, enuncia os princípios e estabelece os procedimentos a serem adotados pelas instituições das redes pública e privada de ensino.

O que é educação especial

Entende-se por educação especial a modalidade oferecida aos alunos com necessidades educacionais especiais, permanentes ou transitórias, para garantir- lhes o desenvolvimento de suas potencialidades, devendo ser ofertada em todos os níveis (educação básica – infantil, ensino fundamental, ensino médio – e educação superior) e demais modalidades da educação escolar (educação de jovens e adultos, educação profissional e educação indígena).

A quem se destina a educação especial.

As necessidades educacionais especiais podem ser múltiplas, diferenciadas ou relacionadas com vários fatores e causas. São assim destinatários da educação especial os educandos que apresentam:

a) diferenças significativas no processo de aprendizagem, exigindo adaptações e apoio específicos;

b) deficiência física, motora, sensorial, mental ou múltipla;

c) condutas típicas – manifestações de comportamento típicas de síndromes e quadros psicológicos complexos, neurológicos ou psiquiátricos persistentes que ocasionam prejuízo no desenvolvimento e no relacionamento social;

d) talentos ou altas habilidades.

Onde e como deve ser oferecida a educação especial

O atendimento educacional especializado deve ser oferecido preferencialmente na rede regular de ensino. A educação especial deve ocorrer em todas as instituições escolares, públicas ou privadas, abrangendo os níveis, etapas e modalidades da educação escolar previstas na LDB. É incumbência da escola prover os recursos humanos e materiais necessários à educação inclusiva, não se concebendo a negativa de matrícula ao argumento de carência de estrutura para o ingresso do educando com necessidades especiais no estabelecimento de ensino. Qualquer escola, para entrar em funcionamento, precisa se munir de aparato que garanta a oferta de ensino de qualidade.

Assim é que, para a implementação do Decreto nº 6.571/2008, os sistemas de ensino devem matricular os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centros de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos (art. 1º da proposta de Resolução anexa ao Parecer CNE/CEB 13/2009).

De acordo com o art. 2º do mesmo documento, o AEE tem como função complementar ou suplementar a formação do aluno por meio da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem. Entre as formas de atendimento especializado, há aquelas oferecidas no mesmo turno da escolarização e as realizadas no turno inverso. O AEE deve ser realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, ou ainda em centro de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias confessionais ou

filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos estados, Distrito Federal ou dos municípios. Cumpre ressaltar que não há possibilidade de o AEE substituir as classes comuns, apresentando caráter complementar e transversalidade em todas as etapas, níveis e modalidades.

O AEE oferecido nas classes multifuncionais consiste em apoio efetivado por meio de serviço de:

a) itinerância – visitas periódicas feitas por professor de escola especial à escola comum. Presta-se a orientar o professor quanto aos procedimentos relativos à dinâmica da sala de aula e da rotina escolar;

b) intérprete de LIBRAS – alocação de profissional com a formação de intérprete, na sala de aula da escola comum, que atende alunos com deficiência auditiva, para possibilitar o processo de comunicação pela Língua Brasileira de Sinais;

c) instrutor de LIBRAS – compreende o ensino de LIBRAS, por profissional surdo para alunos surdos, professores e alunos não surdos;

d) instrutor de códigos aplicáveis – ensino do Sistema Braile Integral, do Código Matemático Unificado e de Códigos para a Comunicação Alternativa;

e) orientação e mobilidade – destinado a aluno cego, com baixa visão e surdocego;

f) guia-intérprete – suporte na comunicação, orientação e mobilidade e na organização de materiais didático-pedagógicos, na sala de aula, para atender o aluno surdo-cego;

g) professor de apoio – para alunos com deficiência múltipla ou condutas típicas que tornem inviável sua inserção na sala de aula em todo o período escolar.

O atendimento educacional especializado de caráter complementar, realizado no turno inverso da escolarização, tem por objetivo o desenvolvimento de competências e habilidades do aluno; não substitui o conteúdo oferecido no turno de escolarização e consiste em:

a) sala de recursos – onde é oferecida complementação ou suplementação curricular;

b) oficinas pedagógicas de formação e capacitação profissional.

Não é demasiado lembrar que é necessário assegurar o acesso de pessoas com deficiência física às dependências da escola, com a eliminação de barreiras arquitetônicas, providência imprescindível mesmo que ainda não haja aluno com deficiência ou mobilidade reduzida matriculado na instituição de ensino.

Ressalte-se que o processo de inclusão do aluno com deficiência ou transtornos globais do desenvolvimento reclama especial atenção aos aspectos relativos à construção do projeto pedagógico, elaboração do currículo e formas de avaliação.

Nesse passo, convém lembrar que a LDB estabelece as regras comuns para organização da educação básica, as diretrizes dos conteúdos curriculares e os critérios para verificação do rendimento escolar, parâmetros que se aplicam também à educação especial.

Nos moldes do que preconiza o art. 26 desse estatuto, os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

A avaliação do desempenho do aluno deve ser contínua e cumulativa, com aproveitamento de estudos concluídos com êxito e obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos (art. 24, V, Lei nº 9.394/96).

Relevante destacar, por igual, a necessidade de flexibilização da permanência em cada etapa escolar, para que o aluno com deficiência mental ou graves deficiências múltiplas possa concluir em tempo maior o currículo

previsto.

Mas, na forma do que dispõe o art. 9º da Resolução nº 451 do Conselho Estadual de Educação, "[...] a duração das etapas da educação especial não deverá ultrapassar de 50% o tempo escolar previsto para o ensino regular".

Para o ensino fundamental, se o educando não alcançar os resultados previstos no art. 32, da LDB, a escola deve fornecer-lhe um certificado de conclusão de escolaridade, denominado terminalidade específica. Essa certificação, fundamentada em avaliação pedagógica, deve conter as habilidades e competências atingidas pelo aluno.

Com base no desenvolvimento verificado, devem ser buscadas novas alternativas educacionais, como encaminhamento para cursos de educação de jovens e adultos e de educação profissional.

Informações úteis

a) Os sistemas estaduais de ensino compreendem: as instituições de ensino mantidas pelo poder público estadual, as instituições de educação superior mantidas pelo poder público municipal, as instituições de ensino fundamental e ensino médio criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos estaduais de educação.

b) Os sistemas municipais de ensino compreendem: as instituições do ensino fundamental, ensino médio e de educação infantil mantidas pelo poder público municipal; as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos municipais de educação (LDB, arts. 17 e 18).

Idosos

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD), do Ministério da Educação, presta assistência financeira na área de Educação de Jovens e Adultos (EJA), por meio de recursos oriundos do FUNDEB, a estados e municípios, além de instituições públicas de ensino superior e entidades sem fins lucrativos, instituições da rede federal de Educação profissional e científica que ofertam educação superior.

Pessoas com Deficiência

a) Em todos os sistemas de ensino – federal, estadual e municipal – deve haver um setor responsável pela educação especial (cf. Plano Nacional de Educação, parecer CNE/CEB nº 24 e Resolução CNE/ CEB n° 2, art. 3º, parágrafo único).
b) O MEC, pela Secretaria de Educação Especial, presta assistência financeira a estados, municípios e instituições não governamentais na área de educação especial, para formação de professores, adaptação de escolas, aquisição de material didático e equipamentos, por meio de Plano Anual de Trabalho.
c) O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), arrimado em dispositivos da Lei nº 10.098/2000, da Lei nº 10.436/2002, do Decreto nº 5.626/2005 e outras normas, formulou a Recomendação nº 01, de 06/10/06, dirigida a todas as instituições particulares de ensino fundamental, médio, superior e profissionalizantes do país, ressaltando a necessidade de serem disponibilizados, entre outros apoios assistivos, intérpretes de LIBRAS, para os alunos surdos.
d) Na forma do que dispõe o art. 8º, I, da Lei Federal nº 7.853/89, constitui crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa, "[...] recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta".

Roteiro para atuação

Idosos

a) Assegurar a acessibilidade nas instituições onde é oferecida a EJA.
b) Levantar informações acerca da qualificação do(a) professor(a), da pertinência do material didático fornecido.
c) Elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas.

Pessoas com Deficiência

a) Assegurar a acessibilidade nas escolas das redes pública e privada, com remoção de barreiras arquitetônicas, haja ou não aluno com deficiência física ou mobilidade reduzida matriculado no estabelecimento.
b) Garantir a oferta dos serviços educacionais especiais, consoante necessidade dos alunos matriculados. Para tanto, é recomendável que seja buscada a organização de setor responsável pela educação especial no sistema municipal de ensino. Convém formular recomendação às escolas públicas e privadas, para que não haja recusa de matrícula do aluno com necessidades especiais e para que providenciem a oferta do adequado atendimento educacional.
c) Identificar pessoa com deficiência fora da escola e investigar motivos da falta de acesso ao ensino:
c.1.) sugere-se formar parcerias com órgãos que se dedicam ao atendimento de pessoas com deficiência (por exemplo, secretarias municipais de saúde), para identificação de pessoa com deficiência fora da escola e motivos determinantes da falta de acesso ao ensino;
c.2.) elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas (por exemplo: falta de transporte escolar, desinformação, existência de barreiras arquitetônicas na escola etc).

Peças práticas relativas à estratégia sugerida podem ser obtidas no Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência na rede regular de ensino, inserido no sítio de internet do CAOPPDI.

Texto veiculado no Boletim Informativo Eletrônico Mensal do CAO PPDI, ano 3, número 40, setembro 2009

Educação Inclusiva: Escola para Todos

Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAOPPDI

Em palestra intitulada “Educação Inclusiva”, proferida em evento organizado pela Federação das APAEs, em 14 de setembro de 2009, destacamos que condutas que impeçam ou dificultem a escolarização a uma pessoa com deficiência configuram violação ao direito fundamental do homem à educação, previsto nos artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição Federal, e também na Convenção da Guatemala. Essa Convenção refere-se à eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, da qual o Brasil é signatário, tendo sido aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001 e promulgada pelo Decreto nº 3956/2001 da Presidência da República. Há ainda a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada pela ONU/2006, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Deste modo, há de se garantir ao aluno com deficiência o acesso e a frequência ao ensino fundamental obrigatório, segundo o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, bem como à educação básica, como um todo, e à superior. De acordo com a necessidade que se apresente, deve-se ofertar o atendimento educacional especializado para apoiar o desenvolvimento dos alunos, garantindo meios de acesso a essa educação, nos termos do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, preferencialmente na rede regular de ensino.

Esse atendimento é tido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucionalmente, conforme § 1º, do artigo 1º, do Decreto nº 6.571/2008, em caráter complementar ou suplementar à formação dos alunos no ensino regular, e não substitutivo do ensino comum, que integrará a proposta pedagógica da escola com participação familiar e em articulação com as demais políticas públicas, como dispõe o § 2º do mesmo artigo.

Logo, deve existir harmonia e compatibilidade com a freqüência do aluno em ensino regular, oferecendo- se o atendimento educacional especializado em turno inverso ao da escolarização, em um contexto somatório, na própria escola ou no centro especializado público ou privado.

Os objetivos desse atendimento educacional especializado estão elencados no artigo 2º do Decreto nº 6.571/2008:

> I - prover condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular aos alunos referidos no art. 1º;
>
> II - garantir a transversalidade das ações da educação especial no ensino regular;

> III - fomentar o desenvolvimento de recursos didáticos e pedagógicos que eliminem as barreiras no processo de ensino e aprendizagem; e
>
> IV - assegurar condições para a continuidade de estudos nos demais níveis de ensino.

Com efeito, a partir de 1º de janeiro de 2010, os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação serão contabilizados em dobro no âmbito do FUNDEB, quando matriculados em classes comuns do ensino regular e no atendimento educacional especializado, para que os recursos possam subsidiar as duas modalidades (artigo 6º do Decreto 6.571/2008 e artigo 9º-A do Decreto nº 6.253/2007).

A inclusão escolar ocorrerá nesta seara quando efetivamente o aluno com deficiência freqüentar o mesmo ambiente escolar de ensino regular que os demais alunos sem deficiência, e sem separação; permitindo-se a convivência e a interação, sem distinção e com respeito às suas condições especiais, em um espaço solidário. A convivência deve também ser estabelecida entre pais e professores.

Assim, a absorção da diversidade social no meio escolar é modo de aprimoramento do aluno para a vida em uma sociedade plural, sendo esta uma das funções sociais da escola: promover a inclusão socioescolar de todos.

Neste cenário, está o ensino especializado, de fundamental importância e relevância, como complemento indispensável para o acesso ao ensino comum, preparando e permitindo a referida inclusão.

Cabe ao Ministério Público tutelar o direito indisponível das pessoas com deficiência ao exercício pleno da educação em seu tríplice aspecto: acesso, permanência e prosseguimento da escolaridade, m ambiente regular de ensino. Concomitantemente, verifica-se o direito de toda a sociedade, que é múltipla, em contar com um sistema educacional inclusivo que reflita os valores, os benefícios e as dificuldades que aguardam o alunado no convívio social.

A escola inclusiva, com capacitação dos envolvidos, possibilita oportunidade de uma completa convivência e de uma comunhão no tempo do outro.

O CAOPPDI encontra-se à disposição para um debate em virtude da importância do tema, pois todos nós somos parceiros na concretização deste desafio, comprometidos com o desenvolvimento de novos valores relacionados a melhorias no processo educacional, para a construção da verdadeira cidadania e da verdadeira Escola para todos!

Fontes:

1) Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência – MPMG, 2007;
2) FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direito das Pessoas com Deficiência. Rio de Janeiro: WVA, 2004;
3) Moção de Apoio à Homologação do Parecer nº 13/CNE (AMPID).

[1)] Art. 4º Para fins destas Diretrizes, considera-se público alvo do AEE: I- Alunos com deficiência: aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial. II- Alunos com transtornos globais do desenvolvimento: aqueles que apresentam um quadro de alterações no desenvolvimento neuropsicomotor, comprometimento nas relações sociais, na comunicação ou esteriotipias motoras. Incluem-se nessa definição alunos com autismo clássico, síndrome de Asperger, síndrome de Rett, transtorno desintegrativo da infância (psicoses) e transtornos invasivos sem outra especificação. III- Alunos com altas habilidades/superdotação: aqueles que apresentam um potencial elevado e grande envolvimento com as áreas do conhecimento humano, isoladas ou combinadas: intelectual, liderança, psicomotora, artes e criatividade.

5.6. Ementário de legislação pertinente

Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 – Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Lei Federal nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 – Política Nacional do Idoso.

Lei Federal nº 8.899, de 29 de junho de 1994 – Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema coletivo interestadual.

Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 – Regulamenta a Lei nº 7.853/89.

Lei Federal nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 – Prioridade de atendimento.

Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências.

Decreto Federal nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000 – Regulamenta a Lei nº 8.899/94.

Portaria Interministerial nº 03, de 10 de abril de 2001 – Disciplina a concessão do Passe Livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário, e revoga a Portaria/MT nº 01, de 9 de janeiro de 2001.

Decreto Federal nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 – Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002 – Língua Brasileira de Sinais.

Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso.

Lei Estadual nº 15.083, de 27 de abril de 2004 – Assentos preferenciais para pessoas com dificuldade de locomoção nos veículos de transporte coletivo intermunicipal.

Decreto Federal nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000.

Lei Federal nº 11.126, de 27 de junho de 2005 – Direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia.

Decreto Estadual nº 44.008, de 13 de abril de 2005 – Regulamenta a Lei nº 15.083/2004.

Resolução ANVISA nº 283, de 26 de setembro de 2005 – Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos.

Decreto Federal nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005 – Regulamenta a Lei nº 10.436/2002.

Decreto Federal nº 5.934, de 18 de outubro de 2006 – Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008 – Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007.

Resolução ANTT nº 1.692, de 24 de outubro de 2006 – Procedimentos a serem observados na aplicação do Estatuto do Idoso no âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

5.7. Jurisprudência

STF – RE nº 410.715 – Agr/SP

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

STJ – Resp nº 493.811

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

STJ – Resp nº 637.332/RR

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 7.347/85. LEI Nº 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. *In casu*, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal

habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em conseqüência, legitima-se o parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

STJ - Resp nº 841.871 v

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. MENOR CARENTE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TRANSGRESSÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. VIABILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. 1. Prevaleceu na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual de menor carente, ante o disposto nos arts. 11, 201, V, e 208, VI e VII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Mudança de entendimento da Turma acerca da matéria (REsp 688.052/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 17/08/06). 2. Descabe recurso especial para apreciar suposta ofensa a artigo da Constituição da República. 3. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 4. O julgador não precisa responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados. 5. As medidas previstas no § 5º do artigo 461 do CPC foram antecedidas da expressão tais como, o que denota o caráter não exauriente da enumeração. 6. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior, que é a vida. 7. Recurso especial improvido.

STJ – Resp nº 688.052

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - CRIANÇA QUE PADECE DE NEFROPATIA DO REFLUXO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET - ART. 127 DA CF/88 - PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pela colenda Primeira Turma deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88). Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamento necessário e de forma contínua a criança para o tratamento de nefropatia do refluxo, há de ser reconhecida a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial provido, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado.

STJ – Resp nº 811.608/RS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determição infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14/12/2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01/02/2007. 2. A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "[…]O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações enação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legisla serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: 'Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos diretos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF:

> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além disso, poderia referir-se mais uma vez à íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.' (in: A eficácia dos direitos fundamentais, 3 ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia tout court, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de

categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata no mínimo existencial. […] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que 'a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).' (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In: Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui lex imperfecta, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível.' Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro Celso de Mello discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. New York: Norton,1999.), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo poder público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." […] 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09/05/2005. 4. *In casu*, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração – nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei nº 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

STJ – Resp nº 817.710/RS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR

INOMINADA. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/88, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/88, arts. 127 e 129). 6. In casu, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'. 9. Impõe-se ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052/RS, DJ 17/08/2006; REsp 822712/RS, DJ 17/04/2006; REsp 819010/SP, DJ 02/05/2006). 10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

TRF 5ª Região – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 53411

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REAJUSTAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Agravo regimental interposto contra negativa de efeito suspensivo a agravo de instrumento manejado contra decisão judicial que, nos autos de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, deferiu liminar, determinando o recálculo de todos os benefícios previdenciários – concedidos ou mantidos, no território de Pernambuco, entre fevereiro de 1994 e fevereiro de 1997 – dos segurados da previdência social, cuja renda mensal inicial tiver sido ou houver de ser calculada, computando-se os salários-decontribuição referentes a fevereiro de 1994, corrigindo-os pelo valor integral do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, bem como a implantação das diferenças positivas. Discussão que se encerra, sobretudo, na legitimidade do Parquet para o ajuizamento de ações civis públicas concernentes a reajustamento de benefícios previdenciários. Em que pesem as notáveis considerações deduzidas em precedentes do Superior Tribunal de Justiça (RESP 506.457, AGRESP 423.928, RESP 419.187), é de se reconhecer a legitimidade do Ministério Público. O objeto da ação (correção do benefício da previdência social) e os titulares do interesse (representados na maior parte por pessoas idosas), ao lado da dimensão subjetiva (quantidade de sujeitos de direito envolvidos) atingida pelos efeitos da negativa da autarquia previdenciária, confirmam a legitimidade ministerial para o seu ajuizamento. Interpretação sistemática dos arts. 127 e 129, III e IX, da CF/88, art. 25, IV, "a", da Lei nº 8.625/93, e arts. 5º , I e III, "e", e 6º, VI, "a" a "d", e XII, da LC nº 75/93. A natureza das atribuições determinadas como de competência do Órgão Ministerial, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fiscalizador e determinante de que foi dotado esse agente – constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do Estado – impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras. Ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexão na coletividade considerada em conjunto. Assim, nesse contexto, não se pode permitir a atuação do Ministério Público na proteção de interesses marcados pela individualidade, com exercitação confinada no correspondente titular, sem reverberação no campo do social. Contudo, de outro lado, ao

Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arrimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social. A norma legal que instituiu a ação civil pública– Lei nº 7.347/85 – nasceu como lei dos interesses difusos. Posteriormente, em decorrência especialmente do alargamento providenciado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a ação civil pública passou a ser admitida para fins de proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, denominados, genericamente, de interesses transindividuais. A doutrina tem-se referido ao fato de que promoção de direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) teria cabimento apenas quando se tratasse de meio ambiente, consumidor e patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, não havendo, de outro lado, limitação material, quando se cuidasse de direitos coletivos e difusos (essencialmente coletivos). É de se ressaltar, entretanto, que, a despeito dessa diferenciação, tem-se agasalhado, em outras oportunidades, uma compreensão mais ampliada dos direitos individuais homogêneos, reputados espécies do gênero coletivo, aptos a serem defendidos através da propositura da ação civil pública, especialmente quando ela é manuseada pelo Ministério Público. Passou-se a se conceber a promoção da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos quando configurado manifesto interesse social, compatível com a finalidade da instituição ministerial. In casu, estão em litígio direitos/interesses que se podem qualificar de individuais homogêneos. O Ministério Público postula o recálculo dos benefícios previdenciários percebidos por todos os segurados da Previdência Social no Estado de Pernambuco, com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 aos salários-de-contribuição. Está em discussão o relevante direito social à previdência social, constitucionalmente concebido, ex vi do art. 7º, caput , da CF/88, entendendo-se por direito social à previdência social também o direito à percepção dos benefícios devidamente calculados e corrigidos, segundo os ditames legais, de forma capaz a garantir a satisfação de todas as necessidades de subsistência que se associam a esses valores. Os direitos individuais homogêneos 'se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota de divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em questões comuns de fato ou de direito' (Gidi). No caso concreto, têm-se direitos individuais homogêneos, na medida em que, embora atribuídos a cada segurado/beneficiário, segundo a sua situação particularizada, estão agregados – as particularidades que individualizam são juridicamente irrelevantes, manifestando-se a divisibilidade apenas no momento da execução do provimento judicial coletivo, se lhes for favorável – por uma origem comum (resultando na homogeneidade), qual seja, a resistência da autarquia previdenciária na correção dos benefícios pela aplicação do IRSM de fevereiro, correspondente ao percentual de 39,67%. Está sendo postulado direito de pessoas que se enquadram, em sua maioria, no conceito de idoso. A situação etária, se assim se pode denominar, tem recebido atenção particularizada nos dias atuais. A edição da lei que determinou a tramitação privilegiada dos processos em virtude da idade dos postulantes (Lei nº 10.173/01), assim como do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), são sinais dessa preocupação com as peculiaridades das necessidades que passam a integrar a vida das pessoas com idade avançada. Não poderia ser diferente. A ancianidade traz consigo um quadro especial, especialidade que, como já dito, faz assemelhar essa situação às que caracterizam os que se enquadram como crianças, índios, consumidores. Diz-se que 'não só se faz necessária a luta para implementar os 'novos' direitos da terceira idade previstos na Constituição atual, mas, obretudo, para apoiar o fortalecimento de instituições como o Ministério Público, a quem compete uma atuação mais efetiva na consecução da cidadania dos idosos' (WOLKMER e LEITE). Não se mostra conforme aos princípios da razoabilidade, da economia processual e também da isonomia entender pela ilegitimidade do Ministério Público, impelindo todos os segurados prejudicados a ajuizarem ações individuais, gerando acúmulo de demandas que, pela identidade de discussão, poderiam e deveriam ter a mesma solução. Precedentes dos TRFs e do Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma, RESP 413986/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca): 'O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos quando tais direitos têm repercussão no interesse público'. 'O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos.'. Pelo não provimento do agravo regimental.

TJMG – Apelação Cível nº 1002404336794-5/002

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA

PACIENTES PORTADORES DA DOENÇA DE ALZHEIMER - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - LEI Nº 8.080/90 - RECURSO DESPROVIDO. - O Ministério Público Estadual é parte legítima para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva o fornecimento de medicamentos para os pacientes portadores da Doença de Alzheimer, a teor do art. 129, inciso II, da Constituição da República, da Lei nº 7.347/85 e da Lei nº 8.625/93. - É dever do Estado, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 8.080/90, zelar pela saúde dos necessitados, disponibilizando os recursos que se fizerem necessários ao tratamento de moléstias, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos prescritos.

TJSP – Apelação com Revisão nº 601.755/5-00

EMENTA: FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS. Ribeirão Preto. Cadeira de rodas infantil e órteses suropodálicas. - 2. Ministério Público. Legitimidade ativa. Julgados do Superior Tribunal de Justiça pacificaram entendimento no sentindo de ser legítima a posição do Ministério Público como autora de ação civil pública cujo objeto seja o fornecimento de medicamento e tratamentos relacionados à saúde do menor. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas. AgRg no REsp n° 752.190/RS, 1ª Turma, Relator Luiz Fux, 10/10/2006 e Resp n° 750.409/RS, 2ª Turma, Rei. Humberto Martins, 28/11/2006, v.u. - 2. Portadores de deficiência. Cabe ao Estado prover o que for necessário para garantir o direito à saúde bem como a proteção e amparo aos portadores de deficiência. Art. 196, da CF. LF n° 7.853/89 e DF n° 3.298/99. - 3. Separação de poderes. Cabe ao Estado resolver suas dificuldades burocráticas, não se esconder atrás delas para impedir o tratamento dos que dele necessitam. Não se trata de interferir na gestão da coisa pública, mas tão somente de afirmar a obrigação do Estado em providenciar, por inteiro, o tratamento previsto na lei. - Sentença de procedência. Recurso das rés desprovido.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: RT, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. **Pessoa deficiente: direitos e garantias**. São Paulo: Jalovi, 1992.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência**: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA , 2004. 342p.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga; PANTOJA, Luisa de Marillac P.; MANTOAN, Maria Tereza Eglér. **O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular**. Brasília: Ministério da Educação, 2004. p. 59.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual no processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MINAS GERAIS. Ministério Público. **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos. Inclusão escolar do aluno com deficiência na rede regular de ensino**. Belo Horizonte: CEAF; CAOPPDI, 2007. p. 94.

OLIVEIRA, Carlos Nazareno Pereira de. **Os idosos não podem esperar**. Disponível em: < http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1210&categoria=Difusos>. Acesso em: 12 mar. 2008.

PINHEIRO, Naide Maria (Org.). **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas: LNZ, 2006.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). **Os direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência**. 2 ed. São Luís: Promotoria do Idoso e Deficiente, 2002.

ROBERT, Cinthia (Org.). **O direito do deficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUSA, A. M. V.. O idoso na legislação brasileira. In: NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira; NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves (Org.). **O Direito e a Ética na sociedade contemporânea**. Campinas: Alínea, 2005.

TEPERINO, Maria Paula (Coord.). **Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

6. Atuação especializada no direito ambiental - defesa do meio ambiente, urbanismo e habitação

- 6.1. Infrações penais ambientais nos crimes de menor potencial ofensivo
- 6.2. Defesa da fauna
- 6.3. Atuação resolutiva do MP e valoração de danos em conflitos ambientais
- 6.4. Poluição sonora
- 6.5. Hidrelétricas
- 6.6. Áreas contaminadas
- 6.7. Licenciamento ambiental municipal
- 6.8. APP e reserva legal
- 6.9. Unidades de conservação
- 6.10. Resíduos sólidos e efluentes (esgoto)
- 6.11. Meio ambiente urbano

6.1. Infrações penais ambientais nos crimes de menor potencial ofensivo

Autores/Organizadores: *Francisco Chaves Generoso*
Promotor de Justiça Coordenador Regional das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia do Alto Rio São Francisco

Bruno Guerra de Oliveira
Promotor de Justiça Coordenador Regional das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia do Rio Paraíba do Sul

Roteiro de Atuação

Contextualização

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 3º, ao estabelecer que "*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*", consagrou expressamente a tríplice responsabilização (administrativa, cível e criminal) do agente infrator.

A responsabilidade administrativa ambiental surge em razão de infrações de normas administrativas e sujeita o infrator a sanções aplicadas com base no poder de polícia da Administração Pública. Por outro lado, através da responsabilização civil, busca-se promover a reparação do dano ambiental causado pelo poluidor, a qual incide de maneira objetiva, independentemente da existência de dolo ou culpa. Por fim, a responsabilização criminal decorre da prática de condutas tipificadas pela legislação como infração penal e para as quais foram previstas sanções de tal natureza.

É sabido, ainda, que, em relação à responsabilidade administrativa, as respectivas sanções são impostas pelos próprios órgãos integrantes do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente, independentemente da intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Por outro lado, já em relação às responsabilidades civil e penal, o Ministério Público possui papel essencial na busca de sua efetividade.

De fato, conforme expressamente previsto pelo artigo 129, III, da Constituição Federal, pelo artigo 14, parágrafo 1º, da Lei n. 6.938/81 e pelos artigos 1º, I, c/c 5º, I, da Lei n. 7.347/85, o Ministério Público constitui-se em um dos agentes legitimados a promover a ação civil pública para a tutela do meio ambiente, instrumento por meio do qual busca, em Juízo, a responsabilização civil pelos danos ambientais causados.

Da mesma forma, o artigo 129, I, da Constituição Federal e o artigo 24 do Código de Processo Penal dispõem que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, meio essencial para a responsabilização penal do infrator.

A presente abordagem tem por objeto a atuação do Ministério Público na busca da responsabilização penal decorrente de atividades e condutas lesivas ao meio ambiente, mais especificamente propor um roteiro de atuação para as infrações penais ambientais de menor potencial ofensivo.

Relevante mencionar, por oportuno, que as infrações penais de natureza ambiental ainda não se encontram completamente compiladas em um único Diploma. De fato, embora a Lei n. 9.605/98 tivesse tal pretensão, ainda existem tipos penais em diversas normas esparsas, como, por exemplo, na Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), na Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), na Lei 7.643/87 (Lei de Proteção aos Cetáceos) e no Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais).

De toda a forma, a Lei n. 9.605/95 constitui-se na principal norma de regência quando são abordados os crimes ambientais, inclusive por trazer algumas regras procedimentais próprias para os delitos ecológicos.

Mostra-se também importante registrar que o Direito Penal deve se preocupar apenas com a proteção dos bens jurídicos mais relevantes e, nesse contexto, havendo a Constituição Federal definido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental (art. 225 c.c. Art. 5°, *caput*, e §2°), nada mais adequado do que tipificar condutas que lhe causem dano ou mesmo que lhe exponham a perigo de dano.

Válido salientar, outrossim, que boa parte dos crimes previstos na Lei n. 9.605/98 deve ser processada e julgada perante os Juizados Especiais Criminais e, ainda, que a grande maioria deles admite a incidência dos benefícios despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95, quais sejam, a composição civil dos danos, a transação penal e/ou a suspensão condicional do processo.

Característica peculiar do Direito Penal Ambiental é a sua clara preocupação com a reparação do dano ambiental causado e, em razão disso, ele tem sido tratado como Direito Penal Reparador.

A esse respeito, vale transcrever trecho de artigo da autoria do Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago:

> "(...) O Direito Penal Ambiental brasileiro foi concebido como um Direito Penal em que a viga mestra é a reparação do dano. Tanto é assim que, pela doutrina pátria, há quem o denomine com muita propriedade como Direito Penal Reparador, considerando o notório propósito da principal da lei penal ambiental, a Lei 9.605/98 de efetiva reparação do dano ambiental, conforme se constata em diversos excertos do diploma legislativo. E é bom que seja assim, característica de um Direito Penal moderno, *'basado, por ejemplo, em las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como para un eventual Derecho Penal de la reparación'*" [1].

No mesmo sentido, oportuna a lição de Eladio Lecey:

> "Em matéria de meio ambiente, considerando-se a danosidade coletiva e macrossocial das condutas que atentam contra dito bem, difuso por excelência, ainda mais necessária se revela a busca de reparação do dano. E o direito penal, como instrumento de pressão, em razão de sua coercibilidade garantida pelas sanções criminais, mais severas do que as cíveis, e como meio de solução mais pronta aos conflitos, se apresenta útil à efetivação da reparação. Assim, deve o direito ambiental penal, embora precipuamente preventivo e punitivo, ser também reparador, possibilitando pronta garantia ao bem jurídico tutelado por suas normas"[2].

De fato, em relação aos crimes ambientais, o artigo 27 da Lei n. 9.605/98 é expresso ao dispor que a proposta de transação penal somente poderá ser formulada caso tenha havido a prévia composição do dano ambiental:

> "Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade. (g.n.)"

Da mesma forma, uma vez proposta a suspensão condicional do processo, a declaração de extinção da punibilidade fica condicionada a existência de laudo de constatação da reparação do dano ambiental. Eis o teor do artigo 28 da Lei de Crimes Ambientais:

> "Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:
>
> I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5° do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1° do mesmo artigo;
>
> II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

> III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1° do artigo mencionado no *caput*;
>
> IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;
>
> V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano. (g.n.)"

Além disso, em caso de incidência da suspensão condicional da pena, o artigo 17 da Lei n. 9.605/98 determina que a verificação da reparação do dano referido no parágrafo 2º do artigo 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental.

Finalmente, o artigo 20 da Lei n. 9.605/98 dispõe que a sentença condenatória fixará, sempre que possível, o valor mínimo de reparação dos danos causados [3)]:

> "Art. 20: A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.
>
> Parágrafo Único: Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do '*caput*', sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido".

Por outro lado, a despeito de tais disposições legais, como realidade comumente encontrada nas Promotorias de Justiça, verifica-se:

- 1 - significativo número de inquéritos civis ou procedimentos preparatórios ambientais instaurados a partir da comunicação de ocorrência de infrações administrativas ou de crimes contra o meio ambiente.
- 2 – Dificuldades na conclusão das investigações em razão da inexistência de perícia.

A partir de tal contextualização e frente aos dispositivos legais que regem a matéria, é possível traçar o seguinte roteiro de atuação:

Solução sugerida:

Quando o fato tratado consubstanciar em infração penal de menor potencial ofensivo e envolver uma análise técnica/jurídica de pequena complexidade, verifica-se uma desnecessidade, em regra e a princípio, de instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório a partir de Autos de Infração Ambiental ou de REDS (antigo Boletim de Ocorrência Policial).

Efetivamente, a teor do disposto no artigo 27 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), nos delitos de menor potencial ofensivo contra o meio ambiente, a proposta de transação penal está condicionada à prévia composição do dano ambiental. Assim, estando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a transação penal, deverá haver a precedente responsabilização civil pelo mesmo fato, garantindo-se a recuperação, compensação e mitigação do dano ambiental, assim como a cessação do ilícito contra o meio ambiente.

Tal postura permite que, no âmbito do Juizado Especial Criminal, seja resolvida tanto a faceta penal quanto a civil de um mesmo ilícito ou dano ambiental, respeitando-se o princípio da reparação integral (artigo 225, §3º, CF/88), sem que haja a necessidade de apuração em procedimento investigatório (IC ou PP) instaurado na Promotoria de Justiça, evitando ou minimizando, desta forma, o acúmulo de expedientes ministeriais aguardando perícias ou vistorias, com evidente prejuízo à atuação na defesa do meio ambiente.

Isso porque, na fase procedimental preliminar típica dos Juizados Especiais Criminais, é possível que a transação penal e a obrigatória e prévia composição civil dos danos ambientais ocorram apenas com os elementos constantes do Auto de Infração ou REDS[4].

Desta forma, caso os documentos oriundos dos órgãos ambientais e Polícia Militar Ambiental sejam cópias de expedientes que tiveram como destinatária precípua a Polícia Civil e sendo o caso de delitos ambientais de menor potencial ofensivo, sugere-se a instauração apenas de notícia de fato, com posterior arquivamento na própria Promotoria de Justiça, haja vista que tanto a esfera penal quanto a civil do fato poderão ser resolvidas no âmbito do Juizado Especial Criminal, a partir do TCO encaminhado pelo Delegado de Polícia, evidentemente caso estejam preenchidos os requisitos da transação penal.

Tal medida, por óbvio, não desobriga o órgão de execução ministerial do controle da efetiva instauração de TCO´s na Polícia Civil, em razão da atribuição constitucional de controle da atividade policial.

Caso os documentos oriundos dos órgãos ambientais e Polícia Militar ambiental tenham como destinatário apenas o Ministério Público e sendo o caso de delitos ambientais de menor potencial ofensivo, a notícia de fato deve ser remetida ao Poder Judiciário, com pedido de distribuição, autuação, juntada de CAC e designação de audiência preliminar (artigo 76, Lei n.º 9.099/95).

O presente roteiro de atuação pode ser utilizado, também, para os casos de menor complexidade relacionados a infrações penais ambientais de médio potencial ofensivo, em que é cabível a suspensão condicional do processo, diante do disposto no artigo 28 da Lei n. 9.605/98, eis que somente o laudo de constatação de reparação do dano ambiental ensejará a declaração de extinção de punibilidade.

Não havendo possibilidade de composição civil no âmbito criminal (seja, por exemplo, em razão do advento da prescrição, não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos inerentes à transação penal/suspensão condicional do processo, ou mesmo recusa da proposta), ainda existirá a possibilidade da reparação do dano ambiental ser garantida por meio da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 20 da Lei n. 9.605/98.

No entanto, deve ser registrado que a própria utilização deste roteiro de atuação deve partir de dois pressupostos básicos:

- (a) atender ao princípio da eficiência;
- (b) garantir que ocorra a efetiva reparação do dano ambiental. Assim, sobretudo em circunstâncias em que não houver possibilidade de se utilizar os instrumentos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (transação penal e/ou suspensão condicional de processo), deve o Promotor de Justiça analisar o caso concreto e, inclusive, as peculiaridades da Comarca em que atua (exemplo, tempo médio para realização de audiências; tempo médio de duração do processo criminal, etc), para, se for o caso, extrair cópia do procedimento e instaurar o Inquérito Civil, viabilizando a responsabilização do autor do fato em todas as esferas.

Enfim, caso seja verificada, em determinado caso concreto, a impossibilidade de se obter a efetiva e integral reparação do dano ambiental junto ao Juízo Criminal ou, ainda, que tal reparação irá demandar um período de tempo que leve à ineficiência do modelo de atuação sugerido, entende-se necessária a instauração do procedimento investigatório (PP ou IC) na Promotoria de Justiça, a fim de buscar a responsabilização civil do agente infrator, privilegiando, dessa forma, uma tutela que se mostre efetivamente protetiva ao meio ambiente.

Por fim, deve ser salientado que, em havendo o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos atinentes à transação penal, a prévia composição civil deverá ocorrer com a proposição de obrigações de reparação do dano ambiental (recuperação, compensação e mitigação) e de cessação do ilícito ambiental, preferencialmente por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), conforme artigo 162 do ato CGMP nº. 01/2014, que aprova a revisão e a atualização da Consolidação dos Atos Normativos e Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais[5].

Ademais, vale ressaltar, ainda, que, conforme expressa orientação da Corregedoria-Geral do Ministério Público, os recursos financeiros decorrentes de medidas compensatórias de penas pecuniárias ajustadas em transação penal e suspensão condicional do processo, aplicadas em razão de danos a bens ou ambientes de valor natural,

urbanístico, histórico-cultural, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico e científico, devem ser "*destinados a medidas de valia ao meio ambiente, tais como aporte ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (FUNDIF) e aos Fundos Municipais de Meio Ambiente, custeio de programas e de projetos de fiscalização, proteção e reparação de bens ambientais, ações para capacitação técnico-ambiental ou para educação ambiental, apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção ao meio ambiente ou depósito em contas judiciais para projetos de relevância ambiental.*" (artigo 163 do ato CGMP nº. 01/2014).

Exemplos

Seguem exemplos de situações com sugestões de atuação perante o Juizado Especial Criminal, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo:

1ª Fase: Tramitação na Promotoria de Justiça

- Expediente recebido que tem como destinatária a Polícia Civil – instauração de Notícia de Fato – arquivamento na própria Promotoria de Justiça (sugestão de manifestação – Arquivamento de Notícia de Fato).
- Expediente recebido que tem como destinatário apenas o Ministério Público – instauração da Notícia de Fato – remessa ao Poder Judiciário com petição (sugestão de manifestação – Instauração da Notícia de Fato).

2ª Fase: Tramitação no Juizado Especial

- Minuta de petição contendo apresentação da proposta em separado de Composição Civil dos danos e formulação da proposta de transação penal (Proposta em separado sugestão de manifestação);
- Crimes de menor potencial ofensivo contra a flora – proposta de Composição Civil: Reparação, mitigação e/ou compensação do dano ambiental e cessação do ilícito ambiental (sugestão de obrigação – Modelo de tac - Flora);
- Crimes de menor potencial ofensivo contra a fauna – proposta de Composição Civil: Reparação, mitigação e/ou compensação do dano ambiental e cessação do ilícito ambiental (sugestão de obrigação – Modelo de tac - Fauna);
- Crimes de menor potencial ofensivo relativo à ausência de licenciamento – proposta de Composição civil: Reparação, mitigação e/ou compensação do dano ambiental e cessação do ilícito ambiental (sugestão de obrigação – Modelo de tac - Falta de licenciamento).
- Minuta de petição contendo formulação conjunta de proposta de composição civil dos danos e de transação penal (sugestão de manifestação – Proposta conjunta).

---

[1] SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, Editora Revista dos Tribunais, n. 61, ano 15, jan/mar de 2011, p. 34.

[2] LECEY, Eladio. Direito Ambiental Penal Reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no Juízo Criminal e a Jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 45, jan/2007, p. 92.

[3] Importante registrar que, em uma interpretação constitucional do citado dispositivo, existe uma ordem preferencial das formas de reparação dos danos ambientais, segundo a qual, antes da indenização monetária pelos danos ambientais causados, busca-se a recuperação *in natura* dos bens ambientais degradados. Segundo José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, "*a melhor forma de reparação, isto é, a ideal, é sempre a restauração 'in natura' via recuperação ou recomposição do bem ambiental, ao lado da cessação das atividades nocivas.*" (*in* LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e Prática. 5ª Edição, rev., atual. e

ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 207/208). Em sendo impossível a restauração "*in situ*", deve-se buscar a compensação ecológica, primeiramente através da substituição do bem ambiental danificado por equivalente *in situ*; em segundo lugar, a substituição por bem equivalente em outro lugar e, como última alternativa, a incidência da compensação monetária.

[4] A esse respeito, relevante mencionar que, apresentando-se o REDS com uma caracterização clara a respeito da tipificação penal, é possível entender-se desnecessária a própria existência de laudo pericial a fim de oferecer a proposta de composição civil dos danos e transação penal. Aliás, vale registrar, ainda, que se encontra vigente a Resolução Conjunta SEMAD/MPE/PMMG/PCMG n. 1.895, de 30 de julho de 2013, que estabeleceu um "Check List" de uso obrigatório quando da realização de atividades de fiscalização pela PM Ambiental ou outro órgão de fiscalização, o qual deve ser anexado aos Boletins de Ocorrência Policial, cujas informações poderão, em havendo necessidade, ser utilizadas para elaboração de laudos periciais indiretos.

[5] *Meio ambiente. Dano ambiental. Transação penal e Composição Civil. Termo de Ajustamento de Conduta. Art. 162. A composição do dano ambiental, que é requisito legal para a admissibilidade da aplicação imediata da pena, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.608, de 12 de fevereiro de 1998, deve ser firmada preferencialmente mediante termo de ajustamento de conduta, em conformidade com o art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347, de 1985.*

DESPACHO

Trata-se de Notícia de Fato deflagrada a partir do encaminhamento ao Ministério Público de cópias de Boletins de Ocorrência lavrados pela Polícia Militar Ambiental de Minas Gerais (Ofício n.º XXX).

No caso do Boletim de Ocorrência n.º. XXX, as medidas criminais iniciais já foram tomadas, visto que o expediente teve como destinatária a Delegacia de Polícia de XXX/MG, onde foi lavrado o TCO, com encaminhamento e distribuição no Poder Judiciário, conforme documentos constantes dos autos.

Adverte-se que o aspecto cível dos fatos também será resolvido, em regra, no âmbito do Juizado Especial Criminal, em sede de composição civil dos danos ambientais, nos termos do que dispõe o artigo 74 da Lei n.º 9.099/95 c/c artigo 27 da Lei n.º 9.605/98.

Neste compasso, inexistem, por ora, outras medidas a serem adotadas, tendo em vista o curso do procedimento inerente às infrações penais ambientais de menor potencial ofensivo, devendo, portanto, ser arquivada, *ab initio,* a presente Notícia de Fato nesta Promotoria de Justiça, ficando ressalvado que, em não sendo possível ou mesmo viável a integral reparação do dano ambiental no âmbito criminal, novo procedimento (Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil) será instaurado.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 7º-A da Resolução Conjunta PGJ e CGMP n.º 003/2009, **INDEFIRO** a instauração de inquérito civil.

Comunique-se o Representante e o Representado do indeferimento, advertindo-os da possibilidade de interposição de recurso, nesta Promotoria de Justiça (informar endereço), no prazo de 10 (dez) dias, a teor do disposto no artigo 7º, §1º, da Resolução Conjunta PGJ e CGMP n.º 003/2009.

Não havendo recursos, requerimentos e/ou manifestações, arquive-se os autos nesta Promotoria de Justiça, registrando a promoção no Sistema de Registro Único (SRU).

Cumpra-se.

XXX, XX DE XXXXXXX DE XXXX.

XXXXX

Promotor (a) de Justiça

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE XXXX/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelo (a) Promotor (a) de Justiça infra-assinado (a), vem, perante Vossa Excelência, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, expor e requerer o que se segue.

Foram remetidos a esta Promotoria de Justiça, por meio do Ofício n.º XXX, uma cópia do Boletim de Ocorrência n.º XXX, acompanhada de uma via do Auto de Infração Administrativa n.º XXXX, tudo oriundo da Superintendência Regional de Regularização Ambiental, refletindo a suposta prática, em tese, do crime ambiental capitulado no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98.

Diante do exposto, considerando que a infração penal em tela (artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98) é de ação penal pública incondicionada e caracterizada como de menor potencial ofensivo, devendo, destarte, a apreciação e o julgamento ocorrerem perante o Juizado Especial Criminal e em conformidade com as disposições da Lei nº 9.099/95, requer o Ministério Público: a)- a autuação da presente, com a juntada aos autos da certidão de antecedentes criminais de **FULANO DE TAL (qualificado no Boletim de Ocorrência e no Auto de Infração em anexo)**; b)- a designação de audiência preliminar, a teor do que dispõem os artigos 74 e 76 da Lei 9.099/95 c/c artigo 27 da Lei n.º 9.605/98.

Nestes termos,
Pede deferimento.

XXX/MG, XX DE XXXXXXXXX DE XXXX.

XXXXXXX
Promotor (a) de Justiça

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE XXXX/MG

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelo (a) Promotor (a) de Justiça infra-assinado (a), vem, perante Vossa Excelência, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro no artigo 129, I da Constituição Federal, artigos 61 e 76 da Lei nº 9.099/1995, expor e requerer o que se segue:

Segundo relatado, descrever sucintamente a conduta.

Como se depreende, os fatos mencionados podem, em tese, consistir na infração penal descrita no artigo ..... da Lei n.º 9.605/98, considerada como delito de menor potencial ofensivo.

Diante disso, o Ministério Público requer, com fundamento no artigo 72 da Lei n.º 9.099/95 e artigo 27 da Lei n.º 9.605/98, após certificados os antecedentes criminais do Autor do Fato, seja designada audiência preliminar para tentativa de composição civil e apresentação de proposta de transação penal.

A título de composição civil dos danos ambientais, segue, em anexo à presente manifestação, minuta de Termo de Ajustamento de Conduta, a ser submetida à apreciação do autor do fato no curso da audiência preliminar.

Desde que aceita a proposta de composição civil[1], nos termos da proposta em anexo, o Ministério Público, com base no artigo 76 da Lei 9.099/95, requer seja submetida ao Autor do Fato a seguinte proposta de transação penal: XXXXXXXXXXX (exemplo: pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ ....., devendo depositar tal quantia, no prazo de 30 (trinta) dias, na conta corrente do Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos – FUNDIF (conta corrente 7175-7 da agência 1615-2 do Banco do Brasil)

Caso não sejam aceitas as propostas de composição civil dos danos e de transação penal, o Ministério Público requer nova vistas dos autos para as ulteriores providências cabíveis.

Nestes termos,
Pede deferimento.

XXX/MG, XX DE XXXXXXXXX DE XXXX.

XXXXXXX
Promotor (a) de Justiça

1 Lei n. 9.605/98, artigo 27: "*Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o artigo 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.*"

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por este instrumento e na forma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, de um lado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS,** pelo (a) Promotor (a) de Justiça infra-assinado e, de outro lado, XXXXXX (qualificar), doravante denominado COMPROMISSÁRIO, têm entre si certo e avençado o presente **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA,** o qual se regerá pelas cláusulas e condições ora estipuladas, com inteira submissão às disposições legais aplicáveis à espécie.

Obrigações do Compromissário

CLÁUSULA 01ª: O COMPROMISSÁRIO se compromete a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo, fazer o registro do imóvel rural onde ocorreram os fatos descritos nos autos XXXXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXXXX, junto ao Cadastro Ambiental Rural (CAR), comprovando seu cumprimento mediante juntada aos autos de Recibo emitido pelo sistema eletrônico do CAR.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a medir, demarcar e georeferenciar a localização de área destinada à instituição de reserva legal da propriedade rural citada, composta de, no mínimo, vinte por cento da área do imóvel com vegetação nativa conservada ou em recuperação, excluídas as áreas de preservação permanente, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Caso não haja uma área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área do imóvel com vegetação nativa efetivamente conservada, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a, no mesmo prazo do *caput*, apresentar ao órgão ambiental competente Projeto Técnico de Recomposição da Flora (PTRF), subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica, contemplando medidas para recuperação da vegetação nativa suficiente para o cumprimento da obrigação.

PARÁGRAFO TERCEIRO: Deverá constar do PTRF cronograma detalhado de execução.

PARÁGRAFO QUARTO: O PTRF deverá ser executado pelo COMPROMISSÁRIO nos termos e prazos constantes do cronograma aprovado pelo órgão ambiental e, após a conclusão de sua execução, o COMPROMISSÁRIO deverá comprovar nos autos que a reserva legal de, no mínimo, vinte por cento da área do imóvel está com vegetação nativa efetivamente conservada.

CLÁUSULA 02ª: O COMPROMISSÁRIO compromete-se a não suprimir florestas e outras formas de vegetação, não construir, explorar economicamente (para plantio de espécies exóticas – pastagens, lavouras, etc. – ou criação de animais) ou intervir, de qualquer forma, nas áreas de preservação permanente e de reserva legal, sem licença, permissão ou autorização do órgão ambiental, de modo a não comprometer a regeneração da vegetação nativa.

CLÁUSULA 03ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a apresentar ao órgão ambiental competente e ao COMPROMITENTE, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo de ajustamento de conduta, plano de recuperação de área degradada (PRAD) e/ou projeto técnico de reconstituição da flora (PTRF), subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica, indicando a forma de correção

de todos os danos e ilícitos ambientais verificados nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXX, inclusive para as áreas de reserva legal e de preservação permanente da propriedade, subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Deverá constar do PRAD e/ou do PTRF cronograma detalhado de execução.

PARÁGRAFO SEGUNDO: O PRAD e/ou o PTRF deverão ser executados pelo COMPROMISSÁRIO nos termos e prazos constantes do cronograma aprovado pelo órgão ambiental e, após a conclusão de sua execução, o COMPROMISSÁRIO deverá comprovar nos autos que todos os danos foram devidamente reparados.

CLÁUSULA 04ª: A título de compensação ambiental pelos danos e ilícitos ambientais causados (lucros cessantes ambientais) e descritos nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXXX, O COMPROMISSÁRIO compromete-se a recolher, no prazo 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do presente termo de ajustamento de conduta, o valor de R$ XXXXX (X reais), em favor do FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

Cláusulas gerais

CLÁUSULA 05ª: O descumprimento total ou parcial de qualquer uma das cláusulas anteriores sujeitará o COMPROMISSÁRIO ao pagamento de multa diária, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por cada obrigação descumprida, numerário esse a ser revertido para o Fundo Estadual do Ministério Público – FUNEMP (conta-corrente 6167-0 da agência 1615-2 do Banco do Brasil), valores devidamente corrigidos pelo IGPM ou por outro índice que o venha substituir, a partir da presente data, até satisfação integral dos encargos assumidos, sem prejuízo da execução específica das referidas obrigações, na forma prevista na legislação aplicável.

CLÁUSULA 06ª: As obrigações assumidas no presente termo são consideradas de relevante interesse ambiental, para fins de responsabilização criminal, em caso de descumprimento (artigo 68 da Lei n.º 9.605/98).

CLÁUSULA 07ª: As multas previstas no presente termo serão calculadas de forma independente, não implicando o adiantamento de uma em compensação com o atraso de outra.

CLÁUSULA 08ª: A assinatura do presente termo não impede o Ministério Público de prosseguir com a apuração ou de promover a responsabilidade sobre quaisquer e eventuais ilícitos e/ou danos ambientais ocorridos em virtude da atuação do COMPROMISSÁRIO, inclusive no que se refere à definição de medidas compensatórias.

CLÁUSULA 09ª: Este compromisso não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, fiscalização e monitoramento de qualquer órgão ambiental, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições e prerrogativas legais e regulamentares.

CLÁUSULA 10ª: A fiscalização do cumprimento do compromisso ora firmado será feita pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Promotoria de Justiça de XXX/MG, ou por qualquer outro órgão ou entidade que vier a ser indicado por ele.

CLÁUSULA 11ª: A celebração deste compromisso de ajustamento de conduta não impede que um novo termo

seja firmado entre o MINISTÉRIO PÚBLICO e o COMPROMISSÁRIO, desde que mais vantajoso para o meio ambiente.

CLÁUSULA 12ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta obriga os sucessores, a qualquer título, do COMPROMISSÁRIO, sendo ineficaz qualquer estipulação em contrário.

CLÁUSULA 13ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta produzirá efeitos legais a partir da data de sua assinatura e terá eficácia de título executivo extrajudicial, a teor do disposto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347/85 e artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, ou de título executivo judicial, caso homologado pelo Juízo competente, nos termos do artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil.

CLÁUSULA 14ª: As questões decorrentes deste compromisso serão dirimidas no foro da comarca de XXX/MG.

E por estarem assim certos e ajustados, assinam o presente **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**, em 03 (três) vias de igual teor, forma e idêntico conteúdo jurídico, para um só efeito, dando tudo por bom, firme e valioso.

XXX/MG, XX DE XXXXX DE XXXX.

XXXX
Promotor (a) de Justiça

Compromissário

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por este instrumento e na forma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, de um lado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS,** pelo (a) Promotor (a) de Justiça infra-assinado e, de outro lado, XXXXXX (qualificar), doravante denominado COMPROMISSÁRIO, têm entre si certo e avençado o presente **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA,** o qual se regerá pelas cláusulas e condições ora estipuladas, com inteira submissão às disposições legais aplicáveis à espécie.

Obrigações do Compromissário

CLÁUSULA 01ª: O COMPROMISSÁRIO compromete-se a não mais agir com crueldade com animais, sob pena de multa específica de R$ 1.000,00 (mil reais) por constatação.

CLÁUSULA 02ª: O COMPROMISSÁRIO sofrerá o perdimento dos animais apreendidos e de todos os instrumentos da prática delitiva, nos termos do art. 25, § 4° da Lei de Crimes Ambientais, comprometendo-se a doá-los em favor da entidade beneficente XXXXXXXXXXXXXXX, devendo juntar aos autos documentação comprobatória do cumprimento da presente Cláusula no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da assinatura deste Termo, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento.

CLÁUSULA 03ª: A título de compensação ambiental pelos danos e ilícitos ambientais causados e descritos nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXXX, O COMPROMISSÁRIO se compromete a recolher, no prazo 30 (trinta) dias a contar da assinatura do presente termo de ajustamento de conduta, o valor de R$ XXXXX (X reais), em favor do FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento.

Cláusulas gerais

CLÁUSULA 04ª: O inadimplemento total ou parcial de qualquer uma das cláusulas anteriores sujeitará o COMPROMISSÁRIO ao pagamento das multas previstas para cada obrigação descumprida, numerário esse a ser revertido para o Fundo Estadual do Ministério Público – FUNEMP (conta-corrente 6167-0 da agência 1615-2 do Banco do Brasil), valores devidamente corrigidos pelo IGPM ou por outro índice que o venha substituir, a partir da presente data, até satisfação integral dos encargos assumidos, sem prejuízo da execução específica das referidas obrigações, na forma prevista na legislação aplicável.

CLÁUSULA 05ª: As obrigações assumidas no presente termo são consideradas de relevante interesse ambiental, para fins de responsabilização criminal, em caso de descumprimento (artigo 68 da Lei n.º 9.605/98).

CLÁUSULA 06ª: As multas previstas no presente termo serão calculadas de forma independente, não implicando o adiantamento de uma em compensação com o atraso de outra.

CLÁUSULA 07ª: A assinatura do presente termo não impede o Ministério Público de prosseguir com a apuração ou de promover a responsabilidade sobre quaisquer e eventuais ilícitos e/ou danos ambientais ocorridos em virtude da atuação do COMPROMISSÁRIO, inclusive no que se refere à definição de medidas compensatórias.

CLÁUSULA 08ª: Este compromisso não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, fiscalização e monitoramento de qualquer órgão ambiental, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições e prerrogativas legais e regulamentares.

CLÁUSULA 09ª: A fiscalização do cumprimento do compromisso ora firmado será feita pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Promotoria de Justiça de XXX/MG, ou por qualquer outro órgão ou entidade que vier a ser indicado por ele.

CLÁUSULA 10ª: A celebração deste compromisso de ajustamento de conduta não impede que um novo termo seja firmado entre o MINISTÉRIO PÚBLICO e o COMPROMISSÁRIO, desde que mais vantajoso para o meio ambiente.

CLÁUSULA 11ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta obriga os sucessores, a qualquer título, do COMPROMISSÁRIO, sendo ineficaz qualquer estipulação em contrário.

CLÁUSULA 12ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta produzirá efeitos legais a partir da data de sua assinatura e terá eficácia de título executivo extrajudicial, a teor do disposto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347/85 e artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, ou de título executivo judicial, caso homologado pelo Juízo competente, nos termos do artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil.

CLÁUSULA 13ª: As questões decorrentes deste compromisso serão dirimidas no foro da comarca de XXX/MG.

E por estarem assim certos e ajustados, assinam o presente **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**, em 03 (três) vias de igual teor, forma e idêntico conteúdo jurídico, para um só efeito, dando tudo por bom, firme e valioso.

XXX/MG, 1º de XXXXXX de XXXX.

XXXX

Promotor (a) de Justiça

Compromissário

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por este instrumento e na forma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, de um lado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS,** pelo (a) Promotor (a) de Justiça infra-assinado e, de outro lado, XXXXXX (qualificar), doravante denominado COMPROMISSÁRIO, têm entre si certo e avençado o presente **TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA,** o qual se regerá pelas cláusulas e condições ora estipuladas, com inteira submissão às disposições legais aplicáveis à espécie.

Obrigações do Compromissário

CLÁUSULA 01ª: O COMPROMISSÁRIO compromete-se a abster de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar qualquer estabelecimento, obra, serviço ou atividade potencialmente poluidores sem a (s) regular (es) licença (s) dos órgãos ambientais competentes, interrompendo imediatamente as atividades descritas nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXX, até a completa e efetiva regularização ambiental.

CLÁUSULA 02ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a adotar todas as medidas e providências determinadas pelo órgão ambiental durante a tramitação do processo de regularização ambiental, obrigando-se, ainda, a cumprir todas as condicionantes e recomendações fixadas no ato do deferimento de sua licença ambiental, cuja cópia deverá juntar aos autos no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de sua publicação.

Obs. Deverá ser verificada a pertinência da inserção das obrigações constantes das cláusulas 03 a 06 a seguir.

CLÁUSULA 03ª: O COMPROMISSÁRIO compromete-se a, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo, fazer o registro do imóvel rural onde ocorreram os fatos descritos nos autos XXXXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXXXX, junto ao Cadastro Ambiental Rural (CAR), comprovando seu cumprimento mediante juntada aos autos de Recibo emitido pelo sistema eletrônico do CAR.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a medir, demarcar e georeferenciar a localização de área destinada à instituição de reserva legal da propriedade rural citada, composta de, no mínimo, vinte por cento da área do imóvel com vegetação nativa conservada ou em recuperação, excluídas as áreas de preservação permanente, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Caso não haja uma área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área do imóvel com vegetação nativa efetivamente conservada, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a, no mesmo prazo do *caput*, apresentar ao órgão ambiental competente Projeto Técnico de Recomposição da Flora (PTRF), subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica, contemplando medidas para recuperação da vegetação nativa suficiente para o cumprimento da obrigação.

PARÁGRAFO TERCEIRO: Deverá constar do PTRF cronograma detalhado de execução.

PARÁGRAFO QUARTO: O PTRF deverá ser executado pelo COMPROMISSÁRIO nos termos e prazos constantes do cronograma aprovado pelo órgão ambiental e, após a conclusão de sua execução, o COMPROMISSÁRIO

deverá comprovar nos autos que a reserva legal de, no mínimo, vinte por cento da área do imóvel está com vegetação nativa efetivamente conservada.

CLÁUSULA 04ª: O COMPROMISSÁRIO compromete-se a não suprimir florestas e outras formas de vegetação, não construir, explorar economicamente (para plantio de espécies exóticas – pastagens, lavouras, etc. – ou criação de animais) ou intervir, de qualquer forma, nas áreas de preservação permanente e de reserva legal, sem licença, permissão ou autorização do órgão ambiental, de modo a não comprometer a regeneração da vegetação nativa.

CLÁUSULA 05ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a apresentar ao órgão ambiental competente e ao COMPROMITENTE, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da assinatura do presente termo de ajustamento de conduta, plano de recuperação de área degradada (PRAD) e/ou projeto técnico de reconstituição da flora (PTRF), subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica, indicando a forma de correção de todos os danos e ilícitos ambientais verificados nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXX, inclusive para as áreas de reserva legal e de preservação permanente da propriedade, subscrito por profissional competente, com anotação de responsabilidade técnica.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Deverá constar do PRAD e/ou do PTRF cronograma detalhado de execução.

PARÁGRAFO SEGUNDO: O PRAD e/ou o PTRF deverão ser executados pelo COMPROMISSÁRIO nos termos e prazos constantes do cronograma aprovado pelo órgão ambiental e, após a conclusão de sua execução, o COMPROMISSÁRIO deverá comprovar nos autos que todos os danos foram devidamente reparados.

CLÁUSULA 06ª: A título de compensação ambiental pelos danos e ilícitos ambientais causados (lucros cessantes ambientais) e descritos nos autos n.º XXX, em curso no Juizado Especial Criminal da Comarca de XXXX, O COMPROMISSÁRIO se compromete a recolher, no prazo 30 (trinta) dias a contar da assinatura do presente termo de ajustamento de conduta, o valor de R$ XXXXX (X reais), em favor do FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

Cláusulas gerais

CLÁUSULA 07ª: O descumprimento total ou parcial de qualquer uma das cláusulas anteriores sujeitará o COMPROMISSÁRIO ao pagamento de multa diária, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por cada obrigação descumprida, numerário esse a ser revertido para o Fundo Estadual do Ministério Público – FUNEMP (conta-corrente 6167-0 da agência 1615-2 do Banco do Brasil), valores devidamente corrigidos pelo IGPM ou por outro índice que o venha substituir, a partir da presente data, até satisfação integral dos encargos assumidos, sem prejuízo da execução específica das referidas obrigações, na forma prevista na legislação aplicável.

CLÁUSULA 08ª: As obrigações assumidas no presente termo são consideradas de relevante interesse ambiental, para fins de responsabilização criminal, em caso de descumprimento (artigo 68 da Lei n.º 9.605/98).

CLÁUSULA 9ª: As multas previstas no presente termo serão calculadas de forma independente, não implicando o adiantamento de uma em compensação com o atraso de outra.

CLÁUSULA 10ª: A assinatura do presente termo não impede o Ministério Público de prosseguir com a apuração ou de promover a responsabilidade sobre quaisquer e eventuais ilícitos e/ou danos ambientais ocorridos em virtude da atuação do COMPROMISSÁRIO, inclusive no que se refere à definição de medidas compensatórias.

CLÁUSULA 11ª: Este compromisso não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, fiscalização e monitoramento de qualquer órgão ambiental, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições e prerrogativas legais e regulamentares.

CLÁUSULA 12ª: A fiscalização do cumprimento do compromisso ora firmado será feita pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Promotoria de Justiça de XXX/MG, ou por qualquer outro órgão ou entidade que vier a ser indicado por ele.

CLÁUSULA 13ª: A celebração deste compromisso de ajustamento de conduta não impede que um novo termo seja firmado entre o MINISTÉRIO PÚBLICO e o COMPROMISSÁRIO, desde que mais vantajoso para o meio ambiente.

CLÁUSULA 14ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta obriga os sucessores, a qualquer título, do COMPROMISSÁRIO, sendo ineficaz qualquer estipulação em contrário.

CLÁUSULA 15ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta produzirá efeitos legais a partir da data de sua assinatura e terá eficácia de título executivo extrajudicial, a teor do disposto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347/85 e artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, ou de título executivo judicial, caso homologado pelo Juízo competente, nos termos do artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil.

CLÁUSULA 16ª: As questões decorrentes deste compromisso serão dirimidas no foro da comarca de XXX/MG.

E por estarem assim certos e ajustados, assinam o presente **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**, em 03 (três) vias de igual teor, forma e idêntico conteúdo jurídico, para um só efeito, dando tudo por bom, firme e valioso.

XXX/MG, 1º de XXXXXX de XXXX.

XXXX
Promotor (a) de Justiça

Compromissário

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EXCENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA ___VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE ___ (MG)

Referência:
Área criminal – Proposta de transação penal
Investigado(s):
Vítima(s):
Infração:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, no estrito cumprimento de suas atribuições legais, vem, perante este respeitável Juízo, forte nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, arts. 74 e 76 da Lei 9.099/1995, artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/1985, art. 27 da Lei 9.605/1998, e nos anexos documentos, expor e requerer o seguinte:

Há elementos de convicção sobre a prática do delito em epígrafe.

Não há, por ora, notícia de que o autor do fato haja sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade por sentença definitiva; nem beneficiado anteriormente pela transação, no prazo de cinco anos; sendo que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, não impedem, por ora, a adoção da medida.

A composição civil foi realizada, conforme compromisso de ajustamento de conduta, tomado pelo Ministério Público nos termos do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85.

(OU)

A composição civil poderá ser firmada em audiência preliminar, conforme proposta em anexo. **(OU)** com as seguintes obrigações:

Cláusula 1ª. O(s) autor(es) do fato obriga(m)-se a, no prazo de ___ dias, (descrever a obrigação), sob pena de multa diária de R$___, **(ou)** por cada descumprimento e reiteração constatados.

Cláusula 2ª. O(s) autor(es) do fato obriga(m)-se a pagar ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos – FUNDIF, a título de indenização pelos danos consumados e não mitigáveis/recuperáveis, especificados no parecer técnico de fls. ___ dos autos, o valor de R$___ (___), dividido em ___ (___) parcelas de R$___ (___), com vencimentos respectivamente em ___, ___ e ___, conforme Documento(s) de Arrecadação Estadual (DAE). O não pagamento, a tempo e modo, das quantias ajustadas implicará, de pleno direito, o vencimento das parcelas subsequentes, com o imediato

início dos atos executivos, além de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, com atualização de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde o dia de cada prática infracional até efetivo desembolso.

Cláusula 3ª. Cabe ao(s) autor(es) do fato comprovar(em) o cumprimento de todas as obrigações deste termo junto ao Compromitente, obrigando-se, para tanto, a apresentar o(s) respectivo(s) relatório(s) de acompanhamento e documentação nos autos em referência, nos termos previstos no projeto de recomposição, observada a periodicidade mínima anual, bem como a atender às requisições de informações e documentos formuladas pelo Compromitente, nos prazos por este fixados (observado o prazo mínimo de 10 dias), contados a partir da ciência das requisições, sob pena de ser considerado descumprido o compromisso.

§1. Sem embargo, a fiscalização do cumprimento das obrigações poderá ser realizada por perito(s) ou órgão(s) designado(s) pelo Compromitente, sendo que o(s) autor(es) do fato arcará(ão) com gastos com perícias, diárias de peritos, deslocamentos e quaisquer outras despesas necessárias à fiscalização do cumprimento, obrigando-se a ressarcir tais custos no prazo de 30 dias e na forma de notificação a ser promovida pelo Compromitente, que será instruída com planilha das despesas apresentada pelo(s) referido(s) perito(s) ou órgão(s), sob pena de execução do valor, atualizado de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), mais juros moratórios de 1% ao mês.

§2. Dentro em 5 (cinco) dias, contados da notificação referida no parágrafo anterior, é facultado ao(s) autor(es) do fato indicar assistente técnico e/ou apresentar quesitos a serem respondidos pelo(s) perito(s) ou órgão(s) designado(s) pelo Compromitente.

Cláusula 4ª. O(s) autor(es) do fato obriga(m)-se a, no prazo de ___ dias, pagar o valor de R$___ ao ___, a título de ressarcimento pelas despesas relacionadas na fl. ___ dos autos (com honorários periciais, combustível etc.), atualizado na data do pagamento, de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), sob pena de execução do valor, mais juros moratórios de 1% ao mês.

Cláusula 5ª. O descumprimento da(s) obrigação(ões) assumida(s) implicará no pagamento da(s) multa(s) prevista(s), independentemente de prévia notificação judicial ou extrajudicial, cujo(s) valor(es) será(ão) atualizado(s) de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde o dia de cada prática infracional até efetivo desembolso, a ser recolhida ao Fundo referido no art. 13 da Lei 7.347/1985, sem prejuízo da execução específica da(s) obrigação(ões) de fazer ou não fazer assumida(s) e da indenização por danos causados.

Em face do exposto, o Ministério Público requer:

a) a **juntada de folha e certidão de antecedentes criminais** do(s) autor(es) do fato, para verificação das circunstâncias do art. 76 da Lei 9.099/1995.

b) a **expedição de carta precatória** ao Juízo da Comarca de ___, para que lá seja providenciada a juntada de **folha e certidão de antecedentes criminais** do(s) autor(es) do fato, designada audiência preliminar, e, afinal, **homologado o compromisso de ajustamento de conduta** (composição civil – art. 74 da Lei 9.605/1995 e 27 da Lei 9.605/1998) e **aplicada(s) a(s) pena(s) restritiva(s) de direitos** abaixo, uma vez aceita(s) em audiência, nos termos do §4º do art. 76 da Lei 9.605/1995: **(USAR AS PROPOSTAS ABAIXO)**

c) a **designação de audiência preliminar** e, afinal, **homologado o compromisso de ajustamento de conduta** (composição civil – art. 74 da Lei 9.605/1995 e 27 da Lei 9.605/1998) e **aplicada(s) a(s) pena(s) restritiva(s) de direitos** abaixo, uma vez aceita(s) em audiência, nos termos do §4º do art. 76 da Lei 9.605/1995:

c.1) prestação pecuniária, consistente no pagamento à Associação Regional de Proteção Ambiental de Governador Valadares - ARPAGV (conta corrente n. 14.236-0 da agência n. 2296-9 do Banco do Brasil), entidade com destinação social na área do meio ambiente, nos termos do art. 12 da Lei 9.605/1998, já cadastrada neste Juizado, do valor correspondente a 1 (um) salário(s) mínimo(s), quantia que será dividida em três parcelas de idêntico valor, com vencimento da primeira parcela 30 dias após a audiência realizada no Juizado Especial Criminal e as demais nos trinta e sessenta dias subseqüentes ao vencimento da primeira parcela. O não pagamento, a tempo e modo, das quantias ajustadas implicará, de pleno direito, o vencimento das parcelas subsequentes, com o imediato início dos atos executivos, além de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, com atualização de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde o dia de cada prática infracional até efetivo desembolso. O autor do fato comprovará o pagamento da prestação pecuniária, até o prazo de 5 dias de cada vencimento. **(OU)**

c.2) prestação pecuniária, consistente no pagamento ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos - FUNDIF, do valor correspondente a 1 (um) salário(s) mínimo(s), quantia que será dividida em ___ (___) parcelas de R$___ (___), com vencimentos respectivamente em ___, ___ e ___, conforme Documento(s) de Arrecadação Estadual (DAE). O não pagamento, a tempo e modo, das quantias ajustadas implicará, de pleno direito, o vencimento das parcelas subsequentes, com o imediato início dos atos executivos, além de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, com atualização de acordo com índice oficial (da Corregedoria-Geral de Justiça), mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde o dia de cada prática infracional até efetivo desembolso. **(OU)**

c.3) **prestação inominada**, consistente na entrega de ___, à Associação Regional de Proteção Ambiental de Governador Valadares – ARPAGV, da seguinte forma: ___. **(OU)**

c.4) **prestação de serviços** gratuitos e voluntários à **entidade cadastrada neste Juizado**, pelo prazo de 06 (seis) meses, à razão de uma hora de tarefa por dia, fixadas de forma a não atrapalhar a jornada de trabalho do(a) autor(a) do fato.

c.5) **perda de materiais apreendidos** descritos no Boletim de Ocorrência da Polícia (p. ex.: produtos de origem vegetal, animais, produtos da fauna e instrumentos da infração), dando-se a destinação prevista no art. 25 da Lei 9.605/1998.

Governador Valadares, 13 de outubro de 2014.

Leonardo Castro Maia
Promotor de Justiça

6.10. Resíduos sólidos e efluentes (esgoto)

- Resíduos Sólidos Urbanos
- Minuta denúncia criminal - resíduos sólidos (modelo)
- Minuta ACP - resíduos sólidos (modelo)
- Minuta TAC - resíduos sólidos (modelo)
- Minuta ACP - Improbidade ambiental - resíduos sólidos (modelo)
- Efluentes Sanitários
- Minuta ACP - efluentes sanitários (modelo)
- Minuta TAC - efluentes sanitários (modelo)

Resíduos Sólidos Urbanos

A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, trouxe disposições inovadoras sobre princípios, objetivos e instrumentos relativos à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos.

Em Minas Gerais, ainda está em vigor a Lei Estadual nº 18.031/2009, que também apresenta importantes definições que auxiliam na compreensão do assunto.

Além disso, é imperioso ressaltar que a coleta, o transporte e a adequada disposição de resíduos sólidos se insere na definição legal de saneamento básico, conforme o disposto no art. 3º, I, "c", da Lei 11.445/2007.

No que tange ao poder público, a obrigação de zelar pela proteção ao meio ambiente é plenamente vinculada. Ademais, a discricionariedade administrativa não legitima a conduta omissiva lesiva aos bens ambientais. É que o Texto Constitucional, principalmente o art. 225, determina a obrigação do poder público, ou daquele que fizer suas vezes, de promover a defesa do meio ambiente, não podendo causar poluição, atividade completamente proscrita e danosa à sociedade. Contudo, sabe-se que muitos são os danos ambientais causados pelo poder público, por ação ou omissão, direta ou indiretamente.

Por se tratar de serviço público de interesse local, compete ao Município realizar, diretamente ou por meio de concessionária, coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 30 Constituição Federal e art. 10 da Lei 12.305/2010).

O gerenciamento dos resíduos sólidos pelos Municípios deve ser executado de acordo com o disposto no Plano Municipal de Gestão Integrada, cujo conteúdo mínimo está previsto no art. 19 da Lei 12.305/2010, merecendo destaque: diagnóstico dos resíduos gerados; identificação das áreas favoráveis à disposição; regras para a limpeza urbana e transporte de resíduos; identificação dos geradores; programa de educação ambiental; meios de controle e fiscalização; ações preventivas e corretivas.

Na gestão dos resíduos sólidos é imprescindível a obediência à seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final adequada dos rejeitos. Com efeito, as ações do poder público municipal devem ser primeiramente direcionadas ao fomento da reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação e o aproveitamento energético dos resíduos, de forma a reduzir ao máximo a quantidade de materiais que será encaminhada para à disposição final no aterro sanitário.

Por outro lado, cumpre destacar que a Lei nº 12.503/2010 apresentou o conceito da gestão compartilhada dos resíduos sólidos, atribuindo responsabilidades ao Poder Público, ao empreendedor e ao consumidor. Nessa sistemática, os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos devem desenvolver ações para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Dentro da gestão compartilhada dos resíduos sólidos, a Lei nº 12.305/2010 criou a logística reversa, que é o instrumento constituído por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Conceitos

Antes de aprofundar no tema, é necessário trazer algumas definições contidas na legislação ambiental:

- ***Resíduos sólidos:*** material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final deve-se proceder. Classificam-se quanto à origem (domiciliares, de limpeza urbana, urbanos, de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, dos serviços públicos de saneamento básico, industriais, de serviços de saúde, construção civil, agrossilvopastoris, de serviços de transportes, de mineração) e quanto à periculosidade (resíduos perigosos e não perigosos), conforme art. 13 da Lei nº 12.305/2010.

- ***Rejeitos:*** resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

- ***Destinação final ambientalmente adequada:*** destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético, além da disposição final.

- ***Disposição final ambientalmente adequada:*** distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

- ***Depósito de lixo:*** Denominação genérica do local utilizado para destinação final de Resíduos Sólidos Urbanos – RSU – coletados pela municipalidade, que dependendo da técnica ou forma de implantação e operação pode ser classificado como: Aterro Sanitário, Aterro Controlado, Lixão ou outra técnica pertinente. (DN Copam n. 118/2008)

- ***Aterro Sanitário:*** Técnica adequada de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos à saúde pública e à segurança, minimizando os impactos ambientais, que utiliza princípios de engenharia para confinar os resíduos sólidos à menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se necessário. (DN Copam n. 118/2008)

- ***Aterro Controlado:*** Técnica de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, minimizando os impactos ambientais (DN Copam n. 118/2008). É uma forma paliativa de disposição final de resíduos sólidos, que traz algumas medidas mitigadoras de danos ambientais, tais como: drenagem pluvial para impedir que as águas da chuva atinjam a massa de lixo, disposição do lixo em valas, com seu recobrimento periódico e cercamento da área. Apesar de ensejar maior proteção ambiental do que o "lixão", não é considerado solução ambientalmente adequada para a disposição final de rejeitos, principalmente por não prever a impermeabilização das valas, não impedindo a contaminação do solo e do lençol freático pelo chorume. Ademais, não por inexistir tratamento dos gases gerados pela massa de lixo aterrada, provoca poluição do ar pela emissão de gás metano na atmosfera. Por isso, o art. 50, §2º, do Decreto Federal nº 7.404/2010, considera o aterro controlado como passivo ambiental, que deve ser alvo de adequação. Nesses casos, os aterros controlados em operação devem ser considerados apenas como uma etapa de transição entre o lixão e o aterro sanitário.

- ***Lixão:*** Forma inadequada de disposição final de resíduos sólidos, caracterizada pelo lançamento desordenado de resíduos a céu aberto, sem critérios técnicos e medidas de proteção ambiental ou à saúde pública. (DN Copam n. 118/2008)

- ***Usina de Triagem e Compostagem:*** Local onde é realizada a separação manual da matéria orgânica, materiais recicláveis, rejeitos e resíduos especiais presentes no lixo. A parte orgânica é destinada ao pátio de compostagem, onde é submetida a um processo de conversão biológica em adubo, e o que não pode ser aproveitado é aterrado em valas de rejeitos. (DN Copam n. 118/2008).

- ***Reciclagem:*** processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos. (Lei 12.305/2010). Sobre o tema, vale conferir o disposto na legislação estadual: Lei Estadual nº 13.766/2000 (Política Estadual de Coleta Seletiva); Lei Estadual nº 14.128/2001 (Política Estadual de Reciclagem); Lei Estadual nº 19.823/2011 (Catadores de Materiais Recicláveis), Decreto Estadual nº 45.975/2012 (Bolsa Reciclagem).

Práticas Vedadas

A Lei nº 12.305/2010, em seu art. 47, proíbe as seguintes formas de disposição final: a) lançamento em corpos hídricos; b) lançamento in natura a céu aberto; c) queima a céu aberto; d) outras formas vedadas pelo poder público.

Tais práticas afiguram-se extremamente nocivas ao meio ambiente, especialmente por propiciarem poluição do solo, ar e águas (superficiais e subterrâneas), além de graves prejuízos à saúde pública.

De igual forma, a mesma norma (art. 48) veda as seguintes práticas nas áreas de disposição final:

- I - utilização de rejeitos como alimentação;
- II – catação;
- III - criação de animais domésticos;
- IV - fixação de habitações temporárias ou permanentes;
- V - outras atividades vedadas pelo poder público.

Importante observar ainda as restrições trazidas pela Lei nº 12.725/2012, que dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos e estabelece algumas limitações locacionais para a implantação de aterros nas proximidades de aeroportos.

Resíduos especiais

A legislação ambiental submete alguns resíduos especiais a um regramento legal específico, impedindo a disposição final juntamente com o rejeito doméstico comum:

- ***Resíduos dos Serviços de Saúde (RSS):*** São os resíduos sólidos contaminados, ou potencialmente contaminados, gerados nos estabelecimentos de atenção à saúde (hospitais, clínicas e policlínicas médicas e/ou odontológicas, postos de saúde, clínicas veterinárias, farmácias etc.), compreendendo sangue e hemoderivados, secreções, excreções, objetos perfurantes ou cortantes etc. A Resolução CONAMA nº 358/2005, dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos RSS. De acordo com esta, cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final. Deve-se atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sendo necessária a elaboração e implantação de Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (PGRSS), de acordo com normas da vigilância sanitária. No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Deliberação Normativa COPAM nº 171/2011 (art. 6º) proíbe a disposição de resíduos desta natureza em lixões, aterros controlados, fossos, valas, manilhas, bem como sua queima a céu aberto. Nos Municípios do interior do Estado tem sido praxis a terceirização do serviço de disposição desses resíduos. Há a possibilidade de se contratar empresa de incineração de resíduos dos serviços de saúde, cuja atividade submete-se a licenciamento ambiental (DN Copam n. 74/2004).
- ***Resíduos da construção civil (RCC):*** Provenientes de construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil e os resultantes da preparação e da escavação de terrenos, tais como: tijolos, blocos cerâmicos, concreto em geral, solos, rochas, metais, resinas, colas, tintas, madeiras e compensados, forros, argamassa, gesso, telhas, pavimento asfáltico, vidros, plásticos, tubulações, fiação elétrica etc., comumente chamados de entulhos de obras. A presente matéria é regulada preponderantemente pela Resolução CONAMA nº 307/2002, que estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a sua gestão. Esses resíduos não podem ser dispostos em aterros de resíduos domiciliares, em áreas de *bota fora*, em encostas, corpos d’água, lotes vagos e em áreas protegidas por Lei. Em palestras e eventos de outras naturezas, técnicos ambientais

tem destacado que, no Brasil, os resíduos provenientes da construção civil são um dos maiores desafios a serem enfrentados, em especial em razão do alto índice de desperdício. De todo modo, tem surgido iniciativas positivas no sentido de reaproveitamento destes materiais na própria construção civil e em outras atividades.

- ***Resíduos Perigosos:*** A Resolução CONAMA n.º 452/2012 relaciona os resíduos considerados perigosos, dentre os quais merecem destaque: pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, óleos lubrificantes (inclusive embalagens), produtos eletroeletrônicos e seus componentes; agrotóxicos (inclusive embalagens). A Resolução CONAMA nº 401/2008 estabelece procedimentos para o descarte, coleta, reutilização, reciclagem e tratamento de pilhas e baterias que contenham em suas composições chumbo, cádmio, mercúrio e seus compostos. Os estabelecimentos de venda de pilhas e baterias devem manter pontos de coleta para que os usuários possam descartar estes materiais (logística reversa). Sobre a destinação das embalagens vazias de agrotóxicos, vale conferir o disposto na Lei n. 7.802/1989, que, no seu art. 6º, §5º, responsabiliza as empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos pela destinação adequada das referidas embalagens.

- ***Pneus Inservíveis:*** A Resolução CONAMA nº 416/2009 dispõe sobre a coleta e destinação final de pneus inservíveis. Os vendedores devem receber os pneumáticos já utilizados no momento da venda/troca, aplicando, assim, a logística reversa. Estabelece também que, para cada pneu novo comercializado, as empresas fabricantes ou importadoras deverão proceder à destinação adequada a um pneu já utilizado e inservível. Na mesma esteira, proíbe a destinação final de pneumáticos inservíveis em aterros sanitários, o abandono em corpos d'agua, terrenos baldios ou alagadiços, bem com a queima a céu aberto. A disposição de pneus em aterro sanitário reduz a vida útil do aterro, uma vez que os pneumáticos não são biodegradáveis, além de ocupar grande volume nas valas. Merece destaque também o disposto na Lei estadual nº 18.719/2010, que exige do Estado o emprego de borracha de pneumáticos inservíveis na massa asfáltica destinada à construção e recuperação de vias públicas.

- ***Resíduos sólidos industriais:*** De acordo com a Resolução CONAMA nº 313/2002, são aqueles "que resultem de atividades industriais e que se encontrem nos estados sólido, semi-sólido, gasoso - quando contido, e líquido - cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgoto ou em corpos d`água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível". Enquadram-se nesse conceito, por exemplo, os resíduos provenientes de atividades de fabricação de couro, fabricação de produtos químicos, e de máquinas e equipamentos em geral. Em Minas Gerais a Deliberação Normativa COPAM nº 90/2005 dispõe sobre a declaração de informações relativas às diversas fases de gerenciamento dos resíduos sólidos industriais, estabelecendo que os resíduos sólidos existentes ou gerados pelas atividades industriais ali arroladas serão objeto de controle específico como parte integrante do processo de licenciamento ambiental.

Cooperação entre as diferentes esferas do poder público

A Lei 12.305/2010 incentiva a articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos (art. 7º, II).

A norma dá prioridade a opções que promovam a integração da organização, do planejamento e da execução das funções públicas de interesse comum, como os consórcios públicos (art. 45).

Em atenção à competência municipal, o ordenamento jurídico fomenta a formação de consórcios intermunicipais para a instalação e manutenção de estruturas apropriadas à coleta, separação e disposição de resíduos. Desta forma, o art. 11 parágrafo único, da Lei em exame, afirma que os Estados irão priorizar a prestação de auxílio aos municípios que buscarem soluções consorciadas para a gestão do lixo urbano. Do mesmo modo, o art. 79, II "a" estipula que a União e órgãos ou entidades a ela vinculados priorizarão os consórcios intermunicipais para fins de liberação de linhas de financiamento e incentivos financeiros de outra

natureza.

Justamente por isto, é crescente o número de municípios que pretendem e já estão se consorciando. Não obstante, deve-se compreender que a implementação de consórcio intermunicipal em nada limita a atuação do Promotor de Justiça, o qual permanece com a possibilidade de exigir dos municípios e do consórcio – uma vez detentor de personalidade jurídica – o cumprimento das determinações legais.

Atuação Prática

É consabido que o art. 225, §3º, da Constituição da República de 1988 determina a tríplice responsabilidade (esferas cível, penal e administrativa) em decorrência de atos lesivos ao meio ambiente. Outrossim, o art. 51 da Lei nº 12.305/2010 prevê que a inobservância dos seus preceitos sujeitará os infratores às sanções da Lei nº 9.605/1998, independente da obrigação de reparar os danos.

Esfera Cível

Para que o gerenciamento dos resíduos sólidos seja considerado ambientalmente adequado, o ordenamento jurídico exige do Município no mínimo:

- 1) Plano Municipal de Gestão Integrada, com o conteúdo do art. 19 da Lei nº 12.305/2010, prevendo a destinação para todas as espécies de resíduos (Pneus Inservíveis, Resíduos de Construção Civil, Perigosos (pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, lubrificantes, eletrônicos e agrotóxicos) e dos Serviços de Saúde.
- 2) Programa eficiente de coleta seletiva e reciclagem, inclusive com projeto de educação ambiental direcionado à população.
- 3) Usina de Triagem e Compostagem.
- 4) Aterro Sanitário: com licença ambiental de operação; instalado em local adequado; dotado de valas impermeabilizadas e sistema de drenagem (chorume, águas pluviais e gases); realização de recobrimento diário; com sistema de tratamento do chorume; indicação responsável técnico; isolado por cerca e guarita.

Fase Investigatória

De início, sugere-se a instauração de Inquérito Civil para investigar as circunstâncias do gerenciamento dos resíduos sólidos pelo Município, incluindo coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final.

Na portaria de instauração cabem as seguintes providências iniciais: 1) Oficiar o Município requisitando informações detalhadas sobre o gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos, especialmente sobre a existência de Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos e de aterro sanitário, além de esclarecimentos sobre a coleta e destinação de todas as espécies de resíduos; 2) Realizar consulta ao Sistema Integrado de Informações Ambientais - Siam (www.siam.mg.gov.br) da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), para averiguar se o depósito de lixo do Município investigado possui licença ambiental; 3) Oficiar a Polícia Militar de Meio Ambiente requisitando a realização de vistoria no local de disposição final de rejeitos, especialmente para verificar a ocorrência de alguma das práticas vedadas pela legislação; 4) Oficiar o órgão ambiental competente requisitando a realização de vistoria no local de disposição final de rejeitos, com aplicação das sanções administrativas cabíveis, inclusive embargo da atividade.

Cumpridas as diligências iniciais e existindo indícios de irregularidades, recomenda-se a remessa dos autos à Central de Apoio Técnico – CEAT, para realização de perícia, conforme quesitos relacionados no “Guia Prático de Requisições de Perícias Ambientais”.

Esfera Cível

Constadas irregularidades no gerenciamento dos resíduos sólidos, é imprescindível a notificação do Prefeito Municipal para comparecer na Promotoria de Justiça para prestar esclarecimentos e firmar Termo de Ajustamento de Condutas (modelo anexo).

Caso não seja possível a celebração de TAC, recomenda-se a propositura de Ação Civil Pública (modelo anexo).

Seja por meio de Termo de Ajustamento de Conduta ou de Ação Civil Pública, é importante a adoção simultânea das seguintes medidas: a) completa adequação do gerenciamento municipal dos resíduos sólidos; b) interrupção da atividade nociva ao meio ambiente; c) recuperação do ambiente degradado; d) indenização pelos impactos ambientais temporários e não recuperáveis.

Para garantir a efetividade das obrigações pactuadas no TAC ou das determinações impostas pelo Poder Judiciário no julgamento da ACP, imprescindível que a multa cominatória seja direcionada ao Prefeito Municipal.

> "O art. 11 da Lei nº 7.347/85 autoriza o direcionamento da multa cominatória destinada a promover o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer estipulada no bojo de ação civil pública não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes públicos responsáveis pela efetivação das determinações judiciais, superando-se, assim, a deletéria ineficiência que adviria da imposição desta medida exclusivamente à pessoa jurídica de direito público". (STJ. EDcl no REsp 1111562/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, J. 01/06/2010, DJe 16/06/2010)

Esfera Criminal

Na seara criminal, a disposição irregular de resíduos sólidos pode, em tese, caracterizar as seguintes infrações penais: arts. 54; 56, §1º, II; 60 e 68 da Lei nº 9.605/1998.

O lançamento de resíduos sólidos em área inadequada e em desconformidade com a legislação, além de causar sérios danos ao meio ambiente, principalmente poluição do ar e do solo, provoca potenciais prejuízos à saúde pública. A conduta comissiva do gestor público municipal amolda-se ao tipo penal previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98, que criminaliza a mera possibilidade de danos à saúde humana (crime de perigo concreto).

Em casos excepcionais, a conduta pode ensejar a aplicação de alguma das qualificadoras previstas no parágrafo segundo do mesmo dispositivo, quando a conduta: I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV – dificultar ou impedir o uso público das praias; V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.

Sob a ótica da prática processual penal, chamamos a atenção para a necessidade de prova pericial que constate a existência de poluição, por se tratar de crime que deixa vestígios (art. 158 do CPP). A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, devendo ser observado o princípio do contraditório (art. 19, parágrafo único, Lei nº 9.605/98).

O dolo do sujeito ativo responsável pela poluição fica evidenciado pela não adoção das medidas concretas para a regularização da disposição final de resíduos sólidos, aliada às seguintes circunstâncias: negativa em firmar Termo de Ajustamento de Conduta; descumprimento injustificado de TAC ou decisão judicial; lavratura de Auto de Infração pelo órgão ambiental ou Boletim de Ocorrência pela Polícia Militar de Meio Ambiente.

Sobre a tipificação do crime ambiental, vale a pena transcrever o entendimento do TJMG:

> "PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE

> CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO. 'LIXÃO'. DENÚNCIA FORMALMENTE PERFEITA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CAPITANEADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. ELEMENTOS INDICIÁRIOS SUFICIENTES PARA CONFERIR VIABILIDADE À ACUSAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA. - Preenchendo a denúncia os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e havendo elementos indiciários a conferir viabilidade à acusação, a instauração da ação penal se impõe". (AP N° 1.0000.09.504512-6/000, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. 25/02/2010).

Além disso, se a perícia constatar irregularidades na destinação final de resíduos perigosos, tais como pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes e embalagens de agrotóxicos, que não raramente são depositados juntamente com o lixo doméstico, também será possível a caracterização da infração penal prevista no art. 56, §1º, II, da Lei no 9.605/1998, cuja redação foi alterada pelo art. 53 da Lei nº 12.305/2010.

Por outro lado, quando a disposição irregular dos resíduos sólidos ocorrer sem a respectiva licença ambiental restará configurado o crime do art. 60 da nº 9.605/98, já que a atividade é potencialmente poluidora e depende de anuência prévia do órgão ambiental. Importante salientar que o crime é de mera conduta, sendo desnecessária a comprovação de danos ao meio ambiente.

O gerenciamento inadequado dos resíduos sólidos do Município pode também permitir a incidência da infração penal tipificada no art. 68 da nº 9.605/98, nos casos em que o gestor público deixar de cumprir obrigações de relevante interesse ambiental, previstas em lei ou em Termo de Ajustamento de Conduta. Da mesma forma, a tipificação do delito não depende da ocorrência de efetivo prejuízo ambiental.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência:

> "CRIME AMBIENTAL. Deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. Assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta entre prefeito municipal e Cetesb. Não cumprimento integral do acordado. Prova de efetivo dano ambiental. Desnecessidade. Infração de mera conduta. Caracterização, inteligência do art. 68, caput, da Lei n- 9.605, de 1998. - Comete a infração do art. 68, caput, da Lei ne 9.605, de 1998, o prefeito municipal que, tendo assinado termo de compromisso de ajustamento de conduta com a Cetesb, não o cumpre integralmente, deixando itens por fazer, conforme prova pericial e auto de infração, sendo desnecessária prova de efetivo dano ambiental por se tratar de infração de mera conduta." (TJSP, Apelação nº 1356299000, Rel. Des. João Morenghi, Órgão julgador: 4º Câmara, J. 08/07/2003, Registro: 01/04/2004).

É importante destacar que, caso o sujeito ativo do crime seja o Prefeito Municipal em exercício, caberá ao Promotor de Justiça expedir ofício à Procuradoria Especializada em Crimes Praticados por Prefeitos Municipais, solicitando a adoção das providências pertinentes.

Entretanto, caso o mandato do Prefeito responsável pelo crime ambiental já tenha encerrado, torna-se plenamente possível o ajuizamento de ação criminal na própria Comarca. Para estes casos, vide modelo de denúncia criminal ao final deste tópico.

Improbidade Administrativa Ambiental

O Prefeito Municipal que deixa de adotar as providências necessárias para regularizar a disposição final de resíduos sólidos urbanos, contrariando as exigências da legislação ambiental e provocando danos ao meio ambiente e à saúde pública, deve ser responsabilizado pela violação aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, nos termos do art. 11, caput e incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

Neste caso, a contuda negativa do gestor público é duplamente ofensiva à legalidade: ofensa ao dever de não degradar e omissão no dever de combater a poluição ambiental (art. 23, VI, CF). Ou seja, o Município, ente constitucionalmente incumbido de impedir a degradação do meio ambiente, torna-se, ele próprio, o agente poluidor.

Em alguns casos, a conduta ambientalmente nociva do gestor municipal poderá acarretar prejuízos ao erário, v.g: aplicação de multas administrativas; execuções de multas cominatórias previstas em TACs ou impostas em decisões judiciais. Sem contar que o agravamento dos danos ambientais aumenta exponencialmente o custo das obras de reabilitação da área degradada. Nestas situações, restará configurada a improbidade administrativa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

Minuta denúncia criminal - resíduos sólidos (modelo)

EXMO(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA …. VARA CRIMINAL DA COMARCA DE XXXX

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, por intermédio dos Promotores de Justiça ao final assinados, no exercício de suas atribuições legais, vem, com fulcro no art. 129, I, da Constituição Federal, c/c art. 41 do CPP, com base nos documentos anexos, oferecer **DENÚNCIA** em face de **(nome)**, (nacionalidade), (profissão), CPF n. (X), RG n. (X), nascido aos (XX/XX/XXXX), filho de (XXXX) e de (XXXX), domiciliado na (endereço), pelos fatos e fundamentos seguintes:

Consta dos documentos anexos que o Denunciado, no período compreendido entre **XX/XX/XXXX a XX/XX/XXXX**, no exercício da função de Prefeito Municipal de XXX, causou poluição que poderia resultar em danos à saúde humana, mediante o lançamento dos resíduos sólidos do município em local inadequado, em desacordo com as exigências estabelecidas na legislação.

Durante aquele período, a atividade potencialmente poluidora funcionou desprovida de licença ambiental, contrariando a normatização em vigor.

No mesmo lapso temporal, o Denunciado deixou de cumprir obrigações de relevante interesse ambiental, previstas em lei e em Termos de Ajustamento de Conduta.

De acordo com as investigações, durante toda sua gestão, o Denunciado depositou os resíduos sólidos urbanos do Município de XXX em área totalmente inadequada e em absoluta desconformidade com a legislação, causando sérios danos ao meio ambiente, principalmente a poluição do ar e do solo, além de potenciais prejuízos à saúde pública.

Conforme a prova técnica acostada aos autos, nos XXX anos em que o Denunciado esteve à frente da Prefeitura de XXX, o lixão recebeu diariamente mais de XXX kg de resíduos de várias espécies, que eram depositados *in natura* a céu aberto, contrariando a vedação expressa da legislação ambiental.

Durante as diversas vistorias realizadas no local, foram constatados vestígios de queima, prática que provoca poluição atmosférica e, por isso, é expressamente proibida pelo ordenamento jurídico. Foi verificada, ainda, ausência do sistema de drenagem pluvial, bem como das estruturas de dissipação e sedimentação, de forma que as águas das chuvas infiltravam na massa de lixo e conduziam o chorume diretamente para o solo.

No local, juntamente com o lixo doméstico, foram depositados entulhos provenientes da construção civil, pneus inservíveis e diversos resíduos perigosos (pilhas, baterias, embalagens e resíduos oleosos), para os quais o ordenamento jurídico exige destinação diferenciada. Também não existia vala séptica apropriada para receber os resíduos oriundos dos serviços de saúde.

Por outro lado, de acordo com o vasto conjunto probatório carreado aos autos, não existem dúvidas de que o Denunciado tinha pleno conhecimento do seu dever legal de regularizar a destinação final de resíduos sólidos urbanos e, mesmo assim, durante XXX anos, omitiu-se intencionalmente na solução do problema.

Além da normatização em vigor, em XX/XX/XXXX, o Denunciado, na qualidade de Prefeito Municipal, assinou um Termo de Ajustamento de Conduta (fls. XXX) com o Ministério Público de Minas Gerais, no qual o Município XXX assumiu diversas obrigações para regularizar a gestão dos resíduos sólidos.

De acordo com a Cláusula n.º XXX do TAC (fls. XXX), em XX/XX/XXXX, o aterro sanitário de XXX deveria estar integralmente implantado e operando com a respectiva licença ambiental.

Em XX/XX/XXXX, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública (Autos nº XXX – fls. XXX) em face do Município de XXX, objetivando a implantação do aterro sanitário e recuperação da área do lixão. Com

efeito, em XX/XX/XXXX, o Poder Judiciário deferiu o pedido liminar (fls. XXX), fixando multa diária no montante de R$ XXX em caso de descumprimento da decisão.

Todavia, até o final do segundo mandato do Denunciado, transcorridos mais de XX anos do deferimento da liminar e da intimação do seu representante legal, o Município não havia sequer iniciado o cumprimento da determinação judicial.

Além de não cumprir as obrigações assumidas no TAC celebrado com o MPMG e de ignorar a decisão liminar proferida pelo Poder Judiciário, o Denunciado também fez pouco caso do poder de polícia administrativa dos órgãos ambientais, pois, apesar das inúmeras autuações e multas aplicadas, continuou a destinar inadequadamente os resíduos sólidos para o lixão de XXX.

Ante o exposto, existindo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais denuncia **XXX** como incurso nas sanções dos **arts. 60, 68 e 54, §2º, V e 56, §1º, II, todos da Lei nº 9.605/1998**, na forma do art. 69 do Código Penal (concurso material), para que se instaure a competente ação penal, obedecido ao rito procedimental pertinente, com o recebimento da denúncia e a respectiva citação do denunciado para responder a acusação, devendo, ao final, ser condenado nas sanções legais.

XXXXX

Promotor de Justiça

Curador do Meio Ambiente

XXXXX

Promotor de Justiça

Curador do Meio Ambiente

Minuta ACP - resíduos sólidos (modelo)

EXMO(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA …. VARA CÍVEL DA COMARCA DE XXX/MG

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, pelos Promotores de Justiça ao final assinados, com fulcro nos arts. 127, 129, III, e 225, da Constituição Federal, no art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93 e na Lei n.º 7.347/85, vem propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO LIMINAR**, em face do **MUNICÍPIO DE XXX**, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, CNPJ nº XXX, com sede na XXXX, a ser citado na pessoa do Prefeito Municipal, pelos seguintes fatos e fundamentos:

1 - DOS FATOS

O incluso Inquérito Civil foi instaurado pelo Ministério Público do estado de Minas Gerais para apurar as circunstâncias do acondicionamento, coleta, transporte e a destinação final dos resíduos sólidos no Município de XXXX.

Durante as investigações, restou comprovado que o Réu deposita o lixo coletado em área totalmente inadequada e em desconformidade com a legislação pertinente, fato que vem causando sérios danos ao meio ambiente, principalmente a poluição do ar, solo e água, além de prejuízos à saúde pública.

Conforme a prova técnica acostada aos autos, o lixão recebe grandes quantidades de resíduos de várias espécies, que são depositados *in natura* a céu aberto, sem compactação ou recobrimento, contrariando a vedação expressa contida no art. 47, II, da Lei nº 12.305/2010, bem como o disposto nas Deliberações Normativas nº 52/2001 e 118/2008, do COPAM.

No local existe uma grande quantidade de resíduos expostos, o que propcia a proliferação de microvetores (bactérias, fungos, vermes, vírus etc) e macrovetores (baratas, ratos e moscas), responsáveis pela transmissão inúmeras de doenças. A situação se agrava pela presença dos vários catadores que frequentam o local.

Durante as vistorias, foi constatado vestígios de queima, prática que provoca poluição atmosférica e, por isso, é expressamente vedada pela legislação (art. 47, III, da Lei nº 12.305/2010).

A poluição do ar é provocada também pela emissão de fumaça, fuligem e partículas, decorrentes da combustão espontânea dos resíduos no lixão, além da emissão de gases provenientes da decomposição do lixo, que podem acarretar graves problemas à saúde humana.

No lixão não existe sistema de drenagem pluvial, tampouco estruturas de dissipação e sedimentação. Com efeito, as águas das chuvas infiltram na massa de lixo e conduzem o chorume para o solo, cursos d'água e lençol freático.

No local, juntamente com os resíduos sólidos urbanos, são depositados resíduos provenientes da construção civil, pneus inservíveis e resíduos perigosos (pilhas, baterias, embalagens e resíduos oleosos), para os quais o ordenamento jurídico exige destinação diferenciada. Também não existe vala séptica apropriada para receber os resíduos oriundos dos serviços de saúde.

Foram constatadas, ainda, irregularidades na coleta e transporte do lixo, tendo em vista a grande quantidade de resíduos espalhada na estrada que dá acesso ao local de depósito.

Como se não bastasse, o lixão encontra-se dentro da Área de Segurança Aeroportuária (ASA) e não possui autorização do Comando Aéreo Regional (Lei 12.725/2012), o que pode trazer risco as operação de pouso e decolagem de aeronaves, principalmente em razão da atração de algumas espécies da avifauna por resíduos sólidos (*v.g.* urubus).

Consoante o laudo pericial, para adequação do gerenciamento dos resíduos sólidos no Município Réu é

imprescindível a imediata instalação de aterro sanitário, associado com uma usina de triagem e compostagem, além do encerramento e recuperação da área utilizada pelo atual lixão.

2 - DOS FUNDAMENTOS

A Constituição da República alçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental e erigiu-o a princípio orientador da ordem econômica e social, impondo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, senão vejamos:

"*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao* poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. »§ 1°. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: »I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...] »VII- proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade. »§ 3.° as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos." » »A proteção ao meio ambiente foi inserida na competência comum de todos os entes federados: » »"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] »VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas"

No mesmo sentido a Constituição Mineira:

"*Art. 214. Todos têm direito a Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade* é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. [...] »§ 5º - A conduta e a atividade consideradas lesivas ao Meio Ambiente sujeitarão o infrator, pessoa física ou jurídica, a sanções administrativas, sem prejuízo das obrigações de reparar o dano e das cominações penais cabíveis."

Consoante a lição de Édis Milaré, *"ao proclamar o meio ambiente como 'bem de uso comum do povo', foi reconhecida sua natureza de 'direito público subjetivo', vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo"*.(MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 186.)

A proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento do mais importante dos valores fundamentais: o direito à vida, seja pela ótica da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência (qualidade de vida).

2.1. DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, *incumbiu aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios* (art. 10).

O art. 3º da mesma lei considera disposição final ambientalmente adequada *"a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos"*.

Já os arts. 47 e 48 proíbem algumas práticas consideradas nocivas ao meio ambiente:

"*Art. 47. São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos: »I - lançamento em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos; »II - lançamento in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração; »III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade; »IV - outras formas vedadas pelo poder público [...]. »Art. 48. São proibidas, nas áreas de disposição final de resíduos ou rejeitos, as seguintes atividades: »I - utilização dos rejeitos dispostos como alimentação; »II - catação, observado o disposto no inciso V do art. 17; »III - criação de animais domésticos; »IV - fixação de habitações temporárias ou*

permanentes; »V - outras atividades vedadas pelo poder público."

No âmbito estadual, a Deliberação Normativa COPAM n° 52/2001, convocou todos os Municípios com população urbana superior a cinquenta mil habitantes, para o licenciamento ambiental de sistema adequado de destinação final de resíduos sólidos urbanos, que já deveria ser concluído até novembro de 2006.

Antes mesmo da conclusão do processo de licenciamento, para mitigar os impactos decorrentes da disposição irregular de lixo, a mencionada Deliberação Normativa impôs o cumprimento de alguns requisitos mínimos:

"*Art. 2º - Ficam todos os municípios do Estado de Minas Gerais, no prazo máximo de 6 (seis) meses, contados a partir da data da publicação desta Deliberação, obrigados a minimizar os impactos ambientais nas áreas de disposição final de lixo, devendo implementar os seguintes requisitos mínimos, até que seja implantado, através de respectivo licenciamento, sistema adequado de disposição final de lixo urbano de origem domiciliar, comercial e pública: »I - disposição em local com solo e/ou rocha de baixa permeabilidade, com declividade inferior a 30%, boas condições de acesso, a uma distância mínima de 300m de cursos d'água ou qualquer coleção hídrica e de 500m de núcleos populacionais, fora de margens de estradas, de erosões e de áreas de preservação permanente; »II - sistema de drenagem pluvial em todo o terreno de modo a minimizar o ingresso das águas de chuva na massa de lixo aterrado; »III - compactação e recobrimento do lixo com terra ou entulho, no mínimo, três vezes por semana; »IV - isolamento com cerca complementada por arbustos ou árvores que contribuam para dificultar o acesso de pessoas e animais; »V - proibição da permanência de pessoas no local para fins de catação de materiais recicláveis, devendo o Município criar alternativas técnica, sanitária e ambientalmente adequadas para a realização das atividades de triagem de recicláveis, de forma a propiciar a manutenção de renda para as pessoas que sobrevivem dessa atividade, prioritariamente, pela implantação de programa de coleta seletiva em parceria com os catadores. »VI - responsável técnico pela implementação e supervisão das condições de operação do local, com a devida Anotação de Responsabilidade Técnico.*"

A partir de uma simples leitura dos mencionados dispositivos legais, verifica-se facilmente que a disposição final do lixo urbano, da forma com que está sendo feita, contraria a legislação em vigor e provoca graves danos ambientais.

Existe ainda a iminência de danos maiores, pela erosão, carreamento de resíduos poluidores e chorume para os cursos d´água. Outrossim, existe um sério risco à saúde pública pela contaminação do solo, subsolo e do lençol freático, além da proliferação de vetores transmissores de doenças (moscas, mosquitos, baratas, ratos, etc).

A prática do depósito de rejeitos em "lixão" público, agravada pelo descaso, vem afetando o equilíbrio ecológico e, por via oblíqua, a qualidade de vida dos seres humanos em todas as regiões do Estado de Minas Gerais.

Justamente por isso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em parceria com a SEMAD, desde 2001, vem atuando no combate contra esta prática nefasta, sendo que a luta, não raramente, se estende ao Poder Judiciário, que tem dado todo respaldo jurídico necessário em prol da defesa do meio ambiente:

"*AÇÃO CIIVL PÚBLICA - MUNICÍPIO - DEPÓSITO DE LIXO EM LOCAL INADEQUADO - DANO AMBIENTAL - OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE. Restando demonstrado que o Município vem utilizando-se de um local inadequado para fins de depósito de resíduos sólidos (lixo), diretamente no solo, sem qualquer estudo prévio, monitoramento, tratamento ou licenciamento, em contrariedade às normas que regem a espécie, causando danos e degradação ao meio ambiente, o Poder Judiciário pode determinar que a pessoa jurídica de direito público interno, no caso o Município,* construa um aterro sanitário adequado, promova a recuperação da área degradada e promova medidas necessárias para dirimir os impactos ambientais na área atualmente utilizada para despejo de lixo até que o aterro sanitário seja construído. (AC N° 1.0183.06.109679-2/003, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª C. Cível, j. 30/09/2008, p. 17/10/2008).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL. LIXÃO. DESPEJO ASSISTEMÁTICO E DESORGANIZADO, POR PARTE DO MUNICÍPIO, DO LIXO RECOLHIDO NA CIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA NAS OPÇÕES POLÍTICO-GOVERNAMENTAIS DO ENTE PÚBLICO. RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS DETERMINADAS EM SENTENÇA. EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. No caso concreto e específico, todo o contexto fático-probatório, em especial as fotos de ff.20-27, está a revelar uma displicência no despejo de lixo incompatível com o zelo pelo meio ambiente que deve nortear a conduta da Administração Pública. A questão, ao contrário do que argumenta o Município, não se relaciona com opção de política pública (ou ação político-governamental), nem tampouco com disponibilidade financeira do Município, pois não é dado ao ente público se portar com displicência e desleixo em relação à efetiva proteção ao meio ambiente. No contexto fático desta da presente Ação, imperiosa a necessidade de se garantir, face ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, a concreta aplicação do art.225 da Constituição da República, segundo o qual 'todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*'." (AC N° 1.0647.04.042173-5/001, 1ª C. CÍVEL, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 25/09/2007, p. 09/10/2007).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Legitimidade ativa do Ministério Público* – Depósito de lixo urbano – Risco de dano ao meio ambiente e à saúde da população, constatado por perícia técnica – Procedência – Manutenção da sentença, no reexame necessário. (TJMG, AC Nº 1.0069.01.000724-8/001, Rel. Des. Schalcher Ventura, 3ª C. Cível, j. 11/08/2005, p. 06/09/2005).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - LIXO - DEPÓSITO À CÉU ABERTO - POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. – [...] Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente, sendo nesse aspecto vinculada a atividade administrativa.*" (TJMG, AC N° 1.0193.01.001567-8/001, Rel. Des. Wander Marotta, 7ª C. Cível, j. 22/11/2005, p. 16/12/2005).

"*CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS DO MUNICÍPIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPLANTAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO ADEQUADO - PROVA DA IRREGULARIDADE DO SISTEMA DE DESTINAÇÃO FINAL DO LIXO DO MUNICÍPIO – [...] Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público com fundamento na precariedade do sistema de destinação final do lixo urbano do Município, revelando-se incontroversa a ilegalidade praticada e não estando demonstrada a regularização da situação, é de confirmar-se a sentença na parte que condenou os réus a providenciarem a implantação de aterro sanitário adequado.*" (TJMG, AC N° 1.0012.04.000250-8/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 24/08/2006, p. 25/10/2006).

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE LIXO EM CÉU ABERTO - DANO AO MEIO AMBIENTE - IRREGULARIDADE. Com a Constituição de 1988 a proteção ao meio ambiente passou a ter grande importância social, tendo seu agressor obrigação de reparar o dano causado.*" (TJMG, AC Nº 1.0486.03.000150-8/001, 4ª C. Cível, Rel. Des. Carreira Machado, j. 05/08/2004, p. 02/09/2004).

Destarte, diante de tantos precedentes jurisprudenciais e dos dispositivos legais que proíbem expressamente o funcionamento de "lixões", que trazem graves prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública, o Município Réu deve ser compelido a implementar um sistema de disposição final de resíduos sólidos adequado à normatização pertinente.

2.2. DA RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AMBIENTAIS

No que concerne à obrigação do Município Réu em recuperar a área degradada pelo atual lixão, cumpre salientar que o art. 14, §1°, da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), consagra, em relação aos danos ambientais, a **responsabilidade civil objetiva**, estabelecendo que *"sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo,* é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. O

Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente".

O art. 2°, VIII, do mesmo diploma legal, estabelece como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, a *"recuperação das áreas degradadas"*, sendo que o art. 4°, VII, coloca como um dos seus objetivos a *"imposição, ao poluidor e ao predador, a obrigação de reparar ou indenizar os danos causados"*.

Como se pode perceber, a legislação ambiental brasileira adotou a **teoria do risco integral**, segundo a qual aquele que causa danos ao meio ambiente tem a obrigação de recuperá-lo, independentemente de culpa do agente, da licitude de sua conduta, do caso fortuito e da força maior. Assim, para que se possa pleitear a reparação do dano, **basta demonstrar o evento danoso e do nexo de causalidade, uma vez que a ação é substituída pelo risco do resultado**.(MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 831.)

Na lição de Édis Milaré (2005):

"*A adoção da teoria do risco da atividade, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como conseqüências principais para que haja o dever de indenizar: »a) a prescindibilidade de investigação de culpa; »b) a irrelevância da licitude da atividade; »c) a inaplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil*."

No caso em apreço, o dever de reparar o dano é ainda mais nítido, tendo em vista que o Município Réu vem agindo de forma ilícita ao destinar os resíduos sólidos urbanos de maneira totalmente inadequada, contrariando as vedações contidas na legislação.

Em julgamentos de casos análogos, assim decidiu o TJMG:

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE LIXO IRREGULAR. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. Constatada a existência de prejuízos ao Meio Ambiente causados pelo depósito irregular de lixo em local inapropriado, tendo agido o Município contrariamente às normas definidas pelas autoridades ambientais competentes, é plenamente admissível, além de inevitável, sua condenação, como agente poluidor, à reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas a recuperação da área degradada, em cumprimento aos artigos 2º, VIII, e 4º, VII, da Lei nº 6938/1981.*" (AC Nº 000.234.112-1/00, Rel. Des. Brandão Teixeira).

Assim, o Município Réu deve ser compelido a adotar todas as medidas necessárias para recuperar a área intensamente degradada pelo depósito irregular de resíduos sólidos.

2.3. DA INDENIZAÇÃO PELOS CUSTOS DA PERÍCIA

Com fundamento no princípio do poluidor-pagador, deve ser imposta ao réu a obrigação de ressarcir os valores correspondentes ao custo da realização da perícia pelo Ministério Público, que, conforme planilha de fl. XXX, perfaz a quantia de **R$ XXXX** (XXXX).

O dever do causador do dano de custear a realização de perícia elaborada pelo Ministério Público já foi expressamente reconhecido em várias decisões do TJMG, merecendo destaque o voto do Des. Elias Camilo, que, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0183.07.127674-9/001, manifestou nos seguintes termos:

"*[...] Passando adiante, tenho também merecer reforma o* decisum vergastado *quanto ao* ressarcimento das custas com a realização da perícia técnica pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente - CAOMA, elaborado para fins de instrução do Inquérito Civil Público que deu origem a presente demanda. Isso porque, ao contrario do afirmado, restou devidamente comprovado o valor despendido pelo Ministério Público na elaboração do referido laudo, conforme formulário de f. 245 do inquérito civil apenso, qual seja, R$130,84 (cento e trinta reais e oitenta e quatro centavos), impondo-se, portanto, a procedência do pedido inicial de condenação do apelado ao

pagamento de tais despesas [...]"

O mesmo entendimento foi consignado na seguinte decisão:

"*[...] condenação ao ressarcimento, pelo vencido, do custo de realização de vistoria e confecção do laudo em sede de inquérito civil público deve ser mantida, na medida em que o* art. 20, §2º, do CPC, prevê o pagamento todas as despesas que o autor antecipou para o ajuizamento da ação, sendo certo, por outro lado, que os municípios são isentos do adiantamento de custas, mas não do reembolso das despesas adiantada." (TJMG; APCV-RN 3181938-98.2009.8.13.0105; Governador Valadares; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Maurício Barros; Julg. 31/01/2012; DJEMG 10/02/2012).

3 – DO PEDIDO LIMINAR

Diante do quadro fático exposto e das relevantes razões jurídicas deduzidas, imperiosa se faz a concessão de liminar, impondo-se imediatamente ao réu a obrigação de adequar a destinação final de resíduos sólidos, pois estão presentes os requisitos insertos no art. 12 da Lei n° 7.347/85 c/c art. 84, §§ 3o e 4o da Lei 8.078/90 e art. 461 do CPC.

Os fatos alegados encontram-se cabalmente demonstrados pelo conjunto probatório carreado aos autos, mormente pelo laudo pericial de fls. XX, bem como pelo BOPM de fls. XXX e pelo Auto de Fiscalização de fls. XXX.

O *fumus boni iuris* decorre de toda legislação invocada, dos princípios orientadores do Direito Ambiental, dos inúmeros acórdãos citados, bem como do conjunto probatório que acompanha a inicial, os quais não deixam dúvidas quanto à ilegalidade da conduta praticada pelo Município Réu.

Basta uma análise perfunctória dos fatos narrados e do direito aviventado para concluir que o procedimento adotado pelo Município Réu para gerenciar os resíduos sólidos é manifestamente degradante ao meio ambiente.

O comportamento aqui refutado, se não coibido com rapidez e rigor, não causará apenas danos ambientais graves, contaminando o solo, a água e o ar da região, mas também comprometerá a saúde da população.

E é justamente deste argumento que decorre o receio de ineficácia do provimento jurisdicional final (*periculum in mora*).

Vale dizer, o lançamento direto dos rejeitos ao solo, forma arcaica e condenável, acarreta a contaminação do solo, do lençol freático, e dos cursos d'água por chorume, líquido oriundo da decomposição da matéria orgânica.

Os resíduos sólidos são compostos, em sua maioria, pela soma de materiais putrescíveis e potencialmente contaminados, o que faz deles perigosos à qualidade de vida, principalmente em razão da proliferação de doenças.

Logo, se a situação persistir, danos irreversíveis poderão advir para a saúde da população e para o meio ambiente.

Em julgamentos idênticos, o TJMG decidiu:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO.* AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPÓSITO DE LIXO A CÉU ABERTO E EM LOCAL PRÓXIMO A ÁREA URBANA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. CARATERIZAÇÃO. LIMINAR. DEFERIMENTO. Havendo elementos nos autos demonstrando que o depósito de lixo - lixão - do município representa um risco para o meio ambiente e para a população, faz-se mister a concessão da medida liminar para que sejam tomadas as medidas determinadas pelo órgão competente." (AI N° 1.0134.09.128880-0/001, 3ª C. Cível, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 09/12/2010, p. 18/01/2011).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - MEIO AMBIENTE - LIXO - DEPÓSITO À CÉU ABERTO - POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO - DIREITO FUNDAMENTAL ATINGIDO. A medida liminar tem finalidade provisória e instrumental. Presentes, na ação civil pública, os requisitos legais do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, há de ser deferida. Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A lei infraconstitucional não pode impedir a concretização de um direito assegurado pela Carta da República." (TJMG, AI N° 1.0144.06.018293-4/001, 7ª C. Cível, Rel. Des. Wander Marotta, j. 08/05/2007, p. 22/05/2007).

Diante do exposto, requer seja concedida, com fundamento no art. 12 da Lei n° 7.347/85 c/c art. 84, §§ 3o e 4o da Lei 8.078/90 e art. 461 do CPC, **MEDIDA LIMINAR** a fim de compelir o réu a implantar um aterro sanitário, associado com uma usina de triagem e compostagem, que deverão operar de acordo com as normas ambientais pertinentes, além de encerrar as atividades do atual lixão e recuperar integralmente a área degradada.

4 – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, o Ministério Público requer:

4.1) A concessão da medida **liminar**, a fim de compelir o réu, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a:

4.1.1) Adotar todas as medidas necessárias para a obtenção da licença prévia (LP), de instalação (LI) e de operação (LO) do aterro sanitário.

4.1.2) Implantar o aterro sanitário e a usina de triagem e compostagem, iniciando suas atividades de forma a destinar adequadamente os resíduos sólidos urbanos, mediante o cumprimento das exigências legais e de todas as condicionantes fixadas pelo órgão ambiental competente.

4.1.3) Encerrar o depósito irregular de resíduos no atual lixão e impedir o acesso de terceiras pessoas e animais na área.

4.1.4) Elaborar, por meio de profissional habilitado, Plano de Recuperação da Área Degradada (PRAD) do atual lixão, com respectivo cronograma de execução, que deverá ser aprovado pelo órgão ambiental competente e contemplar no mínimo: a implantação de cerca viva e sistema de drenagem pluvial com estruturas de dissipação; aterramento; sistema de coleta e tratamento de chorume, assim como drenos de gases; medidas para garantir a segurança das operações do aeroporto via redução da visitação da área do lixão por aves; revegetação; sinalização e previsão do uso futuro da área.

4.1.5) Elaborar o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, com o conteúdo mínimo previsto no art. 19, da Lei nº 12.305/2010, além de tópicos específicos que contemplem programas de gerenciamento dos seguintes resíduos: Construção Civil; Serviços de Saúde; Perigosos, inclusive pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, óleos lubrificantes (inclusive embalagens), produtos eletroeletrônicos (e seus componentes) e agrotóxicos (inclusive embalagens); pneus inservíveis (PGP).

4.1.6) Para garantir o cumprimento da liminar, requer seja fixada multa cominatória diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais), a ser revertida para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

4.2) Seja determinada a citação do réu, nos termos e para os fins legais;

4.3) Ao final, seja confirmada a liminar e julgados procedentes os pedidos, a fim de se condenar o réu a:

4.3.1. Adotar todas as medidas necessárias para a obtenção da licença prévia (LP), de instalação (LI) e de operação (LO) do aterro sanitário.

4.3.2. Implantar o aterro sanitário e a usina de triagem e compostagem, iniciando suas atividades de forma a destinar adequadamente os resíduos sólidos urbanos, mediante o cumprimento das exigências legais e de todas as condicionantes fixadas pelo órgão ambiental competente.

4.3.3. Encerrar o depósito irregular de resíduos no atual lixão e impedir o acesso de terceiras pessoas e animais na área.

4.3.4. Elaborar, por meio de profissional habilitado, Plano de Recuperação da Área Degradada (PRAD) do atual lixão, com respectivo cronograma de execução, que deverá ser aprovado pelo órgão ambiental competente e contemplar no mínimo: a implantação de cerca viva e sistema de drenagem pluvial com estruturas de dissipação; aterramento; sistema de coleta e tratamento de chorume, assim como drenos de gases; medidas para garantir a segurança das operações do aeroporto via redução da visitação da área do lixão por aves; revegetação; sinalização e uso futuro da área.

4.3.5. Executar integralmente o PRAD conforme cronograma apresentado, acompanhando o projeto até a completa estabilização física, química e biológica da área, a ser atestada pelo órgão ambiental competente.

4.3.6. Implementar programa de coleta seletiva, que reduza a quantidade de resíduos aterrados e garanta condições dignas de trabalho aos catadores de materiais recicláveis.

4.3.7. Elaborar e executar o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, com o conteúdo mínimo previsto no art. 19, da Lei nº 12.305/2010, além de tópicos específicos que contemplem programas de gerenciamento dos seguintes resíduos: Construção Civil; Serviços de Saúde; Perigosos, inclusive pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, óleos lubrificantes (inclusive embalagens), produtos eletroeletrônicos (e seus componentes) e agrotóxicos (inclusive embalagens); pneus inservíveis (PGP).

4.3.8. Elaborar, submeter à apreciação do órgão ambiental competente e implementar o Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil (RCC), como parte do conteúdo do Plano Municipal de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos (PMGIRS).

4.3.9. Obter a licença ambiental e implantar aterro de resíduos de construção civil (classe A), conforme diretrizes da Resolução CONAMA 307/2002 e posteriores alterações.

4.3.10. Promover sistema de coleta e destinação adequada de pilha e baterias, priorizando a logística reversa, assim como para os outros tipos de resíduos previstos na Lei 12.305/2010, art. 33.

4.3.11. Efetuar a coleta e transporte de resíduos sólidos em veículos adequados.

4.3.12. Pagar o valor de **R$ XXX** (XXX) em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - FUNEMP, conta corrente 6167-0, Ag. 1615-2, Banco do Brasil S/A, para ressarcir os gastos com a perícia realizada no Inquérito Civil.

4.3.13. Para garantir o cumprimento da sentença, requer seja fixada multa cominatória diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais), a ser revertida para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

4.4) Sejam os réus condenados ao pagamento de honorários periciais, custas processuais, honorários advocatícios (ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE – CONVERSÃO DOS VALORES EM FAVOR DO ENTE FEDERATIVO CORRESPONDENTE. O art. 4º do Decreto Estadual n. 2.666⁄2004 prevê que os honorários advocatícios devidos pela parte vencida, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, constituirão o Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347⁄85. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 962.530 - SC (2007⁄0140120-9) – j. 17 de fevereiro de 2009 - Rel. Min. MINISTRO HUMBERTO MARTINS) e demais despesas judiciais.

O Ministério Público provará as alegações por todos os meios de prova admitidos, incluindo pericial, documental, testemunhal, depoimento pessoal, inspeção judicial, entre outros, caso necessário complementar a prova documental coligida.

Finalmente, observando-se que o autor está isento de recolher custas processuais, nos termos do artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85, atribui à causa para os fins legais - não obstante inestimável - o valor de R$ XX.000.000,00 (XX milhões de reais).

Feito isento de custas, nos termos do artigo 18 da Lei n° 7.347/85.

Local, data.

Promotor de Justiça

Curador do Meio Ambiente de XXX

Promotor de Justiça

Coordenador Regional de Meio Ambiente

Minuta TAC - resíduos sólidos (modelo)

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

INQUÉRITO CIVIL Nº

Aos XX de XXX de XXX, às XXhs, na Promotoria de Justiça da Comarca de XXX, de um lado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, pelos Promotores de Justiça ao final assinados, doravante denominado **COMPROMITENTE**, e, de outro lado, o **MUNICÍPIO DE XXX**, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ n.º XXXX, com sede na XXXX, representado pelo Prefeito Municipal, Sr. XXXX, neste ato acompanhado pelo Procurador do Município, Dr. XXX, OAB/MG XXX, doravante denominado **COMPROMISSÁRIO**, celebram o presente **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**, na forma do art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85.

OBJETO

Constitui objeto do presente Termo de Ajustamento de Condutas a regularização do gerenciamento dos resíduos sólidos no Município de XXX, especialmente no que concerne a adequação do aterro às normas ambientais pertinentes, bem como a recuperação da área degradada pelo antigo “lixão”.

CLÁUSULA 1ª: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a apresentar ao COMPROMITENTE e ao órgão ambiental competente, **até o dia XX/XX/XXXX, Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**, com o conteúdo mínimo previsto no art. 19, da Lei nº 12.305/2010, além de tópicos específicos que contemplem programas de gerenciamento: Resíduos da Construção Civil; Resíduos dos Serviços de Saúde; Resíduos Perigosos, inclusive pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, óleos lubrificantes (inclusive embalagens), produtos eletroeletrônicos (e seus componentes) e agrotóxicos (inclusive embalagens); e pneus inservíveis (PGP).

§1º. O Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil deverá conter as diretrizes técnicas e procedimentos para o exercício das responsabilidades dos geradores e transportadores, tanto públicos quanto privados.

§2°. Após aprovação do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos pelo órgão ambiental competente, o **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a executá-lo integralmente, conforme o respectivo cronograma.

§3°. O descumprimento dos prazos constantes do cronograma ou dos parâmetros estabelecidos no Plano de Gestão de Resíduos Sólidos também enseja a aplicação das penalidades previstas neste termo.

CLÁUSULA 2ª: O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para obter o licenciamento ambiental de sistema adequado de destinação final de resíduos sólidos, que leve em consideração, inclusive, a distinção de regimes relativos aos resíduos considerados perigosos e/ou hospitalares, o que **deverá ser iniciado no prazo de 30 (trinta) dias a contar da assinatura do presente termo**, cumprindo-se, ainda, impreterivelmente, todas as normas legais e regulamentares, inclusive aquelas constantes da Lei nº 12.305/2010 e das Deliberações Normativas COPAM n.º 118/2008 e 119/2008, bem como todas as determinações e prazos estabelecidos pelo órgão ambiental no processo de licenciamento, de forma a não lesar ou expor a perigo de lesão o meio ambiente e/ou a saúde da população;

CLÁUSULA 3ª: O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de apresentar ao COMPROMITENTE e ao órgão ambiental competente, **até o dia XX/XX/XXXX**, Plano de Gestão de Resíduos Sólidos, contendo programas e projetos sociais, medidas visando à redução da geração, bem como o manejo diferenciado de resíduos, programa de varrição de ruas, metodologia apropriada para coleta, tratamento e disposição

final de lixo, programa de realização de coleta seletiva e cronograma executivo e financeiro.

§1°) O Plano de Gestão de Resíduos Sólidos deverá contemplar:

I- Programa de Gerenciamento dos Resíduos da Construção Civil, nos termos da Resolução CONAMA n° 307/2002 e eventuais normas que venham a alterá-la;

II- Programa de Gestão dos Resíduos dos Serviços de Saúde, consoante disposições da Resolução CONAMA n° 358/2005, RDC Anvisa n.º 306/2004 e eventuais normas que venham a alterá-las;

III- Plano de Gestão de Resíduos Perigosos (art. 65 Decreto n. 7404/2010 c/c Resolução CONAMA n.º 452/2012 e 401/2008), dentro de cujo conteúdo esteja inserido também programa destinado a informar a população sobre a correta destinação de pilhas, baterias, lâmpadas fluorescentes, pneus, óleos lubrificantes (inclusive resíduos e embalagens), produtos eletroeletrônicos (e seus componentes) e agrotóxicos (e seus resíduos e embalagens, nos termos da Lei n. 7.802/1989);

IV- Plano de Gerenciamento de Coleta, Armazenamento e Destinação de pneus inservíveis (PGP), nos termos dos arts. 1º e 7º da Resolução CONAMA n.º 416/2009.

§2º) O Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil, nos termos preconizados pela Resolução CONAMA nº. 307, de 05 de julho de 2002, incorporará, necessariamente, o Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil, com as diretrizes técnicas e procedimentos para o exercício das responsabilidades dos pequenos geradores e transportadores e os Projetos de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil que orientem, disciplinem e expressem o compromisso de ação correta por parte dos grandes geradores de resíduos, tanto públicos quanto privados;

§3°) Após aprovação do plano de gestão de resíduos sólidos pelo órgão ambiental competente, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a executá-lo integralmente, conforme cronograma apresentado.

§4°) O descumprimento dos prazos constantes do cronograma ou dos parâmetros estabelecidos no Plano de Gestão de Resíduos Sólidos também enseja a aplicação das penalidades previstas no presente termo.

CLÁUSULA 4ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a implantar e colocar em operação aterro sanitário e usina de triagem e compostagem, devidamente licenciados, **até o dia XX/XX/XXXX**, de acordo com projeto técnico e cronograma aprovados pelo órgão ambiental competente.

§1°) O COMPROMISSÁRIO obriga-se a, **até o dia XX/XX/XXXX**, apresentar à Promotoria de Justiça de XXX cópia do projeto, com mapa da área onde será implantado o empreendimento, comprovação do Preenchimento do FCE (Formulário de Caracterização do Empreendimento) e cópia do FOB (Formulário de Orientação Básica).

§2°) O COMPROMISSÁRIO obriga-se a adotar tempestivamente todas as providências sugeridas pelo órgão ambiental competente.

§3°) O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de, **até o dia XX/XX/XXXX**, apresentar ao COMPROMITENTE cópia da licença de operação do aterro sanitário e da usina de triagem e compostagem.

§4º) O COMPROMISSÁRIO fica, desde já, ciente que é vedada a localização de Aterro Sanitário em Área de Segurança Aeroportuária – ASA –, conforme definida no art.2º, V, da Lei nº 12.725/2012.

§5º) Os locais destinados a disposição final de resíduos sólidos urbanos eventualmente existentes na Área de Segurança Aeroportuária deverão adequar sua operação, de modo a minimizar o efeitos atrativos e/ou de risco, em conformidade com as exigências normativas de segurança e/ou ambientais, nos termos da Lei 12.725/2012.

CLÁUSULA 5ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a viabilizar os recursos financeiros necessários à execução

dos projetos e obras necessárias para a regularização da disposição final de resíduos sólidos, mediante dotações orçamentárias específicas constantes de aditivo a ser inserido na lei orçamentária e devidamente encaminhado para aprovação pela Câmara Municipal a partir do próximo ano.

CLÁUSULA 6ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a, **até o dia XX/XX/XXXX**, apresentar ao COMPROMITENTE certidão de matrícula do imóvel destinado à instalação de aterro sanitário, com reserva legal devidamente averbada.

CLÁUSULA 7ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a, **até o dia XX/XX/XXXX**, apresentar ao COMPROMITENTE os resultados e relatório técnico conclusivo dos ensaios de permeabilidade executados na área destinada ao aterro sanitário, subscrito por profissional com Anotação de Responsabilidade Técnica.

CLÁUSULA 8ª: Caso o relatório técnico ou os resultados dos ensaios aludidos na Clausula 07 do presente termo indiquem coeficiente de permeabilidade dos solos da área do aterro superior a 10-6 cm/s, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a instalar manta de polietileno de alta densidade (PEAD) nas bases das valas e células a serem utilizadas para disposição de resíduos ou a utilizar uma camada de argila com coeficiente de permeabilidade inferior a 10-6 cm/s e espessura superior a 80 cm nas bases impermeabilizantes e na cobertura final do aterro.

PARÁGRAFO ÚNICO: O COMPROMISSÁRIO obriga-se comprovar ao COMPROMITENTE a adoção de alguma das alternativas previstas no *caput* através de laudo técnico subscrito por profissional competente, com Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, quando do início das atividades do aterro.

CLÁUSULA 9ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a fazer a coleta de água e monitoramento da qualidade desta, em relação aos corpos hídricos situados a jusante do aterro sanitário, conforme programa de automonitoramento a ser apresentado no procedimento de licenciamento, além de apresentar os resultados do primeiro estudo ao COMPROMITENTE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da conclusão da primeira análise.

CLÁUSULA 10ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a apresentar ao COMPROMITENTE e ao órgão ambiental competente, com periodicidade semestral, os resultados de pesquisas epidemiológicas em áreas adjacentes ao aterro, após o início da operação deste, com o propósito de realizar o monitoramento de eventuais agravos à saúde da população lindeira decorrentes de impactos causados pela atividade de disposição final de resíduos sólidos, nos moldes do art. 9º, III, "x" da Lei Estadual nº 18.031/2009 (Política Estadual de Resíduos Sólidos).

CLÁUSULA 11ª: Até o atendimento da obrigação prevista na Cláusula 4ª, o COMPROMISSÁRIO compromete-se a atender, **no prazo 60 (sessenta) dias**, os seguintes requisitos mínimos para reduzir os impactos ambientais nas atuais áreas de disposição final de resíduos sólidos, na forma do disposto no artigo 3º da Deliberação Normativa COPAM n.º 118/2008: a) a disposição dos resíduos sólidos deverá ocorrer em local com solo e/ou rocha de baixa permeabilidade, com declividade inferior a 30%, boas condições de acesso, a uma distância mínima de 300 metros de cursos d'água ou qualquer coleção hídrica, de 500 metros de núcleos habitacionais, fora de margens de estradas, de erosões e de áreas de preservação permanente e de 100 metros de rodovias e estradas, a partir da faixa de domínio estabelecida pelos órgãos competentes; b) deverá haver sistema de drenagem pluvial em todo o terreno, de modo a minimizar o ingresso de águas de chuva na massa de lixo aterrado; c) deverão ser efetivados compactação e recobrimento do lixo com terra, observando-se a frequência estipulada no artigo 3º, inciso VII da Deliberação Normativa COPAM n.º 118/2008; d) a área do depósito de lixo deverá ser isolada com cerca, preferencialmente complementada por arbustos ou árvores, e possuir portão na entrada, de forma a dificultar o acesso de pessoas e animais, além de possuir placa de identificação e placa de proibição de entrada e permanência de pessoas estranhas às atividades; e) deverão ser adotadas posturas fiscalizatórias no sentido da proibição da permanência de pessoas no local para fins de catação de materiais recicláveis; f) deverá haver a atualização do cadastro do responsável técnico pela supervisão da operação do depósito de lixo, com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART–, emitida pelo conselho de classe competente; g) deverão ser encaminhados à Fundação Estadual do Meio Ambiente

(FEAM) relatórios técnicos anuais da evolução da disposição final de resíduos, conforme Anexo III da Deliberação Normativa COPAM n.º 118/2008, o qual deverá ser elaborado e assinado pelo responsável técnico cadastrado e encaminhado até o dia 31 (trinta e um) do mês de agosto de cada ano.

CLÁUSULA 12ª: Nas áreas de destinação final de resíduos sólidos, o COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de não realizar/tolerar as seguintes práticas:

I - lançamento *in natura* a céu aberto, sem tratamento prévio, em áreas urbanas e rurais;

II - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações ou equipamentos não licenciados para esta finalidade, salvo em caso de decretação de emergência sanitária e desde que autorizada pelo órgão competente;

III- lançamento ou disposição em lagoa, curso d'água, área de várzea, cavidade subterrânea ou dolina, terreno baldio, poço, cacimba, rede de drenagem de águas pluviais, galeria de esgoto, duto condutor de eletricidade ou telefone, mesmo que abandonados, em área sujeita a inundação e em área de proteção ambiental integral.

IV- a utilização de resíduos sólidos como alimentação animal;

V - a catação de resíduos sólidos em qualquer hipótese;

VI - a fixação de habitações temporárias ou permanentes.

§1º. Na hipótese de ocorrência das situações previstas nos incisos IV e V do caput, o Município deverá apresentar proposta de inserção social para as famílias de catadores, incluindo programas de ressocialização para crianças, adolescentes e adultos e a garantia de meios para que passem a freqüentar a escola, medidas que passarão a integrar o Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município.

§2º. Incluem-se no conceito de resíduos sólidos de que trata o *caput* pilhas e baterias, sendo-lhes aplicáveis as vedações contidas nos incisos de I, II, III e V, nos termos da Resolução CONAMA n.º 401/2008, art. 20.

§3º. Incluem-se no conceito de resíduos sólidos de que trata o *caput* pneus, sendo-lhes aplicáveis as vedações contidas nos incisos de I, II, III e V, nos termos da Resolução CONAMA n.º 416/2009, arts. 10 e 15.

CLÁUSULA 13ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a adotar providências fiscalizatórias visando a sancionar terceiros que levem a efeito as práticas estipuladas na cláusula anterior.

CLÁUSULA 14ª: No que tange aos resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde, o COMPROMISSÁRIO compromete-se a, **no prazo de 30 (trinta) dias**, adotar as seguintes providências: a) cadastrar os estabelecimentos de serviços de saúde; b) segregar os resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde por grupo dentro da unidade geradora; c) fiscalizar a segregação dos resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde por meio do órgão municipal de vigilância sanitária; d) acondicionar e transportar os resíduos de serviço de saúde de acordo com as recomendações da Resolução CONAMA 358/05 e da RDC ANVISA 306/04; e) coletar os resíduos de serviço de saúde separadamente dos demais resíduos; f) providenciar a abertura de valas sépticas, considerando-se o nível do lençol freático e a impermeabilização de fundo; g) descartar os resíduos de serviço de saúde nas valas sépticas abertas, de forma separada dos demais resíduos; h) sinalizar as valas sépticas com informes dos perigos que os resíduos de serviço de saúde oferecem; i) recobrir os resíduos de serviço de saúde com cobertura móvel (lona ou telhado removível) ou, ao final de todos os dias, com terra, admitindo-se a disposição em camadas, segundo critério mínimo de disposição apresentado no Anexo II da Resolução CONAMA 358/05.

PARÁGRAFO ÚNICO. No cumprimento das medidas estipuladas nesta cláusula, o COMPROMISSÁRIO deverá atender aos padrões previstos na Resolução CONAMA n° 358/2005, na RDC ANVISA n° 306/04, na

Portaria FEAM n° 361/2008 e em quaisquer normas supervenientes que regulamentem a matéria, deixando de dispô-los em vala não impermeabilizada.

CLÁUSULA 15ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a comprovar a efetivação de cada uma das medidas descritas nas cláusulas anteriores, em até 30 (trinta) dias contados do vencimento.

CLÁUSULA 16ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a apresentar ao órgão ambiental competente e ao COMPROMITENTE, **até o dia XX/XX/XXXX**, Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), subscrito por profissional competente, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART e detalhado cronograma de execução, contemplando medidas para recuperação da área anteriormente utilizada para disposição inadequada de resíduos sólidos.

PARÁGRAFO ÚNICO. O PRAD deverá abranger, entre outras medidas: 1) volume de material movimentado, 2) conformação do retaludamento, volume e fonte de material de recobrimento, 3) sistema de drenagem pluvial para desvio das águas de chuva do maciço aterrado, 4) plano de monitoramento da qualidade da água subterrânea a jusante do depósito, 5) caracterização da área após recuperação, 6) cobertura final com uma camada de 60 cm de argila compactada e 10 cm de terra vegetal, 7) instalção de drenos para coleta de gases, dotados de queimadores, 8) colocação de placa indicando que o local já foi um depósito de lixo, data do encerramento e período de utilização.

CLÁUSULA 17ª: O COMPROMISSÁRIO obriga-se a executar o Plano de Recuperação de Área Degradada aprovado pelo órgão ambiental competente, bem como as recomendações por este, eventualmente, ofertadas, nos exatos termos do que preceituarem.

PARÁGRAFO ÚNICO: O descumprimento dos prazos constantes do cronograma do PRAD ou das recomendações formuladas pelos órgãos ambientais também enseja a aplicação das penalidades previstas neste termo.

CLÁUSULA 18ª: Considerando os impactos não mitigaveis/recuperáveis causados pela disposição inadequada dos resíduos sólidos municipais, o COMPROMISSÁRIO, a título de compensação ambiental, pagará, **no prazo de 60 (sessenta dias)**, R$ XXXXX,00 (xxx reais) ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos – FUNDIF, conta corrente 7175-7 da agência 1615-2 do Banco do Brasil.

CLÁUSULA 19ª: O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de, **até o dia XX/XX/XXXX**, apresentar e executar projeto de educação ambiental direcionado a toda a população do Município, visando a fornecer informações sobre a forma correta de acondicionamento e armazenagem dos resíduos sólidos, visando à implantação progressiva da coleta seletiva do lixo.

CLÁUSULA 20ª: O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de, **no prazo de 90 (noventa) dias**, a elaborar um diagnóstico relativo à questão dos resíduos de construção civil na sua esfera territorial, com o levantamento das correspondentes características locais, apresentando, no mesmo prazo, inventário que indique a quantidade (massas e volumes) de resíduos gerados localmente; identifique os agentes envolvidos com a geração, coleta, transporte e recepção dos resíduos; inventarie as condições de operação dos diversos agentes públicos e privados que atuam nesse segmento; apresente estimativa dos impactos ambientais e econômicos resultantes dos processos atuais.

CLÁUSULA 21ª: O COMPROMISSÁRIO assume a obrigação de, **até o dia XX/XX/XXXX**, encaminhar à Câmara Municipal projeto de lei que defina e regulamente as formas pelas quais geradores, transportadores e operadores de áreas de captação de resíduos da construção devem exercer suas responsabilidades, bem como institua o Sistema de Gestão Sustentável de Resíduos da Construção Civil e Resíduos Volumosos e o Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil, de acordo com o previsto na Resolução CONAMA nº. 307, de 05 de julho de 2002 e suas alterações.

CLAÚSULA 22ª: Após aprovação e sanção da lei a que faz menção a cláusula anterior, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a editar, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação da aludida lei, Decreto regulamentando os pontos necessários.

CLÁUSULA 23ª: O descumprimento (total ou parcial) ou atraso injustificado de qualquer uma das obrigações elencadas neste termo sujeitará o **COMPROMISSÁRIO** ao pagamento de **multa diária**, a ser suportada **pessoalmente pelo atual gestor municipal**, **Sr. XXX**, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por cada obrigação e/ou prazo descumpridos.

§1º. Se por qualquer motivo não for possível a integral quitação da multa cominatória prevista no *caput*, o Município responderá **subsidiariamente** pelos valores devidos, oferecendo, desde já, como garantia, todas as verbas destinadas à publicidade.

§2º. O valor mencionado no *caput* será revertido para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

§3º. O não pagamento da multa prevista no *caput* implicará sua cobrança pelo Ministério Público, acrescida de atualização monetária, adotando-se para tanto os índices utilizados pelo TJMG, para correção de débitos judiciais, mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.

CLÁUSULA 24ª: As obrigações assumidas no presente termo são consideradas de relevante interesse ambiental e não excluem a responsabilidade civil, criminal e administrativa.

CLÁUSULA 25ª: Este compromisso não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, fiscalização e monitoramente de qualquer órgão ambiental, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições, prerrogativas legais e regulamentares.

CLÁUSULA 26ª: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta produzirá efeitos legais a partir da data de sua assinatura e terá eficácia de título executivo extrajudicial, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 6º da Lei nº. 7.347/85 e artigo 585, VII do Código de Processo Civil, ou de título executivo judicial, caso homologado pelo Juízo competente, nos termos do artigo 475-N, III, do Código de Processo Civil.

E por estarem assim ajustados, assinam o presente **Termo de Ajustamento de Conduta**, em 03 (três) vias de igual teor, forma e idêntico conteúdo jurídico.

Local e data.

Prefeito Municipal

Procurador do Município

Promotor de Justiça

Curador do Meio Ambiente

Promotor de Justiça

Coordenador Regional de Meio Ambiente

Minuta ACP - Improbidade ambiental - resíduos sólidos (modelo)

EXMO(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA …. VARA CÍVEL DA COMARCA DE XXX

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, pelos Promotores de Justiça ao final assinados, com fundamento nos arts. 127 e 129, III da CRFB, arts. 1º, I e IV e 5º, I da L. 7.347/1985 e art. 17 da L. 8.429/1992, vem propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COM PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS, em face de NOME,** (nacionalidade), (profissão), CPF n. (XXX.XXX.XXX-XX), RG (XXX), nascido aos (XX/XX/XXXX), filho de (XXX) e de (XXX), domiciliado na (enredeço), pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1 – DOS FATOS:

Consta do incluso Inquérito Civil que, no período compreendido entre **XX/XX/XXXX a XX/XX/XXXX**, o réu exerceu o mandato de Prefeito Municipal de XXX, durante duas legislaturas consecutivas.

De acordo com as investigações, restou comprovado que, durante toda sua gestão, o réu depositou os resíduos sólidos urbanos do Município de XXX em área totalmente inadequada e em desconformidade com a legislação, causando sérios danos ao meio ambiente, principalmente a poluição do ar e do solo, além de prejuízos à saúde pública.

Conforme a prova técnica acostada aos autos, nos XXX anos em que o réu esteve à frente da Prefeitura de XXX, o lixão recebeu diariamente mais de XXX kg de resíduos de várias espécies, que eram depositados *in natura* a céu aberto, contrariando a vedação expressa da legislação ambiental.

Durante as diversas vistorias realizadas no local, foram constatados vestígios de queima, prática que provoca poluição atmosférica e, por isso, é expressamente proibida pelo ordenamento jurídico. Foi verificada, ainda, ausência do sistema de drenagem pluvial, bem como das estruturas de dissipação e sedimentação, de forma que as águas das chuvas infiltravam na massa de lixo e conduziam o chorume diretamente para o solo.

No local, juntamente com o lixo doméstico, foram depositados entulhos provenientes da construção civil, pneus inservíveis e diversos resíduos perigosos (pilhas, baterias, embalagens e resíduos oleosos), para os quais o ordenamento jurídico exige destinação diferenciada. Também não existia vala séptica apropriada para receber os resíduos oriundos dos serviços de saúde.

Como se não bastasse, o lixão de XXX encontra-se dentro da Área de Segurança Aeroportuária (ASA) e não possui autorização do Comando Aéreo Regional (Lei 12.725/2012), o que pode trazer risco as operações de pouso e decolagem de aeronaves, principalmente em razão da atração de algumas espécies da avifauna por resíduos sólidos (*v.g.* urubus).

Por outro lado, de acordo com o vasto conjunto probatório carreado aos autos, não existem dúvidas de que o réu tinha pleno conhecimento do seu dever legal de regularizar a destinação final de resíduos sólidos urbanos e, mesmo assim, durante XXX anos, omitiu-se intencionalmente na solução do problema, senão vejamos:

Em **XX/XX/XXXX**, data da posse do ex-prefeito XXX, já estavam em vigor, pelo menos, **12 normas jurídicas** que o obrigavam a dar destinação ambientalmente adequada os resíduos sólidos urbanos, quais sejam: a) Lei Estadual n.º 7.772/1980; b) Lei 6.938/1981; c) Deliberação Normativa Copam n.º 07/1981; d) Resolução Conama n.º 01/1986; e) Constituição da República/1988; f) Constituição do Estado de Minas Gerais/1989; g) Lei Orgânica do Município de XXX; h) Lei Estadual n.º 11.720/1994; i) Resolução Conama n.º 237/1997; j) Deliberação Normativa Copam n.º 52/2001; k) Lei Estadual n.º 14.309/2002; l)

Deliberação Normativa Copam nº 74/2004.

Na mesma data, já estava em curso o prazo para cumprimento das obrigações estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta (fls. XXX) celebrado entre o Ministério Público de Minas Gerais e o Município de XXX, cabendo ao Chefe do Executivo implementar as medidas nos prazos acordados.

Note-se que, de acordo com a Cláusula n.º XXX do TAC (fls. XXX), **em XX/XX/XXXX,** o aterro sanitário de XXX deveria estar integralmente implantado e operando com a respectiva licença ambiental.

Vencido o prazo, o réu foi **notificado inúmeras vezes** pelo Ministério Público para demonstrar o cumprimento das obrigações pactuadas (fls. XXX). Contudo, o ex-prefeito manteve-se inerte, não se importando com prejuízo financeiro com o qual o Município teria que arcar em razão da multa cominatória prevista no TAC.

Diante desse quadro, foi proposta Ação de Execução de Título Extrajudicial, por quantia certa, em face do Município de XXX (Processo n.º XXX – cópia anexa), sendo o réu, na qualidade de representante legal do Município, citado pessoalmente para efetuar o pagamento de **R$XXX** (XXX reais).

Sem prejuízo da execução da multa cominatória, **em XX/XX/XXXX**, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública (Autos nº XXX – fls. XXX) em face do Município de XXX, objetivando a implantação do aterro sanitário e recuperação da área do lixão. Com efeito, **em XX/XX/XXXX**, o Poder Judiciário deferiu o pedido liminar (fls. XXX), fixando multa diária no montante de R$XXX (XXX reais) em caso de descumprimento da decisão.

Todavia, até o final do segundo mandato do réu, **transcorridos mais de XXX ano do deferimento da liminar e da intimação do seu representante legal, o Município não havia sequer iniciado o cumprimento da determinação judicial.** Diante disso, na presente data, a multa cominatória imposta na decisão judicial corresponde a **R$ XXX** (XXX reais).

Além de não cumprir as obrigações assumidas no TAC celebrado com o MPMG e de ignorar a decisão liminar proferida pelo Poder Judiciário, o réu também fez pouco caso do poder de polícia administrativa dos órgãos ambientais, pois, **apesar das inúmeras autuações e multas aplicadas, continuou a destinar inadequadamente os resíduos sólidos para o lixão de XXX**. Confira-se:

No dia **XX/XX/XXXX**, o órgão ambiental estadual já havia aplicado uma **multa** no valor de **R$ XXX** (fl. XXX, Auto de Infração n.º XXX), em razão das seguintes irregularidades ambientais no depósito de lixo: *"causar poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza, que resulte ou possa resultar em dano à saúde humana, aos recursos hídricos, às espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e habitats ou a patrimônio natural ou cultura".*

Em **XX/XX/XXXX**, o Ministério do Meio Ambiente realizou vistoria (fls. XXX) no depósito de lixo de XXX, sendo constatado que: *"o empreendimento (fotos 1,2) se encontra em total abandono e degradado"; "o lixo estava sendo depositado de forma espalhada em uma área extensa, sem critério ou cobertura, com presença de cerca de 10 catadores, dentre eles crianças, e em condições insalubres (fotos 11, 12, 13 e 14)"; "uma situação completamente inadequada do ponto de vista social, ambiental e de saúde pública".*

Já no dia **XX/XX/XXXX**, conforme Parecer emitido no âmbito do Processo Administrativo FEAM n.º XXX, foi realizada nova vistoria na área do depósito de lixo de XXX, sendo detectados: a) irregularidades ambientais; b) inobservância das condições estabelecidas na DN Copam n.º 52/2001, art. 2º; c) descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre Município de XXX e a Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM).

As mesmas irregularidades foram verificadas em outras 03 (três) vistorias realizadas pela FEAM em **XX/XX/XXXX, XX/XX/XXXX e XX/XX/XXXX**, sendo que no dia **XX/XX/XXXX**, o órgão ambiental do Estado lavrou novo auto de infração em desfavor do Município de XXX.

Em **XX/XX/XXXX**, o órgão ambiental do Estado, no âmbito do Procedimento Administrativo FEAM n.º XXX, lavrou mais um Auto de Infração em desfavor do Município de XXX, por terem sido constatadas mais irregularidades ambientais no depósito de lixo, sendo, dessa vez, aplicada **multa** no valor de **R$ XXX**.

Pouco tempo depois, no dia **XX/XX/XXXX**, o mesmo órgão, no âmbito do Procedimento Administrativo FEAM n.º XXX, lavrou mais um Auto de Infração em desfavor do Município de XXX, em razão das mesmas constatações, sendo aplicada **multa** no valor de **R$ XXX**.

Em **XX/XX/XXXX**, o órgão ambiental lavrou o Auto de Infração n.º XXX, pois ainda persistiam as mesmas irregularidades ambientais no lixão.

Depreende-se desse contexto a **evidente intenção do ex-prefeito Municipal em dar continuidade ao lançamento de resíduos sólidos urbanos de forma ilegal e clandestina, mostrando-se completamente indiferente ao ordenamento jurídico, à degradação ambiental e às multas, já que as estas seriam suportadas pelo erário Municipal.**

Vale dizer, o réu permaneceu XX anos anos ininterruptos como Chefe do Poder Executivo Municipal e, mesmo assim, não empreendeu qualquer esforço para regularizar a destinação do lixo de XXX. Ao contrário, o que ficou evidente nos autos foi um **comportamento intencionalmente omissivo, apesar das interpelações do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos ambientais.**

Dessa forma, além de transgredir inúmeras normas de Direito Ambiental, verifica-se que o réu descumpriu, dolosamente, ordens judiciais e infligiu elevado prejuízo ao patrimônio público municipal em decorrência da fixação de *astreintes* e aplicação de multas pelos órgãos ambientais.

2 – FUNDAMENTOS

2.1. DESTINAÇÃO AMBIENTALMENTE ADEQUADA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

O art. 225 da Constituição Federal declara como fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Além disso, deixou claro que *"as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos"*.

Na mesma linha, dada a magnitude do bem jurídico protegido, a Constituição Federal atribuiu a **todos** os Entes Federados **competência comum** (art. 23, VI) para proteger o meio ambiente e a saúde pública, bem como para combater a poluição.

De igual forma, em seu art. 30, atribuiu ao **Município** o dever de prestar os **serviços públicos de interesse local**, dentre os quais se inclui o de **coleta, transporte e disposição final ambientalmente correta dos resíduos sólidos urbanos**.

A Lei da Política **Estadual** de Saneamento Básico (Lei Estadual n.º 11.720/1994, art. 2º, II, "c") e a Lei da Política **Nacional** de Saneamento Básico (L. 11.445/2007, art. 2º, III), consideram *"saneamento básico o conjunto de ações, serviços e obras que visam a* alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental por meio de", dentre outras medidas, "coleta, reciclagem e disposição **adequada** dos resíduos sólidos".

A Lei Estadual n.º 7.772 (art. 3º), promulgada em 1980, já estabelecia que:

"**[...] os resíduos líquidos, gasosos, sólidos ou em qualquer estado de agregação da matéria, provenientes de atividade industrial, comercial, agropecuária, doméstica, pública, recreativa e de qualquer outra espécie, só podem ser despejados em águas interiores, superficiais e subterrâneas, ou lançados à atmosfera ou ao solo, desde que não excedam os limites estabelecidos pela autoridade competente, nos termos do Regulamento desta Lei.**"

A Deliberação Normativa n° 52/2001 do Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM, convocou todos os Municípios com população urbana superior a cinquenta mil habitantes, inclusive XXX, para o licenciamento ambiental de sistema adequado de destinação final de resíduos sólidos urbanos, que já deveria ser concluído até novembro de 2006.

Antes mesmo da conclusão do processo de licenciamento, para mitigar os impactos decorrentes da disposição irregular de lixo, a mencionada Deliberação Normativa impôs o cumprimento de alguns requisitos mínimos:

"**Art. 2º - Ficam todos os municípios do Estado de Minas Gerais, no prazo máximo de 6 (seis) meses, contados a partir da data da publicação desta Deliberação, obrigados a minimizar os impactos ambientais nas áreas de disposição final de lixo, devendo implementar os seguintes requisitos mínimos, até que seja implantado, através de respectivo licenciamento, sistema adequado de disposição final de lixo urbano de origem domiciliar, comercial e pública:**

I - disposição em local com solo e/ou rocha de baixa permeabilidade, com declividade inferior a 30%, boas condições de acesso, a uma distância mínima de 300m de cursos d'água ou qualquer coleção hídrica e de 500 m de núcleos populacionais, fora de margens de estradas, de erosões e de áreas de preservação permanente;

II - sistema de drenagem pluvial em todo o terreno de modo a minimizar o ingresso das águas de chuva na massa de lixo aterrado;

III - compactação e recobrimento do lixo com terra ou entulho, no mínimo, três vezes por semana;

IV - isolamento com cerca complementada por arbustos ou árvores que contribuam para dificultar o acesso de pessoas e animais;

V - *proibição da permanência de pessoas no local para fins de catação de materiais recicláveis*, devendo o Município criar alternativas técnica, sanitária e ambientalmente adequadas para a realização das atividades de triagem de recicláveis, de forma a propiciar a manutenção de renda para as pessoas que sobrevivem dessa atividade, prioritariamente, pela implantação de programa de coleta seletiva em parceria com os catadores.

VI - responsável técnico pela implementação e supervisão das condições de operação do local, com a devida Anotação de Responsabilidade Técnico."

Diante da clareza do ordenamento jurídico e em razão das irregularidades ambientais detectadas no lixão, o Município de XXX celebrou com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais Termo de Ajustamento de Conduta (fls. XXX), no qual ficaram estabelecidas obrigações de recuperar a área do depósito de lixo que se encontrava em operação, bem como de instalar aterro sanitário ambientalmente adequado.

Para evitar imposição de novas sanções administrativas, o Município de XXX também celebrou Termo de Ajustamento de Condutas com a Fundação Estadual do Meio Ambiente Conduta (PA FEAM n.º XXX, fls. XXX), obrigando-se a regularizar o sistema de disposição final de resíduos sólidos urbanos, observados os prazos estabelecidos no mencionado título executivo.

No dia XX de XXX de XXXX, foi publicada a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, ratificando a incumbência dos Municípios na gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios (art. 10).

O art. 3º da mesma lei considerou disposição final ambientalmente adequada *"a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos"*.

Já os arts. 47 e 48 consolidaram a proibição de algumas práticas que sempre foram consideradas extremamente nocivas ao meio ambiente:

"**Art. 47. São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos:**
I - lançamento em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos;
II - lançamento in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração;
III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade;
IV - outras formas vedadas pelo poder público [...]."
"Art. 48. São proibidas, nas áreas de disposição final de resíduos ou rejeitos, as seguintes atividades:
I - utilização dos rejeitos dispostos como alimentação;
II - catação, observado o disposto no inciso V do art. 17;
III - criação de animais domésticos;
IV - fixação de habitações temporárias ou permanentes;
V - outras atividades vedadas pelo poder público."

Diante da farta normatização, aliada ao reconhecimento da responsabilidade consignada nos Termos de Ajustamento de Condutas celebrados com o MPMG e a FEAM, bem como na mencionada da decisão judicial, revela-se inconteste o dever jurídico do réu em regularizar a destinação final de resíduos sólidos no Município de XXX durante o período em que exerceu o cargo de Prefeito.

Por outro lado, também se mostra inquestionável o fato de que o réu omitiu-se dolosamente na solução do problema, pois, mesmo consciente da sua responsabilidade, simplesmente ignorou as diversas interpelações do Poder Judiciário, Ministério Público e órgãos ambientais, causando graves prejuízos ao meio ambiente e aos cofres públicos.

2.2. DA ADEQUAÇÃO DOS FATOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.2.1. DOS PREJUÍZOS PATRIMONIAIS AO ERÁRIO MUNICIPAL

Dispõe o art. 10 da Lei nº 8.429/1992 que *"Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei"*.

Além dos evidentes danos ao meio ambiente e à saúde da população, a omissão dolosa do Réu causou graves **prejuízos financeiros para o Município de XXX**, dentre os quais podemos destacar:

a) Os documentos de fls. XXX demonstram que, nos últimos XXX anos, houve agravamento dos danos ambientais existentes na área do lixão, **aumentando-se, conseqüentemente, o custo das obras necessárias à reabilitação da área degradada**;

b) Perda da licença de instalação que o Município já havia obtido, desperdiçando-se o dinheiro público até então gasto com custas inerentes ao procedimento de licenciamento ambiental;

c) Gastos com procedimento de prorrogação de licença ambiental de instalação, visto que nenhuma obra inerente à implantação foi tempestivamente realizada;

d) Gastos com a obtenção de nova licença de instalação de aterro sanitário, visto que a LI anteriormente concedida, acrescida de prorrogação, já expirou, sem que as obras fossem iniciadas;

e) Aplicação de multas administrativas pelo órgão ambiental estadual, em virtude da identificação de irregularidades ambientais na área do depósito de lixo: PA FEAM n.º XXX – **R$ XXX** (fl. XXX); PA FEAM n.º XXX – **R$ XXX** (fl. XXX); PA FEAM n.º XXX – **R$ XXX** (fl. XXX). **Total: R$XXX.**

f) Cobrança de multa diária (Autos n.º XXX – execução por quantia certa) cominada em razão de descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público, cujo objeto era a adequação ambiental do lixão de XXX. Atualmente o montante executado supera **R$ XXX**;

g) Cominação de multa diária pelo Poder Judiciário em decisão que concedeu pedido liminar em Ação Civil Pública, proposta com o escopo de determinar a efetiva recuperação da área do lixão, bem como instalação integral de novo aterro sanitário. Até o presente momento, o Município não cumpriu a ordem judicial, de forma que a multa cominatória corresponde a **R$ XXX**.

Os mencionados prejuízos ao erário, que somados ultrapassam R$ XXX (XXX reais), decorreram de omissão deliberada, consciente e voluntária do réu, que não adotou as medidas necessárias para adequar à destinação final de resíduos sólidos do Município de XXX à legislação, causando, ainda, graves danos ambientais e à saúde pública.

Sobre a aferição do elemento subjetivo do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, vale a pena transcrever os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

"Face à impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das conseqüências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, com a longa repetitio e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão". (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, Improbidade Administrativa, **Lumen Juris**, Rio de Janeiro, 6ª Edição, 2011, pág. 331.)

Na função de Prefeito Municipal, o réu tinha o dever jurídico de impedir o resultado "dano ao erário", que poderia advir das cobranças das multas administrativas e cominatórias previstas no TAC e na decisão judicial.

Dessa forma, embora percebesse que, enquanto perdurasse sua omissão, haveria incremento do valor das multas a que estava sujeito o Município de XXX, o Réu não cessou seu comportamento negativo, aceitando, portanto, não só a produção do prejuízo ao erário, mas também a intensificação deste.

Diante da reprovável conduta omissiva do ex-prefeito XXX, que, **mesmo consciente do seu dever, preferiu permanecer intencionalmente inerte, ignorando as determinações do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos ambientais competentes, o réu deve ser responsabilizado pelos atos de improbidade administrativa que causaram sérios prejuízos financeiros ao erário municipal.**

2.2.2. DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por força do princípio da eventualidade, caso não sejam reconhecidos os danos ao erário causados pelo réu, verifica-se ainda, *in casu*, a ofensa frontal a diversos princípios da Administração Pública, especialmente os da legalidade, moralidade, eficiência, honestidade e lealdade às instituições. Logo, a conduta omissiva do agente público também poderia ser adequada, subsidiariamente, à figura típica do art. 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429/92:

"**Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.**"

"**I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;**

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

"A adoção do modelo do Estado Democrático de Direito, jungido ao princípio republicano (art. 1º da

CR/88), exige do agente público compromisso com as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem sua atuação. Com efeito, o respeito à soberania popular impõe aos mandatários e, de resto, a todos que atuam em nome do Estado, que exerçam seus poderes em razão e nos limites das competências de que dispõem, respeitando os direitos fundamentais" (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 53.), tudo sob pena de responsabilização pessoal.

Reflexo do princípio republicano, aponta a doutrina que o Direito Administrativo está regido pelo princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, uma vez que estes, sendo próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.) Assim, o administrador público deve ser reconhecido como gestor – temporário – dos interesses da sociedade.

A observância do princípio da legalidade para o administrador público, destarte, impõe que o mesmo atue apenas quando existente autorização ou dever previsto no ordenamento jurídico, sendo certo, ademais, que, por lidar na gestão de interesses que não estão sob sua disponibilidade, deve observar a ética e os valores imanentes à Constituição.

Dando concretude ao princípio republicano e aos valores do Estado Democrático de Direito, estabeleceu o constituinte os seguintes princípios, que devem nortear a atividade administrativa:

"**Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]**."

A par dos princípios expressos no dispositivo acima transcrito é forçoso concluir que o agente público está vinculado ao cumprimento de outros imperativos que, embora não expressos, estão imanentes ao texto constitucional e decorrem, em verdade, das normas já anteriormente expostas.

Cumpre-nos, no momento, asseverar que a exigência de probidade no trato da coisa pública descende tanto dos fundamentos do modelo de Estado adotado no ordenamento jurídico brasileiro, como dos princípios explicitados no art. 37 da CR/88.

Assim, a exigência de probidade do agente público consiste no dever para o mesmo de pautar sua conduta pela honestidade e lealdade às instituições. Referido dever, de outro lado, revela-se como direito da sociedade, assim definido na Constituição mineira **"a sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz"** (art. 73).

No que tange ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, verifica-se que o legislador buscou reprimir as condutas que atentam contra os princípios gerais da atividade administrativa do Estado, através de qualquer ação ou omissão, sem deixar de prever, a seguir, um rol exemplificativo de comportamentos. Trata-se, pois, de "tipo" aberto.

No caso dos autos, o réu, agente público, **deixou de adotar as providências necessárias para regularizar a disposição final de resíduos sólidos urbanos, contrariando as exigências da legislação ambiental e provocando danos ao meio ambiente e à saúde pública.**

Ainda, **descumpriu decisão judicial e ignorou as obrigações assumidas nos Termos de Ajustamento de Condutas celebrados com o Ministério Público e a FEAM.**

Como se não bastasse, **deixou de acatar as recomendações do órgão ambiental competente quando foi autuado administrativamente por causar dano ambiental e por desenvolver atividade poluidora em desacordo com a normatização pertinente.**

Como se demonstrou acima, na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público, o Poder Judiciário determinou que o Município implantasse um aterro sanitário no prazo de 180 dias, além de recuperar a área degradada pelo lixão.

Ao tempo de tais decisões, o réu era o prefeito municipal de XXX. Dessa forma, representava o Município e chefiava o Poder Executivo local. Como demonstram os documentos juntados aos autos, o réu foi pessoalmente cientificado de tais decisões. Com isso, não há dúvidas de que a ele cabia dar cumprimento às ordens judiciais. No entanto, dolosamente, deixou de fazê-lo.

Dessa forma, a inércia do réu caracterizou, indiscutivelmente, a omissão em realizar ato de ofício, infração especificamente prevista no art. 11, II, da lei 8429/92.

Neste ponto, cumpre trazer à colação as palavras de Aluízio Bezerra Filho, Juiz da Vara de Improbidade Administrativa de João Pessoa e assessor da presidência do Tribunal de Justiça da Paraíba:

"**O agente público que descumpre ordem judicial está cometendo ato de improbidade administrativa. Essa é a leitura conjugada feita dos arts. 4º e 11, II, da Lei nº 8.429/92. O art. 4º prescreve: 'Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos'.**"

"**Os princípios da legalidade e da moralidade são vetores básicos da probidade administrativa, sob os quais estão aglutinadas todas as causas primárias regentes da atividade estatal, que é desenvolvida pelo princípio da juridicidade.**"

"**Mais adiante, o art. 11 da referida lei estabelece: 'Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; II — retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício'.**"

"**Preleciona o jurista José Carvalho dos Santos Filho que, entre as aplicações do inciso II, compreende-se: 'a) o descumprimento de ordem judicial; b) o não-atendimento às requisições do Ministério Público; c) a não-lavratura de auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, dentre outros procedimentos'.**"

"**Como se vê, todo agente público tem o dever jurídico de observar os preceitos regentes da legalidade e da moralidade, de modo que, ao deixar de cumprir de imediato uma decisão judicial, estará incorrendo na conduta típica descrita pelo art. 11, II, da mencionada lei.**"

"**Isso porque estará atentando contra a dignidade, o prestígio e o respeito do Poder Judiciário e inobservando os valores da honestidade e lealdade às instituições, derivações diretas do princípio da moralidade. Estará agindo contrariamente ao comando imperativo consubstanciado no art. 4º da supramencionada lei."** (FILHO, Aluízio Bezerra. **Decisão judicial e improbidade administrativa**. Disponível na internet: http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020624/sup_dej_240602_12.htm?. Acesso: 22/06/04.)

Igualmente, Marino Pazzaglini Filho elenca o descumprimento de decisão judicial como hipótese de ato de improbidade administrativa que se amolda ao art. 11, II da Lei 8429/92. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 114.)

De seu turno, em situação assemelhada, assim decidiu o Egrégio TJMG:

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTES PÚBLICOS - DECISÃO JUDICIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DESCUMPRIMENTO - APLICAÇÃO DE PENALIDADE - MULTA - POSSIBILIDADE. - Os agentes públicos têm o dever de observar os princípios da legalidade, da moralidade e da honestidade, de modo que, ao deixar de cumprir uma decisão judicial estará incorrendo na conduta tipificada no artigo 11, II, da Lei nº**

8.429/92. - A lesão a princípios administrativos previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não exige prova da lesão ao erário público, bastando a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade da Lei nº 11.280 de 16.02.2006." (TJMG – Apelaçãon° 1.0024.04.428850-4/002(1)-Relator: Elias Camilo. Julgamento: 06/08/2009. DJ, Data da Publicação: 25/08/2009)

Ora, a par de ter transgredido os princípios da moralidade, eficiência, honestidade e lealdade às instituições, ao causar danos ambientais e ignorar as determinações do Poder Judiciário, Ministério Público e órgãos ambientais, o réu ainda provocou poluição em níveis que poderiam prejudicar a saúde da população, desenvolveu atividade potencialmente poluidora sem licença ambiental e descumpriu obrigação de relevante interesse ambiental. Tais condutas caracterizam os crimes previstos nos arts. 60, 68 e 54, §2º, V da Lei nº 9.605/1998, sendo distribuída, nesta data, concomitantemente, a correspondente ação penal pública pelo Ministério Público.

Assim, constata-se que ao agente público deverão ser impostas, no processo próprio, sanções penais, eis que as condutas caracterizam crimes. Desafiou-se, portanto, a tutela do Direito Penal, mais grave forma de repressão prevista no ordenamento jurídico, que deve ser utilizado como *ultima ratio*.

Ocorre que o mesmo comportamento caracteriza ato de improbidade administrativa, posto que, sem dúvida alguma, afrontou, de forma subsidiária, o princípio da legalidade, que norteia a atividade administrativa do Estado. Assim, nos termos do art. 37, §4º da CR/88, a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa deve se dar sem prejuízo da criminal.

2.2.3. INDISPONIBILIDADE DE BENS

Prevê o art. 37, §4º, da Constituição Federal, entre as medidas aplicáveis aos agentes públicos autores de atos de improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade de seus bens. A medida de natureza cautelar mostra-se tão importante que foi expressamente mencionada no texto constitucional entre as sanções pertinentes.

Apurado o dano ao patrimônio público ou o enriquecimento indevido e ilícito, predomina o interesse público em garantir futura execução, em detrimento do interesse do investigado ou do réu da Ação de Improbidade Administrativa. A impunidade resultante da dilapidação se afigura tão provável e evidente que a Constituição da República cuidou, muito bem aliás, de explicitar a necessidade da decretação da medida restritiva.

O autor Wallace Paiva disserta sobre o assunto:

"**Prevista originalmente no art. 37, §4º, da Constituição Federal como sanção da improbidade administrativa, a indisponibilidade dos bens é, diversamente, uma providência cautelar obrigatória, cujo desiderato é assegurar a eficácia dos provimentos condenatórios patrimoniais, evitando-se práticas ostensivas, fraudulentas ou simuladas de dissipação patrimonial, com o fim de redução do ímprobo a estado de insolvência para frustrar a reversão da sentença que condenar à perda do proveito ilícito ou ao ressarcimento do dano (art. 18).**" (Probidade Administrativa. Editora Saraiva, p. 325).

A indisponibilidade incide sobre tantos bens quantos forem necessários para o ressarcimento integral do dano e para a perda do acréscimo patrimonial indevido, recomendando-se que o autor expresse os respectivos valores, admitindo-se a redução após a concessão da liminar, devendo o réu indicar os bens suficientes para suportá-la, se houver excesso, podendo a extensão do proveito ou do dano ser apurável em perícia ou execução. A medida tem, justamente, essa característica salutar que a distingue do sequestro, pois dispensa a individualização de bens ou valores do patrimônio do réu ou de terceiro.

De se ressaltar que o que se busca, através da presente ação, além da aplicação das sanções da Lei de Improbidade, é o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Assim, tem-se que o pedido guarda consonância com a moderação e razoabilidade exigíveis do Ministério Público em sua atividade. Sem

qualquer excesso ou intenção de agredir o patrimônio alheio, busca-se garantir que a ação venha produzir os frutos que a sociedade espera: o ressarcimento dos gastos ilicitamente gerados pelo requerido.

Diante da análise dos documentos anexos em conjunto com todo o acima exposto, tem-se, como consequência, a obrigação de restituição aos cofres públicos municipais de toda o prejuízo causado aos cofres públicos, ou seja, R$ XXX (XXX de reais), como sanção imposta de acordo com os incisos II e III, do artigo 12, da Lei nº 8.429/92 (ressarcimento integral do dano causado).

A Lei nº 7.347/85, que regula a matéria procedimental da ação civil pública, em seu artigo 12, prevê a hipótese da medida liminar, face à eventual necessidade de tutela assecuratória instrumental ao objeto da tutela jurisdicional principal de cunho cognitivo, garantindo a eficácia e utilidade desta.

A medida liminar, como espécie de medida cautelar, requer, além das condições comuns da ação, condições específicas, a saber:

- *Fumus boni juris*: provável existência do direito tutelado, ou seja, a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança. Basta se demonstrar a possibilidade do direito invocado;

- *Periculum in mora*: risco de inocuidade da tutela jurisdicional principal, em face de sua não imediatidade. Representa o risco de ocorrer uma alteração no estado de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia, devendo ser fundado, relativo a um dano próximo e de difícil reparação.

In casu, restam presentes ambos os requisitos, senão vejamos:

- o primeiro requisito salta aos olhos mediante simples e perfunctória análise dos documentos que instruem a presente petição inicial, bem como das normas legais aplicáveis à espécie, demonstrando claramente o dever legal e a omissão dolosa do réu, bem como a necessidade de restituição aos cofres públicos municipais dos prejuízos financeiros causados;

- o segundo requisito evidencia-se simplesmente no fato de que a dívida a ser suportada pelo requerido até o presente momento alcança a cifra de R$ XXX (XXX de reais), o que, após atualização, tende a alcançar grande parte de seu patrimônio, emergindo-se daí uma séria interrogação para o caso de sucesso da tutela definitiva pleiteada. Além disso, após ser cientificado sobre o ajuizamento da ação, se ainda estiver na livre administração de seus bens, o réu poderá deles se desfazer, inviabilizando o futuro ressarcimento ao erário.

Ademais, ressalta-se que a jurisprudência tem admitido a indisponibilidade de bens independente de prova da dilapidação do patrimônio pelo réu da ação de improbidade:

"**[...] A indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento [...]**" (AgRg na MC 11139/SP, 1ª T, Rel. Francisco Falcão, **DJ** 27/03/2006, p. 152.)

Dispõe o art. 799 do Código de Processo Civil:

"**Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o Juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósitos de bens e impor a prestação de caução.**"

Estamos diante do PODER GERAL DE CAUTELA, que a lei sabiamente conferiu ao Juiz, diante de situações de perigo não previstas ou reguladas expressamente pela lei, cuja finalidade não diverge da natureza cautelar, qual seja a de evitar lesão irreparável ou de difícil reparação a direito, antes do julgamento de mérito. O poder geral de cautela, assim, mostra-se bastante amplo, aplicando-se a inúmeras situações.

A propósito, leciona o eminente processualista mineiro, Humberto Theodoro Júnior, em seu Curso de direito processual civil, vol. II - processo de execução e processo cautelar, 4ª edição, ed. Forense, pág. 1126:

"**Pela amplitude do poder geral de cautela, é praticamente ilimitada a possibilidade de seu desdobramento em figuras práticas, diante do infinito e imprevisível número de situações de perigo que podem surgir antes do julgamento das diversas causas que o Poder Judiciário tem de dirimir.**

Apenas para ilustrar e para lembrar os casos mais freqüentes, em nossa experiência e na do direito europeu, podem-se arrolar os seguintes exemplos de medidas atípicas: (...)

c) a proibição de dispor, como medida menor do que o seqüestro e o arresto, pois conserva a posse do dono e apenas interdita a possibilidade de alienação da coisa."

A jurisprudência pátria, como não poderia deixar de ser, também acolhe a possibilidade da decretação da indisponibilidade de bens do agente público acusado de ato de improbidade administrativa:

"**PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CAUTELAR. AFASTAMENTO DE OCUPANTE DE CARGO ELETIVO PARA QUE NÃO INTERFIRA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. O art. 12 e seus respectivos incisos, da Lei nº 8429/1992, definiu quais as cominações para cada ato de improbidade. E em todos eles prevaleceu a orientação, já inserida no art. 5º, daquela mesma lei, segundo o qual "ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano". Outrossim, porque é possível supor que alguém, temendo desfecho desfavorável na ação proposta contra si, pudesse tentar frustrar a execução da futura decisão, alienando os bens ou valores necessários ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, é de interesse público que se assegure, imediata e cautelarmente, o resultado útil do processo, o que somente poderia ser obtido mediante a excepcional indisponibilidade dos bens, que poderiam ir para mãos de terceiros de boa-fé. Não obstante, ao contrário do alegado pelo MD. Representante do Ministério Público, indisponibilidade de bens não é penalidade, mas medida acautelatória, por sua natureza excepcional e restrita, que, conforme expressamente dispõe o Parágrafo Único, do art. 7º, da Lei nº 8429/1992, deve restringir-se ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. O patrimônio pessoal do administrador público, como qualquer administrador privado, responde por seus atos de gestão que causem prejuízos ao titular dos interesses que gere.**" (Agravo nº 000.260.489-0/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Ribeirão das Neves, Rel. Des. Brandão Teixeira. j. 17.09.2002, un.).

"**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. CONCESSÃO. RECURSO. É de ser mantida decisão que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, determina a indisponibilidade de bens dos que, por ação ou omissão, causaram dano patrimonial ao erário, que deve ser objeto de ressarcimento. Decisão mantida.**" (Agravo nº 000.265.608-0/00, 5ª Câmara Cível do TJMG, São Gotardo, Rel. Des. Cláudio Costa. j. 03.10.2002, un.).

Mostra-se pertinente, então, para a garantia da satisfação do interesse público aqui tutelado, a decretação da indisponibilidade dos bens do requerido, até o montante de R$ XXX (XXX de reais), a fim de possibilitar futura execução em caso de êxito na presente demanda.

5- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

"1) seja decretada **liminarmente** a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite de R$ XXX (XXX

de reais), com a finalidade de impedi-lo de dispor de seus bens móveis, imóveis e semoventes, sob qualquer forma e a qualquer título.

1.1) Para garantir a efetividade da medida, requer sejam oficiados os Cartórios de Registros de Imóveis desta Comarca XXX, XXX, XXX, e XXX, comunicando sobre o teor da decisão e determinando a averbação da inalienabilidade dos imóveis existentes em nome dos réus.

1.2) sejam oficiados o DETRAN-MG e o DETRAN-XX, requisitando a inserção de impedimento no cadastro dos veículos registrados em nome do réu.

1.3) seja realizada penhora/bloqueio online através do sistema BACENJUD, em relação aos valores existentes em aplicações financeiras em nome do réu;

2) a notificação preliminar do réu para oferecer manifestação por escrito no prazo de 15 (quinze) dias, na forma do art. 17, §7o, da Lei n. 8.429/92;

3) a intimação do Município de XXX, sediado na (endereço), para que, querendo, integre a lide na qualidade de litisconsorte ativo, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92;

4) após, seja recebida a presente petição inicial, determinando-se, em seguida, a citação do réu, para, querendo, apresentar contestação, no prazo legal, sob a advertência de que, não o fazendo, poderá se sujeitar aos efeitos da revelia;

5) a condenação do réu pela prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, II, da mesma Lei;

6) **subsidiariamente**, a condenação do réu pela prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, III, da mesma Lei;

7) a produção de todas as provas admitidas, notadamente a juntada de documentos, realização de perícias, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal do réu e outras que se fizerem necessárias;”

Dá à causa o valor de R$ XXX (XXX de reais).

XXX

Promotor de Justiça

Curador do Meio Ambiente

XXX

Promotor de Justiça

Coordenador Regional de Meio Ambiente

Efluentes Sanitários

A Política Nacional de Saneamento Básico, prevista na Lei 11.445, de 2007, elenca, dentre as atividades de saneamento, os sistemas de coleta, tratamento e disposição final de efluentes líquidos (esgoto), em conjunto com diversas outras ações necessárias à sadia qualidade de vida e preservação do meio ambiente.

É cediço que os esgotos domésticos, comerciais e industriais, caso sejam despejados de forma inadequada nos cursos d'agua, denotam potencial de transmissão de inúmeras doenças ao ponto de tornar o recurso hídrico inacessível a consumo humano, bem como a outras atividades (recreativas, de irrigação, etc.). Tais irregularidades impactam, de forma direta, não apenas na preservação ambiental, mas também nas estatísticas de mortalidade infantil, propagação de doenças, usos tradicionais da água, dentre outros.

Conclui-se, portanto, que o manejo adequado de efluentes se interliga diretamente com a manutenção da qualidade dos recursos hídricos, os quais, apesar de essenciais, se mostram cada vez mais escassos.

Diante deste quadro, mostra-se de extrema importância a atuação do Ministério Público a fim de sanar eventuais ilicitudes detectadas quanto ao tratamento e despejo de efluentes líquidos.

Normas jurídicas relacionadas

No que toca à normativa incidente sobre a temática de saneamento básico, mais especificamente coleta, tratamento e disposição final de efluentes, tem-se a considerar, em primeiro plano, que por estar diretamente conectado às condições de higiene e saúde, o acesso ao esgotamento sanitário é um direito fundamental e inalienável de todo cidadão. No que toca à divisão de competências constitucionais, cabe ao Município proceder ao serviço de tratamento de efluentes, uma vez ser matéria de interesse local, em atenção ao art. 30 do texto constitucional.

A normativa infraconstitucional primeva acerca do tema, a Lei 11.445, de 2007[1)], elenca os princípios norteadores da Política Nacional de Saneamento Básico, dentre os quais sobrelevam-se os de:

> "a) universalização do acesso;

b) integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;
c) abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente" .

O mesmo instrumento legal traz consigo algumas definições conceituais importantes acerca do tema. Nesta linha, o art. 3º, I, "b" da Lei 11.445, de 2007, define esgotamento sanitário como sendo:

> *"constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente"*.

Em que pese a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico ser datada de 2007, o ordenamento jurídico há décadas preconiza a obrigatoriedade de tratamento adequado de efluentes.

Neste sentido, o Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas) preceitua, em seu art. 109, que:

> "A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros".

No artigo seguinte, o mesmo Código estabelece que:

> *"Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos"*.

Conforme se apreende, o Código das Águas aponta, de forma contundente, não apenas a proibição de contaminação dos recursos hídricos, mas também a tríplice responsabilidade (criminal, cível e administrativa) dos agentes infratores.

Em Minas Gerais, igualmente, a Lei nº 2.126, de 20 de janeiro de 1960, aborda o problema dos esgotos de maneira frontal e é, sem dúvida, o mais importante diploma legal sobre o assunto em nosso Estado. A lei que estabelece normas para o lançamento de esgotos e resíduos industriais nos cursos de água dispõe:

> "Art. 1º - Fica proibido, a partir da data da publicação desta Lei, em todo o território do Estado de Minas Gerais, lançar nos cursos de água – córregos, ribeirões, rios, lagos, lagoas e canais, por meio de canalização direta ou indireta, de derivação ou de depósito em local que possa ser arrastado pelas águas pluviais ou pelas enchentes, sem tratamento prévio e instalações adequadas, qualquer resíduo industrial em estado sólido, líquido ou gasoso, e qualquer tipo de esgoto sanitário proveniente de centro urbano ou de grupamento de população.
> Art. 2º - Após o tratamento, os resíduos industriais ou esgotos sanitários podem ser lançados nos cursos de águas, desde que apresentem as seguintes características, verificadas mediante testes e provas de laboratório:
> a) oxigênio dissolvido – igual ao do curso de água;
> b) demanda bioquímica de oxigênio – igual a do curso de água;
> c) sais minerais dissolvidos em suspensão, ou precipitados, nas mesmas condições e proporções em quem os contiver o curso de água, *in natura*."

As legislações advindas após a Constituição da República de 1988 mantêm a mesma tônica de proibição de contaminação dos recursos hídricos.

A Lei nº 11.720, de 28 de dezembro de 1994, que dispõe sobre a Política Estadual de Saneamento Básico, estabelece que é seu objetivo assegurar proteção da saúde da população e a salubridade ambiental urbana e rural, estatuindo ainda que:

> "Art. 2º - Para os efeitos desta lei, considera-se:
>
> I - salubridade ambiental o conjunto de condições propícias à saúde da população urbana e rural, quanto à prevenção de doenças veiculadas pelo meio ambiente e à promoção de condições mesológicas favoráveis ao pleno gozo da saúde e do bem-estar;
> II - saneamento básico o conjunto de ações, serviços e obras que visam a alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental por meio de:
> a) abastecimento de água de qualidade compatível com os padrões de potabilidade e em quantidade suficiente para assegurar higiene e conforto;
> b) coleta e disposição adequada dos esgotos sanitários;
> […]
> Art. 3º - A execução da política estadual de saneamento básico, disciplinada nesta lei, condiciona-se aos preceitos consagrados pela Constituição do Estado, observados os seguintes princípios:
> I - direito de todos ao saneamento básico;
> II - autonomia do Município quanto à organização e à prestação de serviços de saneamento básico, nos termos do art. 30, V, da Constituição Federal;
> III - participação efetiva da sociedade, por meio de suas entidades representativas, na formulação das políticas, na definição das estratégias, na fiscalização e no controle das ações de saneamento básico;
> IV - subordinação das ações de saneamento básico ao interesse público, de forma a se cumprir sua função social."

Verifica-se que a legislação mineira expressamente concebe o saneamento básico como um direito de todos os cidadãos, o que plenamente se justifica na medida em que os serviços de saneamento básico são considerados essenciais por estarem diretamente ligados à prevenção de riscos e danos à saúde e ao meio ambiente. Na verdade, são serviços urbanos fundamentais, uma vez que estão intimamente ligados aos direitos à vida, à moradia digna, à saúde, ao meio ambiente, e à própria dignidade da pessoa humana.

Ainda no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 13.317/99, que instituiu o Código de Saúde, inseriu no ordenamento jurídico outras disposições sobre a responsabilidade quanto ao tratamento de efluentes:

> "Art. 49. O sistema público de coleta de esgoto tratará o esgoto coletado antes de lançá-lo em curso de água.
>
> Parágrafo único. É vedado o lançamento de esgoto sanitário em galeria ou rede de águas pluviais."

A Resolução CONAMA nº 430, de 2011, a qual dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes, por sua vez estabelece:

> "Art. 3º Os efluentes de qualquer fonte poluidora somente poderão ser lançados diretamente nos corpos receptores após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências dispostos nesta Resolução e em outras normas aplicáveis.
> Parágrafo único. O órgão ambiental competente poderá, a qualquer momento, mediante fundamentação técnica:
> I - acrescentar outras condições e padrões para o lançamento de efluentes, ou torná-los mais restritivos, tendo em vista as condições do corpo receptor; ou
> II - exigir tecnologia ambientalmente adequada e economicamente viável para o tratamento dos efluentes, compatível com as condições do respectivo corpo receptor".
> [...]
> Art. 5º - Os efluentes não poderão conferir ao corpo receptor características de qualidade em desacordo com as metas obrigatórias progressivas, intermediárias e final, do seu enquadramento".

Via de regra, portanto, percebe-se que a legislação pátria proíbe qualquer lançamento de esgoto sanitário em corpos hídricos de forma a acarretar poluição ou qualquer outro prejuízo ambiental. Dentro deste campo, sempre é importante destacar que a Resolução CONAMA 357, de 2005, é a responsável por estabelecer as características das diversas classificações de cursos d'agua. Trata-se de informação importante, uma vez que outros dispositivos normativos fazem menção à classificação esboçada na Resolução antedita. A título de exemplo, pode-se citar a proibição de lançamento de efluentes, **ainda que tratados**, em corpos d'agua considerados de classe especial, nos termos da Resolução CONAMA 430, de 2011:

> "Art. 11. Nas águas de classe especial é vedado o lançamento de efluentes ou disposição de resíduos domésticos, agropecuários, de aquicultura, industriais e de quaisquer outras fontes poluentes, mesmo que tratados".

Em que pese a importância do tema, no Estado de Minas Gerais, a Deliberação Normativa do COPAM nº 128/2008, convocou todos os Municípios do Estado para o licenciamento ambiental de sistemas de tratamento de esgotos, estabelecendo prazos excessivamente elásticos para tanto (em determinados casos, chega-se ao ano de 2017).

É importante que se observe que as deliberações normativas do COPAM detêm caráter infralegal e, portanto, devem se ater e respeitar estritamente as determinações legislativas referentes ao tema.

Dentro desta ótica, é patente que todo o ordenamento jurídico traz comandos imediatos e proibitivos de lançamento de efluentes em cursos hídricos de forma a acarretar poluição ou prejuízo ambiental de qualquer natureza. Assim, os prazos entabulados pela Deliberação Normativa do COPAM para fins de licenciamento, naquilo que contrariam as leis vigentes, não ensejam a licitude do lançamento de esgoto em rios e córregos ao

longo do Estado de Minas Gerais.

> Conclui-se, portanto, que os prazos estipulados para fins de licenciamento ambiental tem natureza meramente administrativa e não impedem que o Ministério Público, mediante proposta de termo de ajustamento de conduta ou de propositura de ação civil pública, pleiteie o cumprimento da obrigação em menor prazo com base na legislação antes citada.

Por derradeiro, cumpre dizer que não é incomum que, mesmo após o sucesso na atuação do Promotor de Justiça, com o reconhecimento da necessidade de implementação de sistema adequado para tratamento de efluentes, o Município, ou a concessionária de serviços públicos, enfrente o desafio de moradores se recusarem a permitir as obras para ligação do imóvel ao sistema de coleta de esgotos.

Nestes casos, deve-se destacar que a Lei Estadual 13.317, de 1999, assim determina:

> “Art. 48. A construção considerada habitável será ligada à rede coletora de esgoto sanitário.
> \\§ 1º Quando não houver rede coletora de esgoto sanitário, o órgão prestador do serviço indicará as medidas técnicas adequadas à solução do problema.
>
> § 2º As medidas individuais ou coletivas para tratamento e disposição de esgotamento sanitário atenderão às normas técnicas vigentes.”

Ademais, e pertinente analisar a legislação municipal acerca do tema, uma vez que, em regra, a lei municipal que autoriza a concessão do serviço de tratamento de água e esgoto traz previsão de sanções administrativas aos proprietários de imóveis que se recusarem a realizar a ligação necessária para o tratamento do esgoto domiciliar.

Em que pese às determinações normativas, quando se está diante de situações desta natureza, são vários os moradores que resistem à ligação sanitária de seu imóvel. Assim, a realização de uma audiência pública com o escopo de o Promotor de Justiça esclarecer a necessidade de se proceder à conexão do imóvel ao sistema de coleta de efluentes, com o convite pessoalmente direcionado a cada um dos cidadãos que se encontra nesta condição pode ser mais proveitosa do que outras medidas de cunho combativo.

Atuação prática

Feitas as breves considerações nas linhas acima, mister proceder a uma análise prática acerca das possíveis linhas de atuação a serem adotadas pelo Promotor de Justiça ao se deparar com problemas ambientais decorrentes da disposição inadequada de efluentes sanitários.

É consabido que o art. 225, §3º, da Constituição da República de 1988 determina a tríplice responsabilidade (esferas cível, penal e administrativa) em decorrência de atos lesivos ao meio ambiente.

Esfera Cível

Feita a análise acima, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o lançamento de esgotos em cursos d’água sem prévio tratamento. Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que descumprir o dever de não conspurcar as águas, mediante lançamento de efluentes sanitários in natura, enquadrar-se-á na situação jurídica de poluidor (art. 3º, IV, Lei nº 6.938/81) e estará sujeito às sanções previstas no ordenamento jurídico.

Em âmbito cível, caberá ao Promotor de Justiça perquirir a obrigação de fazer, consistente na instalação de sistema de tratamento de efluentes que atenda a todo o Município, lembrando que, para os distritos e comunidades menos populosos e distantes da sede, existe a possibilidade de serem implementadas técnicas de tratamento menos vultosas e, consequentemente, menos onerosas ao poder público ou à concessionária de

serviço público. Juntamente a isto, deve-se exigir o cumprimento da obrigação de não fazer, ou seja, deixar de efetuar o despejo do esgoto *in natura* em rios, córregos, lagoas e corpos d'agua em geral.

Por fim, mostra-se importante analisar a obrigação de reparação de danos ambientais eventualmente constatados, bem como a compensação ambiental devida em razão dos prejuízos que o meio ambiente sofreu durante o período em que se deixou de proceder ao tratamento devido dos efluentes.

É imperioso recordar que, no que tange ao poder público, a obrigação de zelar pela proteção ao meio ambiente é plenamente vinculada. A discricionariedade administrativa não legitima a conduta omissiva lesiva aos bens ambientais. É que o texto constitucional, principalmente o art. 225, determina a obrigação do poder público, ou daquele que fizer suas vezes, de promover a defesa do meio ambiente, não podendo causar poluição, atividade completamente proscrita e danosa à sociedade.

Fase Investigatória

Em primeiro momento, sugere-se a instauração de Inquérito Civil (caso já não exista procedimento desta natureza) a fim de investigar as condições de despejo de efluentes sanitários nos cursos d'agua do Município.

Na portaria inaugural do procedimento investigatório, cabem as seguintes providências:

- Oficiar o Município requisitando informações detalhadas acerca do sistema de tratamento de efluentes sanitários, incluindo dados acerca do percentual da população atendida pelos serviços de coleta e tratamento de efluentes, bem como requisitando cópia de eventual legislação municipal pertinente e cópia de contrato de concessão de serviço público, se houver;
- Realizar consulta ao Sistema Integrado de Informações Ambientais - Siam (www.siam.mg.gov.br) da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), para averiguar se a estação de tratamento de efluentes investigada possui licença ambiental;
- Oficiar a Polícia Militar de Meio Ambiente requisitando a realização de vistoria no local;
- Oficiar o órgão ambiental competente requisitando a realização de vistoria no local, com aplicação das sanções administrativas cabíveis;
- Caso o Município apresente contrato de concessão com alguma empresa concessionária (ex. COPASA, COPANOR, etc.), oficiar à respectiva empresa requisitando informações detalhadas acerca da existência ou não de Estação de Tratamento de Esgoto no Município, bem como o percentual da população atendida com os sistemas de coleta, tratamento e disposição final de efluentes.

Destaque-se que, nas hipóteses em que basta a caracterização de elementos fáticos e que dispensam uma averiguação técnico-pericial (ex. constatar que houve o descumprimento de TAC em razão da não existência de Estação de Tratamento de Esgoto no Município), é possível que a Polícia Militar Ambiental proceda à vistoria almejada pelo Promotor de Justiça, alcançando maior celeridade.

Após, existindo indícios de irregularidades, e persistindo a necessidade de vistoria técnica, recomenda-se a remessa dos autos à Central de Apoio Técnico – CEAT, para realização de perícia.

Fases Resolutiva e Judicial

Constadas irregularidades relacionadas ao tratamento de efluentes sanitários, é imprescindível a notificação do Prefeito Municipal para comparecer na Promotoria de Justiça para prestar esclarecimentos e firmar Termo de Ajustamento de Condutas, cujo modelo segue anexo.

Caso não seja possível a celebração de TAC, recomenda-se a propositura de Ação Civil Pública (modelo anexo).

Seja por meio de Termo de Ajustamento de Conduta ou de Ação Civil Pública, é importante a adoção das seguintes medidas:

- a) completa adequação do sistema de coleta, tratamento e disposição final de efluentes sanitários;
- b) recuperação do ambiente degradado;
- c) indenização pelos impactos ambientais interinos e não recuperáveis.

Ainda neste tocante, saliente-se que, nos casos em que o Município procedeu à concessão do serviço de esgotamento sanitário, a responsabilidade civil pelo dano ambiental é solidária entre o Poder Concedente e a Concessionária, além de ser objetiva e norteada pelo princípio do Risco Integral [2)].

Esfera Criminal

Em âmbito criminal, a conduta do responsável pela poluição poderá encontrar adequação típica no art. 54 da Lei nº 9.605/98, que sanciona a conduta daquele que causa poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Há, ainda, a possibilidade de ser caracterizada alguma das qualificadoras constantes do parágrafo segundo do mesmo artigo quando a conduta:

> "I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;
> II causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;
> III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;
> IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;
> V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos."

Para além disto, a mesma conduta pode caracterizar os crimes previstos nos artigos 60 e 68 da Lei nº 9.605/98. Referidos dispositivos determinam que as seguintes condutas são criminalmente reprovadas:

> "Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.
> Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental."

A punição penal daqueles que poluem o meio ambiente mediante o despejo de esgoto sem o adequado tratamento é plenamente viável, consoante se observa na seguinte jurisprudência ilustrativa:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES AMBIENTAIS - ARTIGOS 54, §2º, V, E 60 DA LEI 9.605/98 - AUSÊNCIA DE DOLO- INOCORRÊNCIA - DOLO CONFIGURADO - PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - INVIABILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. - Não obstante a parte ré alegar que os efluentes lançados em determinado rio fossem devidamente tratados, tendo sido comprovado no curso da lide que na verdade os resíduos líquidos despejados estavam em desacordo com as exigências legais, a condenação é mesmo de rigor. - Resta configurado o dolo do agente quando, podendo e devendo impedir a prática do resultado, concorre com este, executando o núcleo do tipo penal descrito na denúncia. - Descabido o acolhimento do pleito de substituição da pena, estabelecida em sentença penal condenatória, quando em crime ambiental, o estabelecimento processado estiver

> funcionando sem a devida autorização, a justificar a pena de interdição que lhe foi imposta". (TJMG. Apelação Criminal 1.0261.10.000657-4/001. Relator(a): Des.(a) Delmival de Almeida Campos. Data de Julgamento: 18/04/2012.)

Sob o ponto de vista da prática processual, chamamos a atenção para a necessidade de prova pericial evidenciando a existência de poluição, uma vez que se trata de crime que deixa vestígios (art. 158 do CPP). A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando- se o contraditório.

O dolo do agente responsável pela poluição pode ficar evidenciado por circunstâncias tais como a negativa em firmar Termo de Ajustamento de Conduta a fim de resolver o problema, o descumprimento injustificado de acordos judiciais ou extrajudiciais celebrados, ou pela flagrante e deliberada indiferença em relação à poluição perpetrada.

É importante ainda destacar que, caso o agente poluidor seja o Prefeito Municipal em exercício, caberá ao Promotor de Justiça expedir ofício à Procuradoria Especializada em Crimes Praticados por Prefeitos Municipais a fim de que sejam tomadas as providências pertinentes.

Entretanto, caso o mandato do prefeito responsável pelo crime ambiental já tenha se encerrado, torna-se plenamente possível o ajuizamento de ação criminal na própria Comarca.

Ressalte-se que mesmo as pessoas jurídicas de direito privado responsáveis pela degradação (concessionárias, por exemplo) poderão ser denunciadas, nas hipóteses do art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Improbidade Administrativa Ambiental

Caso se tenha em mente a esfera administrativa propriamente dita, a aferição de responsabilidade será realizada pelo órgão ambiental competente, o qual detém atribuição de aplicar multas, embargar atividades, etc. Desta forma, por se tratar de área de atuação estranha ao Promotor de Justiça, deixaremos discorrer de forma extensa acerca do tema.

De todo modo, eventuais fatos ilícitos apurados devem ser comunicados aos órgãos ambientais competentes (SUPRAM, IGAM, ANA etc.) para adoção das medidas administrativas pertinentes.

Por derradeiro, lembre-se que a Lei nº 9.433/97, que trata da Política Nacional de Recursos Hídricos, exige em seu art. 12, III, outorga para o *lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final*. Essa exigência foi expressamente reiterada pelo parágrafo único do art. 4º da Lei nº 11.445/07. Assim, aquele que não dispuser de outorga para tal fim e utilizar recursos hídricos para o lançamento de efluentes estará incurso na infração administrativa prevista no art. 49, II, da Lei nº 9.433/97, ficando sujeito a sanções que variam entre advertência, multa e embargo de atividades.

Noutra trilha, a responsabilização do gestor público por eventual ato de improbidade administrativa, consistente na ação ou omissão indevidas com relação ao tratamento de efluentes sanitários, mostra-se plenamente viável, uma vez que é seu dever de ofício zelar pela integridade do meio ambiente e pelo cumprimento das normas de proteção ambiental e saúde pública, razão pela qual sua conduta enquadra-se no previsto no art. 11, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.429/92.

A conduta do Prefeito que nada faz para resolver o problema da adequada rede de coleta, tratamento e disposição final de efluentes é duplamente ofensiva à legalidade, se considerarmos que o poder público e seus agentes têm o dever não só de não degradar, dever este que, de resto, é de todos nós, mas acima de tudo têm o múnus de combater a poluição ambiental provocada pelos outros (art. 23, VI, da Constituição da República). Em casos tais há uma omissão duplamente ilícita, pois, com a ciência e conivência de seu governante, o Município, ente constitucionalmente incumbido de impedir a degradação do meio ambiente, torna-se, ele próprio, o agente poluidor.

Para além disto, haverá hipóteses em que a conduta ambientalmente nociva do gestor municipal acarretará prejuízos ao erário (caso em que houver multas pecuniárias ou execuções por TACs não cumpridos – especialmente quantia certa). Nestas situações, restará igualmente configurada a improbidade administrativa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

[1)] Art. 2°, I a III

[2)] REsp. 28222/SP - 1992/0026117-5, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. Ac. Min. Nancy Andrighi, T2 Segunda Turma STJ, j. 15/02/2000, pub. 15/10/2001 **DJ**. p. 253

Minuta ACP - efluentes sanitários

EXMO(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE XXXXX/MG

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS,** pelos Promotores de Justiça ao final assinados, com fulcro nos arts. 127, 129, III, e 225, da Constituição Federal, bem como no art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93 e na Lei nº 7.347/85, vem propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE LIMINAR**, em face de:

1) **MUNICÍPIO DE XXXX**, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, CNPJ nº XXXXX, a ser citado na pessoa do Prefeito Municipal, XXXX, com endereço na Rua XXXXX, e

2) **COMPANHIA MINEIRA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS – COPASA/MG (APENAS SE O MUNICÍPIO EM QUESTÃO HOUVER FEITO A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO)**, Sociedade de Economia Mista, CNPJ nº xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Belo Horizonte/MG, em razão dos fatos e direitos a seguir expostos:

1. DOS FATOS

O incluso Inquérito Civil foi instaurado pelo Ministério Público para apurar as circunstâncias do tratamento de esgoto sanitário no Município de XXXX.

Durante as investigações, constatou-se que no município não existe sistema de tratamento do esgoto, sendo que o efluente sanitário é coletado e lançado diretamente nos cursos d'água, conforme laudo pericial de fls. XXX.

Em XX/XX/XXXX, o Município de XXX celebrou um convênio de cooperação e um contrato de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, com a Companhia Mineira de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG, conforme docs. de fls. XX/XX. (SE FOR O CASO)

Contudo, conforme a prova pericial coligida, verifica-se que, até a presente data, as obras da estação de tratamento não foram iniciadas. Nem ao menos as licenças ambientais para a instalação da ETE foram obtidas.

De acordo com a Nota Técnica que instrui o incluso Inquérito Civil (fls. XX/XX), **a omissão dos réus vem causando sérios prejuízos ao meio ambiente e à saúde da população**. Sabe-se que inúmeras doenças graves (SETTI, Arnaldo Augusto et al. **Introdução ao Gerenciamento de Recursos Hídricos**. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Águas, 2001. p. 49.) estão relacionadas ao lançamento de esgoto in natura nos corpos hídricos, tais como Amebíase, Leptospirose, Hepatite Infecciosa, Giárdiase, Escabiose e Esquistossomose. Além disso, a destinação inadequada de esgotos sanitários é a principal causadora de poluição das águas superficiais e subterrâneas no Estado de Minas Gerais.

A matéria orgânica eliminada por meio dos esgotos sanitários contribui ainda para a perda de oxigênio da água, em virtude da proliferação de bactérias aeróbicas, causando enormes prejuízos à fauna e à flora (*v.g.* mortandade de peixes, proliferação de algas, diminuição da atividade fotossintética).

Essa situação poderia ser diferente, caso a COPASA e, de forma solidária, o Município estivem cumprindo o contrato de concessão de serviço público de tratamento de esgoto. (MENÇÃO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOMENTE SE FOI APLICÁVEL AO CASO CONCRETO)

Diante disso, sem outra alternativa para impedir a perpetuação da atividade lesiva ao meio ambiente e à saúde pública, o Ministério Público vale-se da presente Ação Civil Pública para coibir a prática ilícita e exigir a adequação da destinação do esgotamento sanitário no Município de XXX à legislação em vigor.

2. DOS FUNDAMENTOS

2.1. DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NATURAL

A Constituição da República alçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental e erigiu-o a princípio orientador da ordem econômica e social, impondo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, senão vejamos:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; […]

VII- proteger a fauna e flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade.

§ 3º. as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos."

No mesmo sentido a Constituição Mineira:

"Art. 214. Todos têm direito a Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. […]

§ 5º - A conduta e a atividade consideradas lesivas ao Meio Ambiente sujeitarão o infrator, pessoa física ou jurídica, a sanções administrativas, sem prejuízo das obrigações de reparar o dano e das cominações penais cabíveis."

Consoante a lição de Édis Milaré, *"ao proclamar o meio ambiente como 'bem de uso comum do povo', foi reconhecida sua natureza de 'direito público subjetivo', vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo"*. (**Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 186.)

Isto porque a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento do mais importante dos valores fundamentais: o direito à vida, seja pela ótica da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência (qualidade de vida).

A Constituição Federal inseriu a proteção ao meio ambiente na competência comum de todos os entes federados:

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: […]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas"

O art. 2º da Lei nº 6.938/81 elenca, dentre outros, como princípios da Política Nacional do Meio Ambiente a *"ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo", bem como o "planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais"*.

Já o art. 3º do mesmo diploma legal conceitua poluição, como sendo *"a degradação da qualidade*

ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população
b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas
c) afetem desfavoravelmente a biota;
d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Dentro deste contexto, a Resolução CONAMA nº357, de 17 de março de 2005, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, além de estabelecer as condições e padrões de lançamento de efluentes, estatui:

"Art. 24. Os efluentes de qualquer fonte poluidora somente poderão ser lançados, direta ou indiretamente, nos corpos de água, após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências dispostos nesta Resolução e em outras normas aplicáveis."

"Art. 25. É vedado o lançamento e a autorização de lançamento de efluentes em desacordo com as condições e padrões estabelecidos nesta Resolução."

Em complementação, a Resolução do CONAMA n° 430/2011, dispõe:

"Art. 4º - Para efeito desta Resolução adotam-se as seguintes definições, em complementação àquelas contidas no art. 2º da Resolução CONAMA no 357, de 2005: [...] VII - Esgotos sanitários: denominação genérica para despejos líquidos residenciais, comerciais, águas de infiltração na rede coletora, os quais podem conter parcela de efluentes industriais e efluentes não domésticos."

"Art. 7º - O órgão ambiental competente deverá, por meio de norma específica ou no licenciamento da atividade ou empreendimento, estabelecer a carga poluidora máxima para o lançamento de substâncias passíveis de estarem presentes ou serem formadas nos processos produtivos, listadas ou não no art. 16 desta Resolução, de modo a não comprometer as metas progressivas obrigatórias, intermediárias e final, estabelecidas para enquadramento do corpo receptor."

"Art. 11 - Nas águas de classe especial é vedado o lançamento de efluentes ou disposição de resíduos domésticos, agropecuários, de aquicultura, industriais e de quaisquer outras fontes poluentes, mesmo que tratados."

2.2. DO SANEAMENTO BÁSICO

O art. 2º da Lei nº 11.445/07 (Política Nacional de Saneamento Básico), estabelece que os serviços públicos de saneamento básico serão prestados em observância aos princípios fundamentais: *"integralidade, compreendida como conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados"* e *"abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente"*.

O art. 3º da mencionada lei dispõe que:

"Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: [...]

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações

prediais até o seu lançamento final no meio ambiente."

No mesmo sentido, a Lei Estadual nº 11.720/94 (Política Estadual de Saneamento Básico), estabelece como um de seus objetivos assegurar a proteção da saúde da população e a salubridade ambiental urbana e rural, estabelecendo que:

"Art. 2º - Para os efeitos desta lei, considera-se:

I - salubridade ambiental o conjunto de condições propícias à saúde da população urbana e rural, quanto à prevenção de doenças veiculadas pelo meio ambiente e à promoção de condições mesológicas favoráveis ao pleno gozo da saúde e do bem-estar;

II - saneamento básico o conjunto de ações, serviços e obras que visam a alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental por meio de:

a) abastecimento de água de qualidade compatível com os padrões de potabilidade e em quantidade suficiente para assegurar higiene e conforto;
b) coleta e disposição adequada dos esgotos sanitários."

"Art. 3º - A execução da política estadual de saneamento básico, disciplinada nesta lei, condiciona-se aos preceitos consagrados pela Constituição do Estado, observados os seguintes princípios:

I - direito de todos ao saneamento básico;

II - autonomia do município quanto à organização e à prestação de serviços de saneamento básico, nos termos do art. 30, V, da Constituição Federal."

Da simples leitura dos dispositivos transcritos conclui-se que **todos tem direito ao saneamento básico, que compreende não apenas abastecimento de água potável, mas também coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente.**

Vale dizer, o saneamento básico, por estar diretamente conectado às condições de higiene e saúde, é um direito fundamental e inalienável de todo cidadão. Como salienta o Juiz Federal Nivaldo Brunoni (A tutela das águas pelo município. In: **Águas, aspectos jurídicos e ambientais**. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). 2 ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 85.), os investimentos de saneamento básico que forem efetuados redundarão em economia na área da saúde pública e, com a política de municipalização do SUS adotada pelo governo federal, intensifica-se ainda mais a incumbência do poder público local em reverter as distorções e as deficiências no setor.

Sobre o tema, José Roberto Guedes de Oliveira e Valdir Aparecido Alves, esclarece:

"A água é elemento químico essencial para o desenvolvimento da vida humana e de outros seres, podendo dizer que a água poluída não resulta em equilíbrio ecológico, pois não apresenta características essenciais ao ecossistema. Nesse contexto, não há também qualidade de vida, pois as alterações dos padrões normais fere a vida biológica na qual o homem está inserido, trazendo certas patologias indesejadas pelo ser humano. Como já foi citado, cerca de 80 das patologias que atingem o homem, são contraídas através da água." (**Meio Ambiente Natural**. Disponível em: http://www.cnrh-srh.gov.br/artigos/mambiente_nat_guedes.html. Acesso em: 29 de mar. 2012).

Em Minas Gerais, desde 20 de janeiro de 1960, a Lei Estadual nº 2.126 **proíbe expressamente o lançamento de efluentes sanitários brutos em qualquer corpo hídrico**, *in verbis*:

"Art. 1º - Fica proibido, a partir da data da publicação desta Lei, em todo o território do Estado de Minas Gerais, lançar nos cursos de água - córregos, ribeirões, rios, lagos, lagoas e canais, por meio de canalização direta ou indireta, de derivação ou de depósito em local que possa ser arrastado pelas águas

pluviais ou pelas enchentes, sem tratamento prévio e instalações adequadas, qualquer resíduo industrial em estado sólido, líquido ou gasoso, e qualquer tipo de esgoto sanitário proveniente de centro urbano ou de grupamento de população.

Art. 2º - Após o tratamento, os resíduos industriais ou esgotos sanitários podem ser lançados nos cursos de águas, desde que apresentem as seguintes características, verificadas mediante testes e provas de laboratório: a) oxigênio dissolvido - igual ao do curso de água; b) demanda bioquímica de oxigênio - igual à do curso de água; c) sais minerais dissolvidos em suspensão, ou precipitados, nas mesmas condições e proporções em quem os contiver o curso de água, in natura.

Art. 3º - Os infratores desta Lei incorrerão na multa de Cr$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros) e, no caso de reincidência, na proibição de funcionamento do estabelecimento até que sejam feitas as instalações de tratamento necessárias.

Art. 4º - As Prefeituras Municipais, cujas sedes contem mais de 10.000 habitantes, terão o prazo de um ano, a contar da data da publicação da presente Lei, para providenciar o tratamento de esgotos sanitários provenientes do centro urbano.

Parágrafo único. Os grupamentos de população inferior a 10.000 habitantes terão o prazo de dois anos para satisfazer as exigências desta Lei."

Também merece destaque as disposições da Lei Estadual nº 13.317/99 (Código Estadual de Saúde), que reforça a obrigatoriedade de tratamento dos efluentes sanitários:

"Art. 48. A construção considerada habitável será ligada à rede coletora de esgoto sanitário.

§ 1º Quando não houver rede coletora de esgoto sanitário, o órgão prestador do serviço indicará as medidas técnicas adequadas à solução do problema.

§ 2º As medidas individuais ou coletivas para tratamento e disposição de esgotamento sanitário atenderão às normas técnicas vigentes."

"Art. 49. O sistema público de coleta de esgoto tratará o esgoto coletado antes de lançá-lo em curso de água.

Parágrafo único. É vedado o lançamento de esgoto sanitário em galeria ou rede de águas pluviais."

Verifica-se que a legislação mineira considera o saneamento básico como serviço público essencial, por estar diretamente ligado à saúde e ao meio ambiente. Na verdade, são serviços urbanos fundamentais, uma vez que estão intimamente ligados aos direitos à vida, à moradia digna, à saúde, ao meio ambiente, e à própria dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem reiteradamente reconhecendo a obrigação do município e da concessionária (SE FOR O CASO) de adotar todas as medidas cabíveis para tratar o efluente sanitário. Vejamos:

"CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL - REALIZAÇÃO DE OBRA - DEVER CONSTITUCIONAL MUNICIPAL - DIREITO DIFUSO - OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - REEXAME NECESSÁRIO - NÃO CABIMENTO. [...] Diante da incontroversa poluição promovida pelo Município aos cursos d'água que deságuam em grande reservatório que serve às comunidades ribeirinhas, impõe-se obrigar o ente público a construir estação de tratamento do esgoto por ele produzido, como providência mínima constitucionalmente exigida a fim de se coibir atuação danosa ao meio ambiente. 3 - Remessa oficial não conhecida e recurso voluntário não provido." (AC N° 1.0702.06.326626-7/003, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 8ª C. Cível, j. 20/25/2010, p. 24/08/2010).

"REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. SANEAMENTO. TRATAMENTO DE ESGOTO. RESPONSABILIDADE. PODER PÚBLICO. A Lei n° 7.347/85, em seu art. 5°, permite a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, inclusive com a instauração de inquérito civil, quando se verificar a existência de danos ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Ao Poder Público cabe a implantação de saneamento básico a toda população, responsabilizando-se, além do fornecimento de água, pelo tratamento dos efluentes, evitando que o esgoto sanitário atinja rios e nascentes, perpetuando os recursos naturais para as próximas gerações." (AC N° 1.0112.04.050392-5/002, Rel. Des. Antônio Sérvulo, 6ª C. Cível, j. 24/10/2006, p. 09/11/2006).

"CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microssistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio-ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente do lançamento de esgotos e derivados, no Córrego do Açudinho, importa em flagrante violação ao meio ambiente e, por conseqüência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazer, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. […]". (AGRAVO Nº 1.0388.04.004682-2/001 – REL. DESª. MARIA ELZA – J. 21/10/2004).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. CONDENAÇÃO DA COPASA E DO MUNICÍPIO DE CORAÇÃO DE JESUS ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. APELAÇÃO DA COPASA, NO QUE TANGE À OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER (NÃO LANÇAR O ESGOTO NO CÓRREGO CANABRAVA, ANTES DE TOMAR AS DEVIDAS PRECAUÇÕES). APELANTE ALEGA IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR O LANÇAMENTO EM OUTRO LOCAL, ANTES DE SER CRIADA A ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO. É INEGÁVEL O DANO AMBIENTAL SE A REDE COLETORA CONTINUAR FUNCIONANDO SEM A CONSTRUÇÃO DA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO - ETE. A COPASA E O MUNICÍPIO SÃO RESPONSÁVEIS PELA IMPLANTAÇÃO DE UM CORRETO SISTEMA DE ESGOTAMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO". (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.337425-3/000 –REL. DES. RONEY OLIVEIRA – J. 20/11/2003).

No mesmo sentido orienta-se o Tribunal Regional da 4ª Região:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. PRAZOS PARA PROJETO E IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETORA E ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO Mantêm-se os prazos fixados pelo *decisum* dizendo com a apresentação de projeto e início da implantação de rede coletora e de estação de tratamento de esgoto mostrando-se razoáveis. Os altos níveis de poluição, a ausência de medidas eficazes da municipalidade e do serviço público de saneamento básico, bem como a falta de sistema de coleta e de tratamento do esgoto sanitário, exigem interferência judicial para defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado." (TRF 4ª Região – AI 200404010207990 – SC – j. 05/04/2006 – Rel. Des. Amaury chaves de Athayde)

Sobre o tema, Wallace Paiva Martins Júnior (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Despoluição das Águas.

Revista dos Tribunais, vol. 720, p. 58-72.) leciona que:

“Compelir o Município a obrigação de não fazer consistente na cessação da atividade nociva à qualidade de vida, de despejo de efluentes ou esgotos domésticos in natura nas águas, ou de obrigação de fazer consistente na prestação de atividade devida, de efetuar o lançamento desses esgotos submetidos ao prévio tratamento e na conformidade dos padrões ambientais estabelecidos é, em última análise, impor-lhe o dever de cumprimento da lei, de preservação do ambiente e de combate a prevenção à poluição para cessar atividade nociva ao meio ambiente e prestar atividade devida decorrente de lei.

Depara-se a questão diante do poder-dever vinculado, não de uma opção administrativa discricionária porque o ordenamento jurídico é enfático ao exigir da administração pública a realização de um dado ato, de conteúdo (objeto) explícito na norma, seja por prestação negativa (abster-se de poluir), seja por prestação positiva (submeter a prévio tratamento), que, em resumo, fundem-se numa única e prioritária preocupação material de evitar a poluição das águas.”

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu expressamente que a obrigação de implantar o sistema de tratamento de esgoto é solidária entre a concessionária e o poder concedente, *in verbis*: (SE NO CASO CONCRETO HOUVER A CONCESSÃO DO SERVIÇO)

“DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL - ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE - DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL) - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO - OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1° da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.” (REsp. 28222/SP - 1992/0026117-5, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. Ac. Min. Nancy Andrighi, T2 Segunda Turma STJ, j. 15/02/2000, pub. 15/10/2001 DJ. p. 253).

Diante da farta normatização (estadual e federal) que proíbe expressamente o lançamento de esgoto sanitário *in natura* em cursos d’água, aliada aos inúmeros precedentes jurisprudenciais que reconhecem a gravidade do problema, os requeridos devem ser compelidos a interromper o lançamento de esgoto sanitário bruto em quaisquer cursos d’água, devendo implantar imediatamente sistema de tratamento adequado.

2.3. DA INDENIZAÇÃO PELOS CUSTOS DA PERÍCIA

Com fundamento no princípio do poluidor-pagador, deve ser imposta aos réus a obrigação de ressarcir os valores correspondentes ao custo da realização da perícia pelo Ministério Público, que, conforme planilha de fl. XX, perfaz a quantia de **R$ XXX**.

O dever do causador do dano de custear a realização de perícia elaborada pelo Ministério Público já foi expressamente reconhecido em várias decisões do TJMG, merecendo destaque o voto do Des. Elias Camilo, que, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0183.07.127674-9/001, manifestou nos seguintes

termos:

"[...] Passando adiante, tenho também merecer reforma o decisum vergastado quanto ao ressarcimento das custas com a realização da perícia técnica pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente - CAOMA, elaborado para fins de instrução do Inquérito Civil Público que deu origem a presente demanda. Isso porque, ao contrario do afirmado, restou devidamente comprovado o valor despendido pelo Ministério Público na elaboração do referido laudo, conforme formulário de f. 245 do inquérito civil apenso, qual seja, R$130,84 (cento e trinta reais e oitenta e quatro centavos), impondo-se, portanto, a procedência do pedido inicial de condenação do apelado ao pagamento de tais despesas [...]"

O mesmo entendimento foi consignado na seguinte decisão:

"[...] condenação ao ressarcimento, pelo vencido, do custo de realização de vistoria e confecção do laudo em sede de inquérito civil público deve ser mantida, na medida em que o art. 20, §2º, do CPC, prevê o pagamento todas as despesas que o autor antecipou para o ajuizamento da ação, sendo certo, por outro lado, que os municípios são isentos do adiantamento de custas, mas não do reembolso das despesas adiantada." (TJMG; APCV-RN 3181938-98.2009.8.13.0105; Governador Valadares; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Maurício Barros; Julg. 31/01/2012; **DJEMG** 10/02/2012).

3. DO PEDIDO LIMINAR

Diante do quadro fático exposto e das relevantes razões jurídicas deduzidas, imperiosa se faz a concessão de liminar, impondo-se aos réus a obrigação solidária de adotar imediatamente todas as medidas necessárias para implantar e colocar em funcionamento sistema de tratamento do esgoto sanitário do Município de XXX, pois estão presentes os requisitos insertos no art. 12 da Lei n° 7.437/85 c/c art. 84, §§ 3o e 4o da Lei 8.078/90.

Os fatos alegados encontram-se cabalmente demonstrados pelo conjunto probatório carreado aos autos, mormente pelo laudo pericial, pela Nota Técnica e pelas informações prestadas pelos próprios réus.

O *fumus boni iuris* decorre de toda legislação invocada, dos princípios orientadores do Direito Ambiental e Sanitário, dos inúmeros acórdãos citados, bem como do conjunto probatório que acompanha a inicial, os quais não deixam dúvidas quanto à ilegalidade da conduta praticada pelos réus.

Basta uma análise perfunctória dos fatos narrados e do direito aviventado para concluir que o procedimento adotado pelos réus para destinar o esgoto do município é manifestamente degradante ao meio ambiente e à saúde da população.

O comportamento aqui refutado, se não coibido com rapidez e rigor, não causará apenas danos ambientais graves, contaminando a água e o solo, mas também comprometerá a saúde da população.

E é justamente deste argumento que decorre o receio de ineficácia do provimento jurisdicional final (*periculum in mora*).

Vale dizer, o lançamento de esgoto sanitário *in natura*, sem qualquer tipo de tratamento prévio, forma arcaica e condenável, acarreta a contaminação das águas superficiais e subterrâneas, causando sérios prejuízos à fauna e à flora. Além disso, constitui perigoso foco de disseminação de doenças graves.

Logo, se a situação persistir, danos irreversíveis poderão advir para a saúde da população e para o meio ambiente.

Diante do exposto, requer seja concedida, com fundamento no art. 12 da Lei n° 7.437/85 c/c art. 84, §§ 3o e 4o da Lei 8.078/90, **MEDIDA LIMINAR** a fim de compelir os réus a implantar sistema de tratamento do esgoto sanitário do Município de XXXX, a ser operado de acordo com as normas ambientais pertinentes,

além de interromper o lançamento de efluentes sanitários in natura em quaisquer cursos d'água.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer:

4.1) A concessão da medida **liminar**, a fim de compelir os réus, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a solidariamente:

4.1.1) Adotar todas as medidas necessárias para a obtenção das licenças ambientais do sistema de tratamento do esgoto sanitário.

4.1.2) Implantar o sistema de tratamento do esgoto sanitário do Município de XXXX, e, em seguida, iniciar suas atividades, dando a destinação adequada aos efluentes sanitários, mediante o cumprimento das exigências legais e de todas as condicionantes fixadas pelo órgão ambiental competente.

4.1.3) Interromper o lançamento de efluentes sanitários, sem tratamento prévio, no solo e nos cursos d'água.

4.1.4) Para garantir o cumprimento da liminar, requer seja fixada multa cominatória diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais), a ser revertida para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência nº 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 44.751/08.

4.2) Seja determinada a citação dos réus, nos termos e para os fins legais;

4.3) Ao final, seja confirmada a liminar e julgados procedentes os pedidos, a fim de se condenar os réus a solidariamente, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

4.3.1. Adotar todas as medidas necessárias para a obtenção das licenças ambientais do sistema de tratamento do esgoto sanitário.

4.3.2. Implantar o sistema de tratamento do esgoto sanitário do Município de XXXX, iniciar suas atividades, dando a destinação adequada aos efluentes sanitários, mediante o cumprimento das exigências legais e de todas as condicionantes fixadas pelo órgão ambiental competente.

4.3.3. Interromper o lançamento de efluentes sanitários, sem tratamento prévio, no solo e nos cursos d'água.

4.3.4. Para garantir o cumprimento da sentença, requer seja fixada multa cominatória diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais), a ser revertida para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

4.3.5. Pagar o valor de **R$ XXXX**, em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - FUNEMP, conta corrente 6167-0, Ag. 1615-2, Banco do Brasil S/A, para ressarcir os gastos com a perícia realizada no Inquérito Civil.

4.4) A condenação dos réus ao pagamento dos honorários periciais e outras despesas necessárias para a instrução do processo;

4.5) A produção de todos os meios de prova admitidos, especialmente testemunhal, pericial, depoimento pessoal dos representantes legais dos réus e juntada de novos documentos, pugnando, desde já, pela inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII c/c art. 117, ambos da Lei nº. 8.078/90.

> Atribui-se à causa o valor de R$XX.000.000,00 (XX milhões de reais).
>
> Feito isento de custas, nos termos do artigo 18 da Lei n° 7.347/85.
>
> **XXXXXX**
>
> **Promotor de Justiça**

Minuta TAC - efluentes sanitários

TERMO DE COMPROMISSO

Pelo presente instrumento, de um lado, o **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, fulcrado no artigo 5º da Lei 7.347/85, por seus Promotores de Justiça ao final assinados, doravante denominado **COMPROMITENTE**, e de outro lado o **Município de** ....., neste ato representado pelo senhor Prefeito Municipal,..... ..... doravante denominado **COMPROMISSÁRIO**, celebram o presente compromisso mediante as seguintes cláusulas e condições:

CLÁUSULA PRIMEIRA – O presente termo de compromisso tem por objeto a correção e ajustamento dos sistemas de coleta, tratamento e destinação final dos efluentes (esgotos) domésticos e industrial do município ..... , sendo que, pelo presente instrumento, o **COMPROMISSÁRIO** reconhece que a atual gestão de efluentes está em desacordo com as normas legais pertinentes, vindo a ensejar poluição ambiental.

CLÁUSULA SEGUNDA – O Compromissário se obriga, diretamente ou mediante concessão de serviços públicos, a dotar o Município de ..... de um sistema de tratamento de efluentes sanitários, composto de interceptores, emissários, eventuais elevatórias e da imprescindível Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), no prazo de 02 (dois) anos a contar da assinatura do presente termo de acordo com o projeto técnico a ser aprovado pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo primeiro: Após o prazo transcorrido nesta cláusula, o **COMPROMISSÁRIO** se obriga a colocar em operação, amparado pelas licenças ambientais devidas, sistema que atenda integralmente a toda a população municipal, com eficiência mínima de 90% (noventa por cento), cabendo ao **COMPROMISSÁRIO** analisar a pertinência de instalação de técnicas e alternativas de tratamento de esgoto sanitário menos complexas para eventuais comunidades afastadas da sede municipal e que não demandem a instalação de Estação de Tratamento de Esgoto autônoma.

Parágrafo segundo: O Projeto Técnico, a que se refere esta cláusula, sua execução e operação deverão atender às determinações da NBR 12.209, bem como outras normas técnicas e ambientais que venham a complementa-la ou sucede-la.

CLÁUSULA TERCEIRA: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se, diretamente ou mediante imposição contratual a concessionária de serviços públicos, a formalizar requerimento de licença prévia ambiental perante o órgão ambiental competente, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da celebração do presente termo.

Parágrafo único: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a apresentar ao **COMPROMITENTE** comprovação do Preenchimento do FCEI (Formulário de Caracterização do Empreendimento Integrado) e cópia do FOB (formulário de orientação básica), no prazo de 10 (dez) dias após sua efetivação.

CLÁUSULA QUARTA: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se apresentar ao COMPROMITENTE cópia do certificado das necessárias licenças ambientais (Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação), no prazo de 10 (dez) dias contados da sua obtenção.

CLÁUSULA QUINTA: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a concluir as obras, atividades, serviços e projetos técnico-ambientais, aptos à efetiva implantação e funcionamento do sistema completo de esgotamento sanitário, inclusive com a implantação da imprescindível da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), de forma a serem colocadas em operação regular e licenciada até o prazo máximo de 02 (dois) anos a contar da assinatura deste termo, realizando o tratamento de 100% do esgoto municipal.

Parágrafo único: Caso seja feita a concessão do serviço público, o COMPROMISSÁRIO obriga-se a impor expressamente o cumprimento do prazo e das condições previstas no *caput* em cláusula no contrato de concessão, sob pena de descumprimento do presente Termo de Ajustamento de Conduta para todos os fins de direito.

CLÁUSULA SEXTA: Após o decurso do prazo para a implantação do sistema de coleta, tratamento e disposição final de efluentes previsto neste termo de compromisso, o **COMPROMISSÁRIO** se compromete a somente lançar efluentes nos corpos receptores após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências dispostos na Resolução CONAMA 430/2011, Deliberação Normativa COPAM 01/08, bem como em outras normas ambientais que venham a complementá-las ou sucede-las, comprometendo-se, ainda, a não permitir o lançamento de efluentes sanitários em cursos d'agua sem o devido tratamento previsto neste documento.

Parágrafo único: O lançamento de efluentes não poderá conferir ao corpo receptor características de qualidade em desacordo com as de seu enquadramento/classificação nos termos estabelecidos pelas normas ambientais vigentes, em especial, Resolução CONAMA 357/2005.

CLÁUSULA SÉTIMA: Para fins de licenciamento ambiental da atividade de coleta, tratamento e disposição final de efluentes, o **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a atender às determinações do órgão licenciador no curso do processo de análise e concessão da licença, nos prazos fixados, apresentando os documentos e informações que porventura forem requisitados, de forma a cumprir o prazo para instalação e funcionamento satisfatório do sistema de coleta tratamento e disposição final de efluentes estipulado neste termo de compromisso. A não conclusão dos procedimentos de licenciamento, por omissão do **COMPROMISSÁRIO** ou da concessionária, implica em descumprimento do presente Termo de Ajustamento de Conduta para todos os fins de direito.

CLÁUSULA OITAVA: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a adotar as providências cabíveis – nos prazos legais, desde que haja pedido expresso do usuário do serviço – para fazer as obras e interligar as residências, indústrias, comércio e empreendimentos em geral, às redes coletoras de esgotos e derivados, de modo que todos os detritos produzidos sejam coletados e levados à ETE, naquilo que for de sua responsabilidade.

CLÁUSULA NONA: O **COMPROMISSÁRIO** obriga-se a fazer a coleta de água e monitoramento da qualidade desta, em relação aos corpos hídricos situados a montante e a jusante da Estação de Tratamento de Efluentes, conforme programa de automonitoramento a ser apresentado à SUPRAM no procedimento de licenciamento, além de apresentar os resultados dos 03 (três) primeiros estudos ao COMPROMITENTE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da conclusão de cada análise.

CLÁUSULA DÉCIMA: Considerando os impactos não mitigaveis/recuperáveis causados pela disposição inadequada dos efluentes, o **COMPROMISSÁRIO**, a título de compensação ambiental, assume a obrigação de elaborar e executar projeto de recuperação e preservação de nascentes situadas em áreas degradadas do município.

Parágrafo primeiro: O **COMPROMISSÁRIO** se obriga a apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias, o projeto técnico de recuperação de nascentes, o qual deverá ser firmado por profissional portador de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica. O referido projeto especificará as áreas municipais a serem contempladas pelo projeto, bem como indicará cronograma detalhado de execução, cujo prazo total não poderá ultrapassar os 18 (dezoito) meses.

Parágrafo segundo: O **COMPROMISSÁRIO** deverá executar o projeto de recuperação e preservação de nascentes nos estritos termos apontados no cronograma, sob pena de caracterizar inadimplemento com a

consequente incidencia das penalidades previstas neste documento.

Parágrafo terceiro: Desde já o **COMPROMISSÁRIO** assume a obrigação de providenciar eventuais alterações que sejam sugeridas pelo **COMPROMITENTE** quando da análise do projeto.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA: A fim de proceder à instalação e operação de sistema de coleta, tratamento e disposição final de efluentes, o **COMPROMISSÁRIO** poderá firmar contrato de concessão de serviços públicos com empresa técnica competente para tanto.

Parágrafo primeiro: Caso o **COMPROMISSÁRIO** venha a firmar contrato de concessão de serviços públicos, deverá o **COMPROMITENTE** ser informado no prazo máximo de 30 (trinta) dias após a assinatura dos documentos correspondentes.

Parágrafo segundo: No caso previsto nesta cláusula, sem prejuízo das responsabilidades assumidas pela empresa concessionária, o **COMPROMISSÁRIO** permanecerá sendo responsável pelo atendimento de todas as cláusulas previstas neste documento, as quais permanecerão com integral vigência.

CLÁUSULAS GERAIS

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: O descumprimento (total ou parcial) ou atraso injustificado de qualquer uma das obrigações elencadas neste termo sujeitará o **COMPROMISSÁRIO** ao pagamento de multa diária, a ser suportada **pessoal e solidariamente pelo gestor municipal**, no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada obrigação e/ou prazo descumpridos.

Parágrafo primeiro: Se por qualquer motivo não for possível a integral quitação da multa cominatória prevista no *caput*, o Município responderá solidariamente pelos valores devidos, mediante a penhora/bloqueio da verba destinada à publicidade.

Parágrafo segundo: O valor mencionado no *caput* será revertido para o FUNDIF – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Banco do Brasil S/A – n° 001, Agência n° 1615-2, Conta Corrente n° 7175-7), criado pela Lei Estadual nº 14.086/2008 e regulamentado pelo Decreto n.º 44.751/08.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA: As obrigações assumidas no presente termo são consideradas de relevante interesse ambiental e não excluem a responsabilidade civil, criminal e administrativa.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA: Este compromisso não inibe ou restringe, de forma alguma, as ações de controle, fiscalização e monitoramente de qualquer órgão ambiental, nem limita ou impede o exercício, por ele, de suas atribuições, prerrogativas legais e regulamentares.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: O presente termo de compromisso de ajustamento de conduta produzirá efeitos legais a partir da data de sua assinatura e terá eficácia de título executivo extrajudicial, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 6º da Lei nº. 7.347/85 e artigo 585, VII do Código de Processo Civil, ou de título executivo judicial, caso homologado pelo Juízo competente, nos termos do artigo 475-N, III, do Código de Processo Civil.

E por estarem assim ajustados, assinam o presente **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**, em 03 (três) vias de igual teor, forma e idêntico conteúdo jurídico.

6.11. Meio Ambiente Urbano - a defesa da ordem urbanística

Promotora de Justiça Marta Alves Larcher

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova ordem jurídica nacional e atribuiu ao Ministério Público papel preponderante no Estado Democrático de Direito inaugurado, alçando-o à categoria de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

É inegável que a partir da CF/88, as atribuições do Ministério Público ampliaram-se para além da atuação de *custos legis* e de *dominus* da ação penal, abarcando a defesa dos direitos mais caros da sociedade, a saber, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A mudança do perfil institucional inicialmente causou perplexidade nos diversos setores sociais, mas decorridas mais de duas décadas desde a promulgação da Carta de 1988, o Ministério Público é visto, sem margem de dúvidas, como um dos maiores aliados da sociedade brasileira na construção do verdadeiro Estado Democrático de Direito sonhado pelo constituinte.

Dentre o novo rol de atribuições da Instituição realça a defesa do consumidor, da saúde, da infância e juventude, dos idosos, dos deficientes, do patrimônio público *lato sensu* (englobados o erário propriamente dito e a defesa dos princípios da administração pública previstos no art. 37, *caput* da CF/88) do meio ambiente, e ainda, da ordem urbanística, definida por Carlos Ari Sundfeld como "conjunto de normas vinculantes que condicionam positiva ou negativamente a ação individual na cidade [1)]". Ou seja, podemos entender a ordem urbanística como conjunto de normas legais que regem e limitam a liberdade individual e as atividades em geral no espaço urbano em prol do bem comum.

Exemplo de norma urbanística é a que estabelece a obrigatoriedade de licença dos órgãos públicos municipais para exercício de atividades comerciais no espaço urbano, das normas que instituem zoneamentos com escopo de evitar proximidade de usos incompatíveis, que proíbem o exercício de determinadas atividades no horário noturno, que disciplinam o parcelamento do solo, que instituem áreas *non aedificandi*, que disciplinam o direito de construir, entre outras.

As normas urbanísticas compõem, por certo, o Direito Urbanístico, do ramo do Direito Público, e são de aplicação cogente, no interesse social, vale dizer, são obrigatórias, não restando ao administrador público margem de discricionariedade para juízo de conveniência ou oportunidade na sua aplicação, tampouco ao particular opção, senão sujeitar-se aos seus ditames.

- 6.11.1. Competência em matéria urbanística
- 6.11.2. A atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística
- 6.11.3. Plano diretor
- 6.11.4. Uso e ocupação do solo: parcelamento do solo urbano
- 6.11.5. Chacreamentos rurais
- 6.11.6. Loteamentos fechados
- 6.11.7. Regularização fundiária de interesse social
- 6.11.8. As APPs Urbanas

6.11.2 – Competência em matéria urbanística

É bem de ver que o estudo do urbanismo por muito tempo limitou-se à academia e mais interessava aos arquitetos que aos juristas. Assim, não se podia cogitar de Direito Urbanístico como um conjunto de normas legais impositivas, sendo o urbanismo o mero estudo do planejamento urbano, despido de qualquer coercibilidade. Foi somente a partir da crescente industrialização da economia brasileira verificada após a década de 50 do século passado, com a conseqüente intensificação do crescimento urbano, que se iniciou a preocupação com o planejamento e controle da expansão urbana, através da normatização legal do urbanismo.

Infelizmente, a tardia normatização do urbanismo, dando-lhe caráter cogente, deu causa a um intenso e, quiçá, irreversível processo de exclusão econômica, social, política e espacial de grande parte das populações urbanas brasileiras, gerando cidades incapazes de atender as mínimas necessidades básicas de seus habitantes, a exemplo de acesso a trabalho, moradia, saúde, educação e transporte público com dignidade, estando nossas cidades longe de cumprir sua *função social*, preconizada na CF/88.

O processo de urbanização brasileiro caracterizou-se basicamente pela criação de dois mundos distintos e freqüentemente inconciliáveis: a cidade formal, regular, planejada, aprovada de acordo com normas e projetos urbanísticos, com acesso aos serviços públicos e a cidade informal, caracterizada principalmente pela autoconstrução, sem qualquer observância das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo e despida das mínimas condições de infraestrutura urbana, a exemplo de iluminação pública, pavimentação das vias, abastecimento de água, esgotamento sanitário, áreas de lazer, praças, áreas verdes, decorrendo da urbanização desenfreada e sem planejamento enorme degradação ambiental, com prejuízo direto à qualidade de vida da população e comprometendo a preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

Sensível ao processo, o constituinte de 1988 de forma pioneira incluiu no texto constitucional um capítulo para dispor sobre a política urbana, arts. 182 e 183, em que estabeleceu em linhas gerais as diretrizes para o processo de urbanização, atribuindo, por exemplo, competência aos Municípios para elaborar e implantar sua *política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo* ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, bem ainda a obrigatoriedade de Plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes.

Na distribuição das competências legislativas, o constituinte deferiu competência concorrente aos entes federados para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I), cabendo à União editar normas gerais (art. 24, § 1º), aos Estados, Distrito Federal e Municípios, normas suplementares (art. 24, § 2º e art. 30, II) e, finalmente, aos Municípios, dispor sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e ainda promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

No exercício de sua competência constitucional, a União editou a Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, norma geral em direito urbanístico, cabendo aos demais entes da federação suplementar o diploma legal citado, editando normas legais para atender suas peculiaridades locais, sem, contudo, contrariar as normas gerais federais.

Assim, verifica-se que a competência municipal em matéria urbanística pode ser exercida de forma bastante ampla, disciplinando tudo quando for de interesse local, bem ainda instituir sua política de desenvolvimento urbano, mercê da edição de leis diversas, a exemplo do Plano Diretor, Lei de Uso e Ocupação do Solo, Código de Posturas e Obras, dentre outras que reputar necessárias ao adequado planejamento e ordenamento das atividades urbanas.

6.11.3 – A atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística

Como restou acima dito, as normas urbanísticas, quer sejam federais, estaduais ou municipais são de aplicação cogente e de interesse social. Sendo o Ministério Público instituição que tem por função a defesa judicial e extrajudicial da ordem jurídica e dos direitos difusos, dentre outras tantas atribuições, cabe-lhe atuar em prol da obediência e observância da ordem urbanística. Nem se diga que seria essa uma atuação menor, pois estando o respeito à ordem urbanística intrinsicamente relacionado ao adequado ordenamento e planejamento urbanos, a atuação do Ministério Público pode ser decisiva no cumprimento das normas legais referidas para garantir a função social da cidade e a qualidade de vida no meio urbano. E mais: o Estatuto da Cidade expressamente conferiu à ordem urbanística a natureza de direito difuso, a ser tutelado pelo Ministério Público, inserindo o inciso VI no art. 1º da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública.

E se assim não fora, a atuação do Ministério Público em prol da ordem urbanística já seria possível, se considerarmos que o meio ambiente construído ou urbano é um dos aspectos do meio ambiente, direito difuso por excelência. Na lição de Hugo Nigro Mazzilli:

> O conceito é tão amplo que permite considerar praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas do solo, do subsolo, do ar, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis nº 6.938/81 e nº 7.347/85. Também se incluem na noção de meio ambiente diversos valores integrantes do chamado patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, arqueológico, turístico e paisagístico). Contrapõe-se ao meio ambiente natural (o solo, a água, a vida, etc.) ao artificial (a interação do homem ao ambiente, como o chamado patrimônio cultural – urbanismo, zoneamento, paisagismo, monumentos históricos, meio ambiente do trabalho, etc.)[2].

Os instrumentos à disposição do Ministério Público para defesa da ordem urbanística e do meio ambiente urbano são os mesmos rotineiramente usados para atuação em outros ramos, a saber, o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, a ação civil pública, a recomendação, a ação de improbidade administrativa, a ação penal, etc.

As áreas de atuação do *Parquet* concernentes à defesa da ordem urbanística e do meio ambiente urbano são ilimitadas. Para este manual prático de atuação, selecionamos, contudo, os temas *Plano Diretor* e *Uso e Ocupação do Solo Urbano*, com enfoque nas questões do (a) parcelamento do solo urbano para implantação de empreendimentos imobiliários (loteamentos e desmembramentos), (b) chacreamentos rurais, © loteamentos fechados, (d) regularização fundiária de interesse social e (e) APPS urbanas, mais recorrentes na atuação diária do Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo.

Esperamos sinceramente que nossa singela contribuição ao manual possa servir para aprimoramento da atuação dos Promotores de Justiça que militam na área, colocando-nos desde logo à disposição para sugestões de aperfeiçoamento do material produzido.

Registramos, por fim, que todos os roteiros práticos integrantes deste manual, assim, como as peças processuais (petições iniciais, denúncias, recursos, etc) e extrajudiciais (portarias, recomendações, requisições, ofícios, representações, quesitos, termos de ajustamento de conduta, etc.), além de artigos doutrinários, jurisprudência e legislação pertinente estão disponíveis para consulta na página da Coordenadoria Estadual das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo – CEPJHU.

6.11.4 – Plano diretor

6.11.4.1 - A obrigatoriedade dos Municípios em editar seus planos diretores

Conceito e importância do plano diretor

Os teóricos do urbanismo sempre concordaram com o entendimento de que o planejamento era essencial para o adequado desenvolvimento e expansão urbanos. Todavia, nos primórdios do *urbanismo*, a atividade de planejamento era mera opção política do administrador público, ou seja, cabia ao gestor decidir se editava ou não normas jurídicas de planejamento urbano. A omissão, contudo, não acarretava qualquer sanção jurídica. Em razão disso, pouquíssimas cidades brasileiras adotaram mecanismos legais e cogentes de planejamento. As conseqüências da omissão não tardaram a surgir. O crescente processo de êxodo rural, com transferência de enormes contingentes de população do campo para as cidades, desacompanhado de uma política habitacional voltadas para a população de baixa renda nas cidades deu origem a processos marginais de ocupação do solo, a exemplo de cortiços, loteamentos totalmente insustentáveis do ponto de vista ambiental e urbanístico, além de dar início a um acelerado processo de favelização de nossas cidades.

O cenário começou a mudar a partir da CF/88 que instituiu um capítulo voltado para a *política urbana*, consagrando a normatividade do planejamento urbano ao dispor que o

> > Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º).

Com a edição da CF/88, o plano diretor, de instrumento facultativo, passou à categoria de instrumento indispensável para a adoção de políticas de desenvolvimento urbano. Em que pese haver instituído a obrigatoriedade da edição de plano diretor aos Municípios com mais de 20 mil habitantes, o constituinte não previu qualquer sanção para o descumprimento da norma, tampouco o conteúdo mínimo do plano diretor.

Destarte, cumpre observar que o plano diretor deverá ser criado através de lei municipal, aprovada pela respectiva Câmara de Vereadores, afastada a possibilidade de edição de decretos com tal conteúdo, em razão dos termos peremptórios do art. 182, § 1º, da CF/88, até porque no regime democrático atual é inconcebível estabelecerem-se limitações à propriedade privada e às atividades em geral senão por meio de lei (princípio da legalidade – art. 5º, II, da CF/88). A iniciativa da lei, contudo, não é privativa do Poder Executivo, podendo partir de qualquer vereador ou mesmo do povo (iniciativa popular – CF/88 – art. 61, § 2º). Todavia, considerando as peculiaridades do projeto de lei de plano diretor, cuja elaboração deve ser precedida da realização de estudos e diagnósticos da realidade local, preferencialmente conduzidos por equipe multidisciplinar, recomenda-se que a iniciativa seja do Poder Executivo, que está melhor aparelhado para conduzir o processo de debates e consultas populares.

Coube ao legislador infraconstitucional ao editar a Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, regulamentar o dispositivo constitucional, instituindo outras hipóteses de obrigatoriedade do plano diretor, prazo para edição da lei, seu conteúdo mínimo, procedimentos para sua elaboração e atualização e ainda sanções jurídicas para o descumprimento do dever de editar o plano diretor. Coube ao Estatuto da Cidade definir os contornos da chamada função social da propriedade urbana, aduzindo que

> > […] a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

> (art. 39, da Lei nº 10.257/2001).

Assim, verifica-se que a propriedade urbana atende sua função social quando é exercida em consonância com os princípios e diretrizes de ordenação da cidade estabelecidos no plano diretor. Ora, se um imóvel urbano é utilizado para atividade não autorizada pelo zoneamento instituído pelo plano diretor, podemos dizer que a propriedade privada não está cumprindo sua função social.

Além disso, a utilização dos diversos e importantes instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade, a exemplo de IPTU progressivo, parcelamento, utilização ou edificação compulsórios, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, transferência do direito de construir, entre outros, depende de prévia previsão e autorização pelo plano diretor.

6.11.4.2 – A obrigatoriedade e abrangência do plano diretor

De acordo com o art. 41 do Estatuto da Cidade:

> Art. 41 – O plano diretor é obrigatório para cidades:
>
> I – com mais de vinte mil habitantes;
>
> II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
>
> III – onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
>
> IV – integrantes de área de especial interesse turístico;
>
> V – inseridas na área de influência de empreendimento ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.
>
> VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (incluído pela Lei nº 12.608, de 2012).

A primeira hipótese legal de obrigatoriedade de instituição do plano diretor é dos municípios com mais de 20 mil habitantes. Na página da CEPJHU consta relação dos municípios mineiros que se enquadram nessa hipótese, observando-se que a população a considerar à data da promulgação do Estatuto da Cidade é aquela fixada com base no censo realizado pelo IBGE no ano de 2000. Outrossim, tão logo atinja o patamar populacional de 20 mil habitantes, os demais Municípios ficam automaticamente obrigados a editar seus planos diretores.

A segunda hipótese de obrigatoriedade legal de instituição de plano diretor é para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observando-se que em Minas Gerais existem duas regiões metropolitanas, a de Belo Horizonte, criada pela Lei Complementar estadual nº 89/06, composta por trinta e quatro Municípios e a do Vale do Aço, criada pela Lei Complementar estadual nº 90/06, composta por quatro Municípios.

A terceira hipótese de obrigatoriedade engloba aqueles municípios que pretendam fazer uso dos instrumentos de política urbana previstos na CF/88, a saber, parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação em caso de não edificação, subutilização ou não utilização do imóvel urbano.

A quarta hipótese legal de obrigatoriedade de edição do plano diretor é a dos municípios integrantes de áreas

de especial interesse turístico, a exemplo dos municípios que integram os chamados *circuitos turísticos,* observando-se que cabe ao Ministério do Turismo emitir declaração de *especial interesse turístico.* A obrigatoriedade, na hipótese, justifica-se considerando que o turismo é nitidamente atrativo de novas atividades e moradores para o Município, incrementando o crescimento econômico e populacional, ensejando a necessidade de planejamento do desenvolvimento e expansão urbanos de modo a permitir o atendimento da função social da cidade, mercê da oferta de moradia, saúde, educação, transporte coletivo, trabalho e melhoria da infraestrutura urbana, como abastecimento de água, esgotamento sanitário, entre outros. Atualmente, os Municípios listados na Deliberação Normativa 432/2002 da EMBRATUR estão obrigados a editar plano diretor.

Devem editar plano diretor os municípios que se situam em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Da mesma forma, a instalação de novos empreendimentos em seu território traz para o Município grandes contingentes de novos moradores, havendo necessidade de conhecer-se essa demanda por serviços públicos e estabelecer a forma de atendê-la, mediante o adequado planejamento. Nesse caso, cabe ao empreendedor, a título de medida compensatória, a critério do órgão ambiental, dar início ao processo de elaboração do plano diretor, contratando consultorias e estudos necessários, arcando com todos os custos do processo até a promulgação da lei (art. 41 §1º da Lei 10.257/2002).

A Resolução Recomendada n. 22/2006 do Conselho Nacional das Cidades estabelece os critérios e diretrizes para regulamentação da matéria pela União, Estados e Distrito Federal, o conteúdo mínimo dos estudos técnicos a serem elaborados pelo empreendedor para apontar ou não a necessidade de incidência da medida compensatória em referência e a forma de cálculo dos valores.

Finalmente, a Lei 12608/2012 acrescentou mais uma hipótese de obrigatoriedade de elaboração de plano diretor, a saber, Municípios incluídos em cadastro nacional de áreas sujeitas a acidentes geológicos, deslizamentos e enchentes, fixando prazo de 04(quatro) anos para elaboração.

A lista de Municípios referida pelo inciso ainda não foi elaborada pela União, através do Ministério da Integração Nacional/Secretaria Nacional de Defesa Civil, contrariando o disposto na Lei Federal 12.608/2012. Todavia, consta no site do Ministério da Integração Nacional uma relação de 821 de Municípios brasileiros, incluindo os mineiros com maior recorrência de inundações ou deslizamentos.[3)]

Cumpre ressaltar que o plano diretor deve englobar todo o território municipal, inclusive o rural, justamente porque o crescimento urbano se dá em direção ao campo.

6.11.4.3 – Prazo para editar o plano diretor

O Estatuto da Cidade, em sua redação original, fixou prazo até 10/10/2006 para os municípios que se enquadram no art. 41, incisos I e II, editarem seus planos diretores (art. 50). Contudo, a Lei 11.673/2008, estendeu o prazo para edição do plano diretor nos casos previstos no artigo 41, I e II, até 30 de junho de 2008. No caso dos Municípios que se enquadrem na hipótese do inciso VI, o artigo 42A §4º estabelece o prazo de 05 (cinco) anos a partir da inclusão na lista do Ministério da Integração Nacional, para os Municípios que ainda não tiverem elaborado o plano diretor. Nas demais hipóteses, não existe prazo estipulado. Contudo, é entendimento pacífico que a obrigatoriedade surge a partir do momento em que o Município se enquadre na hipótese legal. Por exemplo, no caso do inciso IV, deverá o Município iniciar o processo de elaboração do plano diretor tão logo passe à condição de *área de especial interesse turístico*, assim declarado pelo Ministério do Turismo.

Além de estabelecer prazo para a edição do plano diretor, o Estatuto da Cidade dispõe que os planos diretores editados devem ser atualizados, no mínimo, a cada dez anos (art. 40, § 3º). Para os planos editados anteriormente à vigência do Estatuto, o prazo de dez anos começa a fluir a partir da vigência da Lei nº 10.257/2001, ou seja, a partir de 10/10/2001.

Não obstante o prazo máximo de dez anos para atualização obrigatória do plano diretor, quando se dará profunda revisão da lei, para adaptá-la à contínua e dinâmica realidade social, é possível que neste interregno,

sejam realizadas alterações pontuais no diploma legal, que deverão obviamente ser precedidas de todas as cautelas exigíveis para elaboração da lei, tais como consultas populares, audiências públicas, etc.

6.11.4.4 – As sanções jurídicas pela não edição do plano diretor

O descumprimento da obrigatoriedade em editar o plano diretor traz sérias conseqüências ao gestor municipal, além de privar o Município de seu principal *instrumento de planejamento do desenvolvimento e crescimento urbano*, impossibilitando-o de utilizar os importantes instrumentos de política urbana previstos na CF/88 e no Estatuto da Cidade, conforme acima explicitado.

Destarte, não editar o plano diretor nas hipóteses previstas no art. 41, incisos I e II, da Lei Federal nº 10.257/2001, no prazo previsto no art. 50 do mesmo diploma, com a redação introduzida pela Lei Federal 11.673/2008, bem ainda deixar de promover sua atualização no prazo previsto no art. 40, § 3º sujeita os gestores públicos à responsabilização por improbidade administrativa, nos termos do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade. Não se trata de nova modalidade de improbidade administrativa, senão aquela já prevista no art. 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429/92, decorrente da violação aos princípios da administração pública, em especial, da legalidade, da eficiência e da moralidade.

Além disso, está sujeito à responsabilização por ato de improbidade administrativa o gestor público que deixar de garantir ou impeça durante o processo de elaboração da lei e de sua atualização a efetiva participação popular, nos termos do art. 52, VI, c/c art. 40, § 4º.

Finalmente, devemos aduzir que, ainda que nas hipóteses do art. 41, incisos IV e V, não haja prazo para aprovação do plano diretor, entendemos que o gestor público estará também sujeito à responsabilização por improbidade administrativa, desde que, implementada a condição legal de obrigatoriedade, não adote as providências necessárias para editar a lei.

6.11.4.5 – Conteúdo mínimo do plano diretor

O Estatuto da Cidade indicou em seus arts. 42 e 42A o conteúdo mínimo do plano diretor. No caso de o Promotor de Justiça constatar que a lei aprovada não atende ao dispositivo legal, convém editar recomendação para complementação do plano diretor em prazo determinado, sob pena de improbidade administrativa do gestor municipal, sem prejuízo de celebração de termo de ajustamento de conduta ou ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto obrigação de fazer.

A Resolução nº 34/05 do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades dispõe sobre o conteúdo mínimo do plano diretor, devendo o Promotor de Justiça consultar o ato normativo referido para verificar se os planos diretores dos municípios integrantes da comarca onde atua atendem aos requisitos legais.

6.11.4.6 – Procedimentos de elaboração do plano diretor

O Estatuto da Cidade estabelece que tanto durante o processo de elaboração quanto de atualização do plano diretor (art. 40, § 4º), deve ser assegurada a participação popular, mediante realização de audiências públicas, como consectário lógico dos princípios da democracia participativa e da gestão democrática da cidade, previsto o último no art. 2º, II, da Lei nº 10.257/2001.

A matéria vem regulamentada na Resolução nº 25/2005 e na Resolução Recomendada nº 83/2009 do Conselho Nacional das Cidades/Ministério das Cidades e a inobservância da participação popular acarreta a responsabilização do gestor municipal por improbidade administrativa, conforme acima deduzido, além de ensejar eventual ação civil pública com escopo de obter a suspensão do plano diretor e a declaração de inconstitucionalidade por vício formal durante sua elaboração, pela via da ação direta de incostitucionalidade.

6.11.4.7 – Conclusão

Como restou dito, o plano diretor é um importante instrumento de planejamento do desenvolvimento e crescimento urbano. No exercício de seu mister, deve o Promotor de Justiça zelar pelo cumprimento das normas legais que instituíram a obrigatoriedade de edição do plano diretor, processo participativo social e prazos previstos no Estatuto da Cidade, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para fazer cumprir as disposições legais.

Destarte, ainda que o Município não se enquadre nas hipóteses legais de obrigatoriedade, deve o Promotor de Justiça buscar conscientizar os gestores públicos da importância da edição de plano diretor, como instrumento de planejamento preventivo para evitar o crescimento urbano desordenado. Com essa atuação, o Promotor de Justiça estará contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, bem ainda zelando pela qualidade do meio ambiente urbano, assegurando às presentes e futuras gerações o direito às cidades sustentáveis e à paulatina eliminação das desigualdades sociais, mercê da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

6.4 – Técnicas de atuação: roteiro prático

Expedir ofício ao Município (que se enquadre em uma das hipóteses legais) e que não tenha plano diretor aprovado ou revisto dentro do prazo legal[4] e ofício à câmara de vereadores para que informem a situação do respectivo plano diretor (em elaboração, em tramitação, aprovado etc.), enviando cópia à Promotoria de Justiça, se ele estiver aprovado, considerando-se os arts 41 e 50 da Lei federal nº 10.257/2001[5].

Os municípios inseridos em áreas de interesse turístico também estão obrigados à elaboração de seus planos diretores[6] (art. 41, IV, do Estatuto da Cidade). Embora não haja, na lei, previsão de prazo limite para a edição dos planos diretores, o Ministério Público deve buscar o quanto antes o cumprimento dessa relevante obrigação em caso do Município já se enquadrar nessa situação jurídica, ou tão logo venha a obter a declaração pertinente do Ministério do Turismo.

Verificar se foi encaminhada recomendação ao Município à época do Plano Geral de Atuação 2004. O CAO-MA enviou, por meio do Ofício Circular nº 02/2004, modelo da referida recomendação salientando a necessidade de recomendar ao Município a elaboração do Plano Diretor e inclusão no orçamento para o fim do art. 52, VII, da Lei nº 10.257/2001. Tal verificação é necessária para fins de melhor comprovação do dolo.

Se o plano diretor ainda não tiver sido aprovado ou revisto com descumprimento do prazo legal ou sem participação popular efetiva, propor ação pleiteando a condenação por ato de improbidade administrativa[7] do Prefeito municipal, integrantes da Câmara de Vereadores e outros agentes públicos eventualmente responsáveis, com fulcro no art. 52, inc. VII, do referido Estatuto, e no art. 11, inc. II, da Lei Federal nº 8.429/92 (ver mod. ref. improbidade). No âmbito penal, encaminhar representação à Procuradoria Especializada em Crimes Praticados por Prefeitos Municipais, com documentos comprobatórios da desídia do agente público municipal, para oferecimento de denúncia em virtude do delito previsto no art. 68, da Lei Federal nº 9.605/98.

Sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa, remeter recomendação ao Prefeito Municipal e a todos os Vereadores para que concluam a aprovação ou revisão do plano, de modo célere[8], respeitando os parâmetros técnicos preestabelecidos no Estatuto da Cidade e nas Resoluções nº 25 e nº 34, ambas de 2005, do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades.

Se o plano diretor estiver aprovado, verificar se os seus termos se compatibilizam com a Lei nº 10.257/2001 e com as Resoluções nº 25/2005 e nº 34/2005, do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades. A primeira aborda o processo de participação cidadã na elaboração, implementação e execução do plano diretor; a segunda prevê o conteúdo mínimo que esse plano deve conter. Se o plano não tiver observado tais parâmetros, podendo, inclusive, gerar danos ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural, propor ação civil pública (mod. ref. suspensão), com pedido de suspensão *in concreto* dos efeitos do plano diretor[9]. Considerar também a necessidade de participação no processo de elaboração dos planos diretores (ver mod. ref. Participação 1 e mod. ref. participação 2). Obs: O CAO-MA elaborou um *check-list* visando facilitar a verificação do atendimento às exigências previstas nas resoluções do Ministério das Cidades/Conselho das Cidades.

Em caso de inconstitucionalidade do plano diretor, expedir representação à Procuradoria-Geral de Justiça, para que proponha a ADIN pertinente (em relação à Constituição do Estado de Minas Gerais).

6.5 – Uso e ocupação do solo: parcelamento do solo urbano

6.5.1 – Parcelamento do solo urbano: loteamentos e desmembramentos clandestinos e irregulares

6.5.1.1 – O uso e a ocupação do solo urbano na CF/88

De forma inovadora, o constituinte de 1988 trouxe para o seio da Magna Carta a preocupação da sociedade brasileira com o tema do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, instituindo um capítulo específico para a política urbana. Os arts. 182 e 183 da CF/88 traçam linhas gerais sobre o planejamento do desenvolvimento e expansão urbanos, que se darão, via de regra, mediante aprovação de leis urbanísticas, em especial do plano diretor, obrigatório para Municípios que se enquadrem nas hipóteses indicadas no artigo 41 da Lei Federal 10.257/2001, além de dispor sobre a função social da propriedade, a desapropriação do imóvel urbano não utilizado ou subutilizado, matérias intimamente relacionadas com a preservação do meio ambiente, pois sabidamente a ocupação urbana desordenada tem como conseqüência direta a degradação ambiental, com prejuízo à qualidade de vida, a escassez dos recursos naturais, dentre outras mazelas. Além disso, a CF/88 outorgou aos Municípios a competência para

> […] promover no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

Não é novidade que a urbanização brasileira caracterizou-se pelo crescimento rápido e sem planejamento das cidades a partir dos fins da década de 50 do século passado, tendo como conseqüência do processo, cidades despreparadas para acolher o imenso contingente humano e absorver as demandas sociais, especialmente nos

aspectos de trabalho e moradia, com conseqüências negativas tais como colapso do sistema de transporte coletivo, congestionamento no trânsito, aumento dos processos erosivos, assoreamento dos rios, impermeabilização dos solos, como fator desencadeante das enchentes, proliferação de favelas, ocupação de áreas de proteção ambiental, precariedade de saneamento básico, desemprego, violência, etc.

Infelizmente, a sociedade brasileira ainda não tem a cultura de defesa dos espaços urbanos, tampouco da defesa da qualidade de vida urbana e o respeito às normas urbanísticas. Ao contrário, as normas urbanísticas são diuturnamente desconsideradas tanto pelo cidadão comum, como muitas vezes pelo próprio poder público, que se julga imune ao cumprimento das leis ou, deliberadamente, se omite na fiscalização de seu cumprimento.

6.5.1.2 – Urbanismo, ordem urbanística e direito urbanístico

Para perfeito entendimento dos conceitos que serão utilizados neste artigo, impõe-se de plano diferenciar os termos *urbanismo*, *ordem urbanística* e *direito urbanístico*, que muitas vezes são confundidos. O urbanismo é a ciência do planejamento das cidades, afeta aos arquitetos. Já ordem urbanística ou direito urbanístico é o conjunto de leis que planejam e disciplinam as diversas atividades nas cidades. O direito urbanístico é um ramo interdisciplinar do direito, estreitamente relacionado ao direito público e constitucional, cuja legislação é considerada de natureza cogente, porque de interesse geral e visa à ordenação racional dos espaços urbanos, à funcionalidade desses espaços e à boa qualidade de vida das pessoas que neles vivem. José Afonso da Silva ressalta que

> […] as normas urbanísticas, por serem de direito público, são compulsórias, cogentes […] porque regulam […] uma função pública – que é a atividade urbanística do poder público, conformando, por outro lado, a conduta e as propriedades dos particulares a seus ditames.[10)]

6.5.1.3 – Efeitos da inobservância das normas urbanísticas

A inobservância das normas urbanísticas traz como conseqüências graves problemas para o adequado ordenamento das atividades no espaço urbano, com comprometimento da qualidade de vida dos habitantes e do meio ambiente, podendo-se citar, à guisa de exemplo, os seguintes gravames:

1 - a desarticulação do traçado viário interno do parcelamento com as vias oficiais prejudica a circulação de pessoas e coisas difusamente consideradas, e não só os moradores de um bairro;

2 - as vias públicas de um loteamento, abertas sem observância das normas municipais relativas à largura, inclinação e ao seu tamanho, prejudicam, por exemplo, o atendimento do novo bairro pelos serviços de transporte coletivo e coleta regular do lixo, já que as estreitas ruas não permitem a circulação de veículos;

3 - a falta de pavimentação de uma rua provoca a erosão do solo, dificulta a trafegabilidade e pode gerar o desmoronamento das casas;

4 - a inexistência de rede coletora de esgoto dá lugar ao lançamento de esgotos *in natura* em córregos e no solo, poluindo cursos d'água e rios, contribuindo para a disseminação de doenças de veiculação hídrica;

5 - a falta de sistema de captação e drenagem de águas pluviais favorece o aparecimento de focos de doenças e contribui para o processo de erosão dos solos;

6- a impermeabilização dos terrenos impede a recarga do lençol freático e ocasiona a concentração das águas no solo, provocando enchentes, o que acaba por afetar a circulação, a habitação e a saúde pública;

7 - a não-observância das normas edilícias que estabelecem afastamentos frontais e laterais dos imóveis impede a circulação do ar e a iluminação das residências e dificulta ou impede a implantação de equipamentos urbanos (sistema de rede de água e esgoto, gás canalizado etc) pelo poder público, quando os imóveis são construídos no alinhamento da via;

8 - a invasão de áreas públicas reservadas nos loteamentos para praças, parques, espaços livres, áreas verdes e institucionais impede a fruição desses espaços pela coletividade e impede o poder público de proporcionar meios de lazer e de implantar equipamentos comunitários, a exemplo de postos de saúde e escolas, obrigando a população ali residente a grandes deslocamentos para atendimento de suas necessidades básicas, etc;

9 - o desrespeito às leis de zoneamento pode produzir danos à coletividade, como a implantação próxima de usos inconciliáveis e incompatíveis, a exemplo do caso da construção e funcionamento de um *Shopping Center* em zona residencial, atraindo maior fluxo de pessoas e automóveis, congestionando as vias projetadas para trânsito local.

6.5.1.4 – A legitimidade do Ministério Público para defesa da ordem urbanística

A observância da ordem urbanística interessa a pessoas indeterminadas ou determináveis. Quando violados os interesses e direitos que derivam das relações urbanísticas, de natureza difusa, surge para o Ministério Público o dever de tutelá-los (arts. 127 e 129 da CF/88, art. 1º, VI, da Lei nº 7.347/85).

6.5.1.5 – Parcelamento do solo urbano – Lei Federal nº 6.766/79

A questão do parcelamento do solo urbano é um dos principais aspectos relacionados ao uso e à ocupação do solo. O regramento da atividade de parcelamento do solo urbano interessa a toda a coletividade, sendo dever do poder público aprovar previamente qualquer empreendimento desta natureza, bem ainda acompanhar todas as intervenções para implantação de loteamentos e desmembramentos, a fim de assegurar o fiel cumprimento das normas urbanísticas. Devemos observar que o parcelamento pode tanto se dar para fins urbanos quanto para fins rurais. A nós interessa o parcelamento do solo urbano, impondo-se aduzir que o parcelamento para fins rurais é regulado pelo Estatuto da Terra (LF nº 4.504/64) e pelo Decreto-Lei nº 58/45, devendo ser observado o módulo rural mínimo fixado pelo INCRA para a região.

Os empreendimentos de parcelamento do solo para fins urbanos são aqueles que transformam o imóvel indiviso em bairros, vilas ou cidades. Implicam a implantação de lotes destinados a edificações residenciais, comerciais ou industriais, atendidos por equipamentos urbanos (redes de água e de esgoto, de iluminação pública, de telefonia, etc) e equipamentos comunitários (escolas, postos de saúde, áreas de lazer, etc). São rurais os parcelamentos voltados às atividades nitidamente extrativistas, agrícolas, de pecuária e agroindustriais, nos termos do art. 4º, I e II, da Lei Federal nº 4.504/64 – Estatuto da Terra.

A Lei federal nº 6.766/79 é o diploma legal que rege, em linhas gerais, a atividade de parcelamento do solo urbano. Os Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar normas suplementares desde que não contrariem as disposições gerais da norma federal[11]. A Lei nº 6.766/79, em seu art. 2º, prevê duas modalidades de parcelamento do solo urbano: o loteamento e desmembramento. Os §§ 1º e 2º do art. 2º dispõem:

> § 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes".

> § 2º - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

6.5.1.6 – Exigências legais para o regular parcelamento do solo urbano

A atividade de parcelamento do solo urbano é pública por natureza, tanto que a violação das disposições legais que regulam a atividade constitui crime contra a administração pública (art. 50 da Lei nº 6.766/79).

Para regularidade urbanística e ambiental de um empreendimento de parcelamento do solo urbano, impõe-se a observância de todo um procedimento estabelecido pela Lei Federal nº 6.766/79, composto das seguintes fases a serem cumpridas pelo empreendedor:

1º) solicitação das diretrizes (art. 6º) ou apresentação de requerimento à prefeitura (art. 10);
2º) a licença ambiental, necessária para a aprovação, implantação e registro de loteamento ou desmembramento, pois qualquer parcelamento do solo é considerado atividade poluidora (Resolução CONAMA nº 237/97, DN COPAM nº 58/02 c/c DN COPAM nº 74/04). Observe-se que o porte do empreendimento vai determinar se o licenciamento ambiental se dará em âmbito estadual ou municipal;
3º) a prévia e necessária anuência do Estado de Minas Gerais, nas hipóteses do art. 13 da Lei nº 6.766/79. Atualmente quem autoriza são as Agências Metropolitanas de Belo Horizonte e do Vale do Aço para empreendimentos situados nas respectivas regiões metropolitanas e a SEDRU – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Urbano, no resto do Estado;
4º) aprovação do projeto pelo Município (art. 12), observada também a legislação local de parcelamento do solo urbano;
5º) após a aprovação pelos órgãos competentes, efetivação do registro no competente cartório de registro de imóveis onde se encontra matriculada a gleba parcelanda no prazo de 180 dias (art. 18, Lei nº 6.766/79), sob pena de caducidade;
6º) elaboração de contrato-padrão de compra e venda dos lotes contendo cláusulas e condições protetivas dos consumidores nos termos dos arts. 25 a 36 da Lei nº 6.766/79, que também deverá ser arquivado no RGI;
7º) estar a gleba parcelanda situada fora das áreas de risco ou de proteção ambiental e em zona urbana ou de expansão urbana (art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.766/79), sendo necessária prévia anuência do INCRA, quando houver a alteração de uso do solo rural para urbano (arts. 3º, *caput*, e 53, Lei nº 6.766/79);
8º) execução das obras de infra-estrutura exigidas pelos órgãos públicos no ato da aprovação e de licenciamento ambiental, ditadas pela Lei federal (art. 18, V, Lei nº 6.766/79 com a redação introduzida pela Lei federal nº 11.445/2007), estadual ou municipal. Observe-se que o mínimo de infra-estrutura a ser exigida está estabelecida na lei federal, podendo, contudo, os Municípios incluírem outras obras, desde que previstas em lei local.

6.5.1.7 – Loteamentos e desmembramentos clandestinos

Chama-se clandestino o parcelamento do solo urbano não aprovado pelo poder público e/ou não registrado no cartório de registro geral de imóveis. A clandestinidade do empreendimento impede que os adquirentes promovam a necessária matrícula de seus lotes no competente cartório do RGI. Consoante conceito legal, lote é

> […] o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe (art. 2º, § 4º, da Lei nº 6.766/79).

Ora, se o *lote* não atende aos índices urbanísticos, tampouco é servido de infra-estrutura básica, consoante conceito legal acima transcrito, sequer pode ser considerado *lote* para os efeitos jurídicos, não é passível de registro e matrícula no RGI, tampouco passível de edificação regular, já que não é dado ao poder público autorizar edificações urbanas sem obediência aos critérios legais.

Para melhor compreensão do que restou dito, basta aduzir que qualquer edificação urbana há de atender critérios tais como índice de coeficiente de aproveitamento, gabarito, afastamentos frontal e lateral, taxa de ocupação, índice de permeabilidade, entre outros, fixados em lei, conforme o zoneamento levado a efeito no plano diretor, em lei municipal de uso e ocupação do solo ou ainda no Código de Obras. Para se atender a esses critérios, necessário se faz que o *lote* tenha dimensões compatíveis com o zoneamento e esteja regularmente matriculado em cartório. Não sendo observados esses requisitos, não poderá o poder público conceder alvará de construção, tampouco o *habite-se*, o que acarreta irremediavelmente a clandestinidade da totalidade das edificações existentes nos loteamentos clandestinos, com prejuízos não só à ordem urbanística e ao meio ambiente, mas também danos ao erário, na medida em que normalmente não incide IPTU sobre tais imóveis clandestinos ou mesmo ITBI sobre as negociações translativas de posse ou propriedade realizadas.

A implantação de loteamentos clandestinos freqüentemente é responsável por vários danos ambientais e urbanísticos, como proliferação de habitações edificadas sem acompanhamento técnico, disposição de lixo a céu aberto ou nos cursos d'água, rápido crescimento populacional sem a necessária infra-estrutura urbana, a exemplo de equipamentos urbanos e comunitários, entre outros.

Via de regra, a implantação de parcelamentos clandestinos é seguida de expedientes, manobras e artifícios dos empresários, principalmente no tocante à alienação de lotes na forma de *frações ideais* para a implantação de supostos *condomínios*, ou *cessões de direitos possessórios*, tudo para ocultar a verdadeira natureza do empreendimento e burlar as disposições cogentes da Lei nº 6.766/79, expedientes que muitas vezes contam com a omissão dos Cartórios do Registro de Imóveis, que promovem a averbação de sucessivas transações envolvendo *frações com áreas e localização definidas* da gleba indivisa sem qualquer questionamento e em completa afronta às disposições do Código Civil que regulamentam o instituto do condomínio (arts. 1.314, parágrafo único, e 1.322).

Essa prática lesa os adquirentes porque normalmente os empreendedores, após a conclusão das vendas dos lotes, desaparecem sem implantar a mínima infra-estrutura urbana, deixando todo o ônus da urbanização para o poder público municipal, sabidamente sujeito a limitações orçamentárias, o que torna muito difícil a regularização de referidas ocupações em curto e médio espaço de tempo, contribuindo para que as populações ali residentes convivam anos a fio com a precariedade dos serviços públicos, dentre outras mazelas. Outrossim, diante da consolidação das ocupações, muitas vezes com construção de moradias em áreas de preservação *non aedificandi*, a regularização fundiária promovida pelo poder público tem por escopo apenas aprovar o que já está implantado, com sérios prejuízos ao meio ambiente urbano e à qualidade de vida urbana.

Ademais, o empreendedor somente está autorizado à venda de lotes após o necessário registro do ato de aprovação do empreendimento na matrícula do imóvel parcelando no competente cartório do RGI (art. 37 da Lei nº 6.766/79).

Assim, deve o Promotor de Justiça no exercício de seu *munus* averiguar outras circunstâncias que indiquem a implantação de um loteamento clandestino com simulação de condomínio, a exemplo de planta dispondo sobre a localização exata dos lotes, abertura de vias de circulação interligadas ao sistema viário da cidade, previsão de áreas públicas para praças, áreas verdes ou institucionais, que são próprias do sistema da Lei nº 6.766/79 e não da legislação de condomínio horizontal ou vertical (Lei nº 4.591/65), inexistência, nos contratos dos compradores, de normas pertinentes à legislação de condomínio, a exemplo de rateio de despesas para manutenção das áreas comuns, demarcação física dos lotes por estacas, etc.

6.5.1.8 – Loteamentos e desmembramentos irregulares

São irregulares os parcelamentos do solo que, embora aprovados e registrados na forma da legislação pertinente, não tiveram suas obras de infra-estrutura inteiramente executadas. A falta das obras de um loteamento pode acarretar danos ao meio ambiente urbano, a exemplo de erosão das vias públicas, causada pela falta de pavimentação e compactação do solo, impedindo a circulação de pessoas e veículos, concentração de resíduos domésticos, criando focos de poluição e de doenças, com perigo à saúde pública, deslizamentos, desmoronamentos, enchentes, e ainda, aos adquirentes dos lotes, que serão obrigados a habitar locais sem a infra-estrutura urbana básica.

Para a Lei federal (art. 18, V, Lei nº 6.766/79), as obras de infra-estrutura básica são as vias de circulação devidamente pavimentadas, a demarcação dos lotes, quadras e logradouros, as obras de escoamento das águas pluviais, a exemplo de meios-fios, bocas de lobo, galerias de captação e drenagem, etc. e ainda esgotamento sanitário, incluindo abastecimento de água potável, coleta e destinação ambientalmente adequada de esgoto, energia elétrica pública e domiciliar. Mas o Município, além das mencionadas obras obrigatórias, tem atribuição legal para exigir outras, desde que haja lei municipal prevendo a hipótese. É muito comum o loteador cobrar o custo dessas obras de infra-estrutura dos adquirentes, além das prestações pagas pela compra dos lotes, normalmente denominadas *cotas para abertura de ruas*, *cotas para iluminação pública e abastecimento de água*, dentre outros, quando o legislador, em verdade, estabeleceu essa obrigação de fazer ao primeiro, conforme cronograma de obras aprovado pelo poder público, inclusive com estabelecimento de garantias (caução, hipoteca, etc), o que pode gerar a composição dos danos sofridos pelos consumidores em decorrência da cobrança de valores indevidos (restituição dos valores pagos, mais perdas e danos).

Além disso, a inexecução de obras de infra-estrutura do loteamento no prazo previsto no cronograma de obras aprovado pelo poder público municipal configura o crime previsto no art. 50, inciso II, da Lei nº 6.766/79. Portanto, irregular é o parcelamento que, apesar de aprovado e registrado, não contém total ou parcialmente as obras para os equipamentos urbanos, que devem ser executadas no prazo máximo de quatro anos da data da aprovação do projeto (art. 18, V).

6.5.2 – Técnicas de atuação

6.5.2.1 – A instrução do inquérito civil

Parcelamento Clandestino

O Promotor de Justiça, ao tomar conhecimento de loteamento ou desmembramento clandestino em sua comarca, deve:

1º) instaurar inquérito civil, com a expedição de ofícios e outras providências a seguir indicados:
a) Cartório de Registro Geral de Imóveis da Comarca: requisitar cópia da matrícula do imóvel parcelando, mais a certidão do oficial do CRGI que comprove a existência ou não de loteamento ou desmembramento transcrito ou registrado; essa diligência, além de demonstrar eventual clandestinidade do parcelamento, a partir da inexistência de seu registro, possibilita a identificação do domínio do proprietário da gleba indivisa, pois o loteador pode não ser o proprietário da área; observe-se que a Lei nº 6.766/79 exige que o loteador detenha título de propriedade para parcelar o solo (arts. 9º, *caput*, 18, *caput* e incisos I e II);
b) Prefeitura municipal: requisitar informe o prefeito ou o secretário municipal responsável pela área de aprovação de parcelamentos se o empreendimento foi aprovado pela municipalidade, encaminhando cópias dos documentos pertinentes; requisitar também vistoria no local para constatar se houve movimentação de terra, terraplenagem, demarcação de quadras e lotes, abertura de ruas, indicando sua largura, inclinação, se houve

pavimentação, edificação de casas, desmatamento, assoreamento de cursos d'água ou nascentes e comprometimento de áreas de proteção ambiental ou *non aedificandi*, a exemplo de faixas de servidão de linhas de transmissão, entre outras;
c) SUPRAM ou órgão ambiental municipal, se o licenciamento ambiental for realizado no Município: requisitar informação sobre eventual licença ambiental do empreendimento, bem como vistoria atestando eventuais danos ao meio ambiente, mais as obras necessárias para a regularização do loteamento ou seu desfazimento, na hipótese de estar sendo implantado em áreas não parceláveis, a exemplo de imóveis rurais, áreas de preservação permanente, unidades de conservação, áreas poluídas, sujeitas a inundação, ou outras restrições decorrentes do próprio zoneamento do Município (art. 3º da Lei nº 6766/79);
d) SEDRU ou Agências Metropolitanas– requisitar informação sobre eventual anuência ao empreendimento nos casos previstos no art. 13 da Lei nº 6.766/79;
e) Autoridade policial: requisitar instauração de inquérito policial, com os documentos preliminares obtidos pela Promotoria (termo de declarações de compradores, do loteador, dos corretores de imóveis que venderam os lotes, certidão imobiliária do RGI, informações e vistoria da prefeitura, panfletos de propaganda, etc), pois, normalmente, o loteamento clandestino pode ter início com a venda de lotes, infringindo o art. 37 da Lei nº 6.766/79, ou com a alteração física da área parcelanda, ou com as duas atividades simultaneamente, o que já configura crime (art. 50 da Lei nº 6.766/79);
f) Ofício ao CREA, ao CRECI e à OAB: oferecer representação aos órgãos de classe, quando, na implantação de loteamentos clandestinos, houver a atuação de engenheiros, arquitetos, corretores de imóveis (ou imobiliárias) e advogados nos empreendimentos para que sejam adotadas as medidas administrativas punitivas pertinentes;
g) Oitiva do loteador: notificar o empreendedor a comparecer na Promotoria de Justiça, sob pena de condução coercitiva, para prestar esclarecimentos sobre o empreendimento, devendo apresentar documentos, a exemplo de comprovante de propriedade, matrícula do imóvel, aprovações dos órgãos públicos, cópias dos contratos de promessa de compra e venda dos lotes celebrados, plantas, memorial descritivo, etc;
Obs: Nesta fase, se o Promotor de Justiça já tiver de posse dos elementos de convicção e prova suficientes da existência do empreendimento e de sua ilegalidade, poderá propor ao loteador a assinatura de um termo de ajustamento de conduta para a regularização do parcelamento ou seu desfazimento, em caso de ser o empreendimento inviável, em qualquer caso, com a obrigação de ressarcir os danos aos compradores dos lotes e ao meio ambiente urbano e natural.
h) Notificação do art. 38 da Lei nº 6.766/79: essa notificação é formalidade necessária para comprovar a mora do loteador e externar a intenção do Ministério Público em paralisar a atividade ilícita, pela via administrativa, ensejando ainda a possibilidade aos adquirentes dos lotes para depósito das prestações no cartório do RGI, conforme preceitua o art. 38, § 1º, da Lei nº 6.766/79. Não obstante a providência referida, o loteamento poderá também ser embargado administrativamente pelo órgão ambiental ou pelo poder público municipal. As verbas obtidas mediante depósitos levados a efeito pelos adquirentes poderão ser levantadas pelo empreendedor, mediante alvará judicial, depois de regularizado o empreendimento, ouvidos o Município e o Ministério Público ou levantadas pelo Município, a título de ressarcimento, se a regularização for promovida pelo ente público, também por ordem judicial.
i) Oitiva do proprietário da gleba: eventualmente, o proprietário do imóvel parcelando não é o loteador, seja porque contratou terceira pessoa para realizar o empreendimento, seja porque a área foi invadida, indevidamente parcelada e negociados os lotes com terceiros, sendo necessário apurar o grau de responsabilidade do proprietário com o empreendimento ilegal, promovendo sua responsabilização civil, nos termos do art. 51 da Lei nº 6.766/79 e criminal, se for o caso. É comum herdeiros de uma gleba transferirem a gleba herdada para imobiliárias, independentemente de conclusão do inventário ou de alvará judicial, que ficam responsáveis por implantar o loteamento, mediante participação nos lucros auferidos pelos herdeiros com a venda de lotes.
j) Desconsideração da Personalidade Jurídica: quando o parcelamento é feito por uma pessoa jurídica é muito comum a insuficiência do seu patrimônio para responder pela regularização do empreendimento e pela indenização dos consumidores lesados. Assim, convém incluir no pólo passivo da ação ou no TAC celebrado os sócios da pessoa jurídica, em especial aqueles que participaram dos negócios jurídicos, firmando contratos, os que detinham o poder de gestão da sociedade ou os que extrapolaram do objeto estatutário para responderem civilmente com seu patrimônio pessoal pelos danos decorrentes dos atos ilícitos praticados. A desconsideração da personalidade jurídica em casos tais já é de há muito admitida por nosso ordenamento jurídico, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, *caput* e § 5º, do art. 47 da Lei nº 6.766/79 que fala da responsabilidade solidária e ainda o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que trata da responsabilidade objetiva do causador de danos ao meio ambiente (natural ou artificial).

Parcelamento irregular

A notícia de que o parcelamento aprovado e registrado não se encontra com as obras de infra-estrutura concluídas normalmente chega ao Promotor de Justiça através de representação de consumidores lesados pela prefeitura, pela COPASA e outros concessionários de serviços públicos, que passam a ser demandados pelas obras, e, ainda, eventualmente pelo cartório de registro de imóveis, pois o oficial do RGI é obrigado a comunicar ao Ministério Público sobre a existência de loteamento registrado, em que não tenha sido apresentado o termo de recebimento de obras, que é expedido pelo poder público municipal após a conclusão de todas as obras de infra-estrutura e que permite o levantamento ou cancelamento das cauções ou garantias oferecidas pelo empreendedor.

Ao tomar conhecimento de loteamento irregular, o Promotor de Justiça deverá instaurar procedimento investigatório, adotando as seguintes providências:
a) Cartório de Registro Geral de Imóveis: requisitar a remessa de cópias dos documentos arquivados no RGI, quando do registro do loteamento (do projeto, memorial descritivo, dos atos de aprovação e de licença, planta do loteamento, do contrato-padrão e instrumento de garantia para a execução das obras, etc), e certidão sobre averbação na matrícula da gleba parcelada de eventual termo de recebimento de obras. Os documentos em tela indicarão a regularidade formal do empreendimento, as obras a cargo do loteador previstas no ato de aprovação e respectivo prazo para execução, a garantia oferecida ao Município, a exemplo de hipoteca, fiança bancária, caução em dinheiro, entre outras, nos termos do art. 18, V, da Lei nº 6.766/79;

b) Prefeitura municipal: requisitar informe o Município se emitiu o termo de recebimento de obras (art. 18, V, Lei nº 6.766/79), encaminhando cópia do documento, se houver e que realize vistoria que ateste a inexecução das obras de infra-estrutura exigidas pela municipalidade e demais órgãos públicos quando da aprovação do loteamento, devendo ser identificadas as obras faltantes e estimativa de custos, o que permitirá, por exemplo, o decreto de indisponibilidade de bens do empresário para execução das obras ou execução da garantia oferecida. Deverá ainda o poder público informar se no prazo previsto no cronograma aprovado houve fiscalização das obras, encaminhando os relatórios elaborados, permitindo colher elementos para aferir a eventual responsabilização do poder público por omissão no seu dever de fiscalizar o cumprimento do cronograma aprovado.

c) Loteador: notificar o loteador para esclarecer o porquê da não-realização das obras no prazo previsto no cronograma; se o loteador for pessoa jurídica, requisitar à JUCEMG ou cartório do registro civil das pessoas jurídicas, os atos constitutivos e alterações societárias havidas, de modo a identificar os sócios com poderes de gerência no período previsto para realização das obras de infra-estrutura, a fim de responsabilizá-los solidariamente em eventual ação civil pública (art. 47 da Lei nº 6.766/79) ou através de termo de ajustamento de conduta.

6.5.2.2 - A ação civil pública

1º) Na petição inicial da ação civil pública ou no TAC celebrado deve-se incluir o Município como co-obrigado em razão de sua omissão seja na fiscalização de implantação de loteamento clandestino (é dever do Município exercer o controle sobre o uso e ocupação do solo urbano, nos termos do art. 30, VIII, da CF/88), seja na conclusão das obras de urbanização do loteamento aprovado (art. 40, Lei nº 6.766/79).

2º) Na hipótese de responsabilidade solidária ou conjunta de mais de um agressor do meio ambiente urbano, a exemplo de sócios da empresa loteadora, da imobiliária, do corretor, do advogado, do topógrafo, do arquiteto que elaborou a planta, deve-se descrever a conduta de cada um, bem como demonstrar a existência dos danos causados ao meio ambiente natural e urbano (soterramento de nascente, contaminação de cursos d'água, desmatamento, ocupação de APP, lotes com área inferior ao permitido pelo zoneamento, ausência de áreas verdes, institucionais, vias mais estreitas do que é permitido pela legislação, etc.)

3º) Os pedidos de obrigação de fazer ou não fazer devem ser:

a) ao loteador e co-obrigados, inclusive o Município omisso, para que solidariamente regularizem o loteamento clandestino com a elaboração de projeto e memorial descritivo, obtenção de diretrizes na prefeitura, aprovação dos órgãos públicos, licenciamento ambiental, registro no RGI, execução das obras de infra-estrutura, ressarcimento aos adquirentes lesados por eventual extinção de lotes, ou promovam o desfazimento do loteamento, se impossível de ser aprovado, como no caso de estar situado em área de proteção ambiental, pedindo-se a recomposição da gleba ao estado anterior, mediante apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) ao órgão ambiental competente, com a indenização pelos danos causados ao meio ambiente e aos adquirentes dos lotes;

b) ao loteador e ao Município, de forma solidária, no caso de loteamento irregular, que executem as obras de infra-estrutura previstas no ato de aprovação do empreendimento, devendo o último valer-se das garantias oferecidas pelo primeiro, se houver;

c) deve-se sempre estabelecer prazo para o cumprimento das obrigações;

d) cumular pedido de cominação de pena pecuniária no caso de descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer pedidas na inicial (astreintes);

e) Em sede de cautelar:

1) embargo das atividades, em caso de loteamento clandestino, até a efetiva aprovação do empreendimento, na forma da Lei nº 6.766/79;

2) colocação de placa anunciando a clandestinidade do empreendimento para evitar que novos consumidores desavisados venham adquirir outros lotes;

3) suspensão dos pagamentos das prestações, com depósito em conta à disposição do Juízo;

4) depósito judicial pelo loteador das quantias recebidas ou oferecimento de caução idônea para garantir a regularização do empreendimento e a execução das obras faltantes;

5) apresentação dos contratos celebrados e informação sobre as quantias pagas por cada um dos adquirentes;

6) indisponibilidade de bens dos responsáveis, com expedição de ofícios ao Banco Central, aos cartórios do RGI, à Bolsa de Valores, etc. Para assegurar o decreto judicial da indisponibilidade dos bens dos responsáveis é salutar que a inicial seja acompanhada de estimativa de custos das obras faltantes, pois os nossos tribunais mostram-se resistentes em decretar a indisponibilidade indiscriminada de todos os bens do réu.

Finalmente, registramos que é cabível o ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, com base no art. 11, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92 em desfavor do gestor público que deixar de embargar administrativamente loteamento clandestino de cuja implantação tenha notícia, deixar de executar a garantia concedida para execução das obras de infra-estrutura do empreendimento, liberação de caução antes da conclusão das obras ou na hipótese de emissão de termo de recebimento de obras antes da conclusão de todas as obras de urbanização.

6.5.2.3 – O inquérito policial

Parcelamento clandestino

Como restou acima evidenciado, a implantação de empreendimento de parcelamento do solo urbano não

aprovado pelos órgãos públicos competentes configura crime contra a administração pública previsto no art. 50, I, da Lei nº 6.766/79. Chegando o fato criminoso ao conhecimento do Promotor de Justiça criminal, deverá este adotar as mesmas providências para instruir o inquérito civil acima indicadas, expedindo as requisições necessárias para apuração adequada dos fatos, sendo possível o oferecimento de denúncia criminal a partir dos elementos de prova e convicção colacionados no Inquérito Civil, já que o Ministério Público pode oferecer denúncia criminal com base em quaisquer peças de informação, sendo prescindível a instauração de inquérito policial, nos termos do art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal.

Não sendo possível a realização de diligências iniciais pelo Promotor de Justiça, poderá ele requisitar diretamente da autoridade policial a instauração de inquérito policial juntando desde logo a documentação de que dispõe e indicando as diligências a serem realizadas para instrução do procedimento inquisitivo, apurando-se: a) como se iniciou o parcelamento clandestino (através de obras de terraplenagem, desmatamento, movimentação de terras, venda de lotes, etc); b) a data ou período de sua implantação (quando se iniciaram/realizaram as obras ou as vendas dos lotes); c) quantos são os adquirentes e quais lotes já estão edificados; d) perícia do local onde foi implantado (ou se pretende implantar) o parcelamento para comprovação da materialidade delitiva (observe-se que eventual laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística poderá instruir também o inquérito civil); e) a identidade do loteador e eventuais co-autores e partícipes, a exemplo de arquiteto, corretor, advogado, engenheiro, bem ainda do proprietário do imóvel parcelando, promovendo suas oitivas para prestar esclarecimentos sobre o parcelamento, devendo apresentarem os documentos pertinentes ao empreendimento (escritura da área, matrícula do imóvel, aprovações dos órgãos públicos, relação dos adquirentes dos lotes – com seus nomes e endereços, planta do loteamento, memorial descritivo, etc); f) identificar alguns adquirentes, promovendo suas oitivas para esclarecer a identidade do proprietário, vendedor e/ou outros participantes da implantação do loteamento clandestino; a localização do loteamento; tamanho e quantidade de lotes, juntando-se aos autos cópias dos respectivos contratos de promessa de compra e venda ou similar, etc.

Deve também o Promotor de Justiça oferecer representação aos órgãos de classe dos autores, co-autores e partícipes do crime, a exemplo do CREA, CRECI e OAB, quando restar apurado envolvimento dos referidos profissionais na implantação de loteamentos ou desmembramentos clandestinos para a devida aplicação das penalidades administrativas.

Parcelamento irregular

A inexecução das obras de infra-estrutura de loteamento no prazo previsto no cronograma aprovado pelo poder público configura o crime previsto no art. 50, inciso II, da Lei nº 6.766/79. Ao tomar conhecimento de loteamento irregular, o Promotor deve oficiar ao Cartório do RGI requisitando informe sobre a existência de termo de recebimento de obras expedido pela prefeitura, devidamente averbado na matrícula do imóvel parcelado. De posse da informação do cartório atestando a inexistência da conclusão das obras, o Promotor deve requisitar a instauração de inquérito policial para apuração de crime previsto no art. 50, II, da Lei nº 6.766/79, desde logo indicando as seguintes diligências a serem realizadas: a) requisição à prefeitura municipal de informações sobre o recebimento das obras, encaminhando o respectivo termo, se houver; b) realização de perícia técnica para identificar as obras ainda pendentes; c) oitiva do loteador, a fim de que esclareça o motivo da não-conclusão ou realização das obras, no prazo previsto no cronograma aprovado pelo poder público; d) expedição de ofício a JUCEMG ou respectivo cartório do registro civil das pessoas jurídicas, requisitando cópias dos atos constitutivos e das alterações societárias havidas, se se tratar o loteador de pessoa jurídica, a fim de identificar os sócios com poderes de gerência no período de vigência do cronograma de obras, possibilitando responsabilizá-los criminalmente; e) oitiva de alguns adquirentes de lotes para produção da prova testemunhal sobre a inexecução das obras no loteamento.

6.5.2.4 - A denúncia criminal

Em face da especificidade dos crimes tipificados na Lei nº 6.766/79, devemos adotar alguns cuidados no

oferecimento da denúncia criminal para evitar sua inépcia e rejeição ou ainda a impunidade dos responsáveis.

Sempre que existirem elementos de prova bastantes, quanto à autoria e materialidade do crime, é recomendável oferecer, desde logo, a denúncia, a fim de se evitar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade de prescrição retroativa, visto que normalmente a pena cominada *in concreto* não excede o mínimo legal de um ano. Na seara criminal, ao contrário da área cível, não é necessário, por exemplo, a realização de prova pericial complexa para constatar a extensão dos danos, pois se trata de crime formal contra a administração pública, prescindindo-se de dano efetivo para sua caracterização. Ademais, se se constatar a *posteriori* dano ambiental decorrente do empreendimento com base, por exemplo, em laudo técnico elaborado em sede de inquérito civil, o Promotor de Justiça pode oferecer denúncia em apartado ou aditar a denúncia já oferecida, observando que o decurso do prazo prescricional já terá sido interrompido pelo recebimento da primeira denúncia. Sempre indicar o período em que a ação do loteador se desenvolveu, visando, com isso, demonstrar o prolongamento da conduta incriminada no tempo e, portanto, seu caráter permanente, com reflexo direto sobre o início do prazo prescricional (art. 111, III, do CPB).

Descrever o imóvel parcelando, indicando sua localização, área total, confrontações, matrícula, etc.

Indicar algumas vendas de lotes realizadas pelo agente, com menção à data, lotes negociados, preços e adquirentes, bem ainda as interferências físicas realizadas na gleba, a exemplo de abertura de ruas, demarcação de lotes, desmatamentos, etc.

Indicar todos os requisitos legais para regularidade do empreendimento não observados pelo loteador, a exemplo da falta de licença ambiental, falta de aprovação pelo poder público, falta de anuência da SEDRU, falta do registro, falta de anuência do INCRA, em caso de parcelamento de áreas rurais para fins urbanos, apontando, ainda, os textos legais violados.

Informar qual a relação que o loteador mantinha com o imóvel loteado (legítimo proprietário, cessionário de direitos hereditários, invasor, etc), enfatizando que somente se considera título legítimo de propriedade, a que se referem os arts. 9º e 18, e para os fins do art. 50, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 6.766/79, o título de domínio (escritura pública, formal de partilha, etc) devidamente registrado no cartório de registro de imóveis competente.

6.5.2.5 - A suspensão condicional do processo

Considerando-se a pena mínima cominada *in abstrato* aos crimes previstos na Lei nº 6.766/79 é cabível, em tese, a suspensão condicional do processo, desde que atendidos os demais requisitos subjetivos previstos no art. 89 da Lei nº 9.099/95. É importante, portanto, que o Promotor de Justiça condicione a suspensão do processo, a título de reparação do dano, à regularização do loteamento, seja mediante aprovação dos órgãos competentes e realização das obras de infra-estrutura no prazo máximo da suspensão (quatro anos), ou desfazimento do empreendimento em caso de impossibilidade de regularização, se se tratar de loteamento clandestino, seja pela conclusão das obras previstas no ato de aprovação, se se tratar de loteamento irregular, e ainda ressarcimento dos consumidores lesados e reparação dos danos ao meio ambiente, mediante elaboração e execução de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD).

6.5.2.6 - Providências cautelares

Ao oferecer a denúncia ou mesmo no curso do inquérito policial, o Promotor de Justiça poderá requerer ao Juízo competente o seqüestro de bens imóveis ou arresto dos bens móveis adquiridos pelo loteador com os proveitos da infração penal, nos termos dos arts. 125 e 137 do CPP, a fim de garantir que os adquirentes lesados, o

próprio poder público que promove a regularização do empreendimento e a reparação do meio ambiente degradado, sejam ressarcidos futuramente, através de liquidação de sentença, nos termos do art. 63 do CPP, recolhendo-se ao Tesouro Nacional os valores excedentes.

Além disso, convém desde logo requisitar da autoridade policial no curso do inquérito a busca e apreensão dos instrumentos utilizados no crime, bem ainda documentos e objetos necessários à prova da infração penal, a exemplo de plantas, carimbos, contratos celebrados, panfletos, etc. (arts. 240 e 241 do CPP).

6.6 – Chacreamentos rurais

6.6.1 – Da expansão para fins urbanos na zona rural

Infelizmente, tem se tornado prática rotineira do ramo imobiliário a criação de loteamentos com fins urbanos na área rural, os chamados chacreamentos, sem que o Poder Público municipal e as autoridades ambientais adotem providências efetivas para coibir a ilegalidade, que causa os danos mais diversos ao meio ambiente e à ordem urbanística e não encontra qualquer amparo na legislação federal de regência.

6.6.2 – DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM DIREITO URBANÍSTICO

O artigo 24, I da CF/88 estabelece competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre Direito Urbanístico, ao passo que o artigo 30, I e II confere competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Está assentado no artigo 24, §1º do Texto Constitucional que, em se tratando de competência concorrente, cabe à União editar normas gerais, enquanto aos Estados e Distrito Federal cabe a edição de legislação suplementar, que, todavia, não poderá contrariar as normas gerais editadas pela União, sob pena de inconstitucionalidade por vício de competência[12)].

Do mesmo modo, as leis editadas pelos Municípios no exercício de sua competência suplementar e para dispor sobre assuntos de interesse local não podem contrariar as normas gerais federais e as suplementares estaduais, sob pena de igualmente incorrer em inconstitucionalidade por vício de competência.

As principais leis federais urbanísticas brasileiras que estabelecem normas gerais em temas de desenvolvimento urbano são o Estatuto da Cidade – Lei Federal 10.257/2001 e a Lei 6766/1979, que dispõe sobre parcelamento do solo para fins urbanos.

Desta forma, quaisquer leis municipais que pretendam dispor sobre desenvolvimento e expansão urbanos e parcelamento do solo para fins urbanos devem obrigatoriamente observar as competências legais estabelecidas na CF/88 e as diretrizes e normas gerais estabelecidas nas citadas leis federais, cuja aplicação é cogente e de interesse público, pois visam garantir o desenvolvimento urbano equilibrado e adequado à infraestrutura urbana instalada, compatível com o adensamento populacional pretendido.

6.6.3 – DO ESTATUTO DA CIDADE – LEI FEDERAL 10.257/2001

Neste sentido, merecem destaque as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, de responsabilidade dos Municípios, estabelecidas no artigo 2º do Estatuto da Cidade:

Art. 2o - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
(…)
IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
(…)
f) a deterioração das áreas urbanizadas;
g) a poluição e a degradação ambiental; (…)
VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;
VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
(…)
XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; (grifo nosso)

É certo que o Estatuto da Cidade, com vistas a assegurar uma expansão urbana planejada, onde o Poder Público Municipal tenha plenas condições de atender as necessidades dos novos núcleos urbanos, no que concerne à prestação dos serviços públicos, adensamento populacional e infraestrutura urbana, mediante fixação dos parâmetros urbanos específicos, assegurando áreas livres para habitação de interesse social, bem ainda visando coibir a expansão da cidade para áreas inadequadas sob o ponto de vista ambiental e urbanístico, estabeleceu em seu artigo 42 B, com a redação introduzida pela Lei Federal 12.608/12, requisitos para criação de novas áreas urbanas, a saber:

> "__Art. 42-B. __Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a data de publicação desta Lei deverão elaborar projeto específico que contenha, no mínimo:
>
> I - demarcação do novo perímetro urbano;
>
> II - delimitação dos trechos com restrições à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais;

> III - definição de diretrizes específicas e de áreas que serão utilizadas para infraestrutura, sistema viário, equipamentos e instalações públicas, urbanas e sociais;
>
> IV - definição de parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e contribuir para a geração de emprego e renda;
>
> V - a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido;
>
> VI - definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural; e
>
> VII - definição de mecanismos para garantir a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização do território de expansão urbana e a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária resultante da ação do poder público.

> § 1o O projeto específico de que trata o *caput* deste artigo deverá ser instituído por lei municipal e atender às diretrizes do plano diretor, quando houver.
>
> § 2o Quando o plano diretor contemplar as exigências estabelecidas no *caput*, o Município ficará dispensado da elaboração do projeto específico de que trata o *caput* deste artigo.
>
> § 3o A aprovação de projetos de parcelamento do solo no novo perímetro urbano ficará condicionada à existência do projeto específico e deverá obedecer às suas disposições." (GRIFO NOSSO)

Fica claro, portanto, que a partir da edição da Lei Federal 12.608/12, que introduziu o artigo 42 B no Estatuto da Cidade, não é mais possível ampliar o perímetro urbano do Município para criar uma zona específica de chacreamentos, uma vez que a novel legislação federal estabelece a obrigatoriedade do novo zoneamento contemplar usos diversificados, como forma de incrementar a economia e geração de renda e também a previsão de áreas destinadas à habitação de interesse social, visando atender a necessidade de moradia das populações de baixa renda, **sob pena de impossibilidade jurídica de aprovar novos loteamentos, que se aprovados ao arrepio da legislação federal, não poderão ser registrados em cartório do Registro Geral de Imóveis competente, em face da nulidade absoluta do ato de aprovação.**

A inobservância das normas legais acima mencionadas disciplinadoras da ordem urbanística implica crescimento urbano desordenado e distorcido, com prejuízo ao cumprimento das funções sociais da cidade (moradia, circulação, lazer e trabalho), podendo acarretar a responsabilidade civil e criminal do gestor público, vereadores e empreendedores beneficiados, sem prejuízo da responsabilidade por improbidade administrativa (art. 11, I e II da Lei Federal 8429/1992)[13], já que as normas urbanísticas são de ordem pública e aplicação cogente, não restando ao administrador campo para o exercício de juízo da conveniência ou oportunidade quanto à sua incidência.

Ademais, tendo-se em mira o principio do desenvolvimento sustentável e do planejamento urbano, como direitos difusos criados pela CF/88, para criação de novas áreas urbanas é imperioso a realização de estudos técnicos que demonstrem a necessidade de alteração/ampliação da zona urbana e a viabilidade técnica de prestação dos serviços públicos essenciais e a capacidade orçamentária do Município em prestá-los adequadamente, inclusive sua manutenção periódica, em face do princípio da adequação e continuidade dos serviços públicos (art. 6º da Lei 8987/1995), devendo também ser assegurada a ampla participação da população e das associações representativas dos vários segmentos comunitários na formulação do projeto, através da realização de debates e audiências públicas, mediante prévia divulgação dos estudos técnicos, em atenção aos princípios do planejamento urbano e da gestão democrática da cidade insertos no Estatuto da Cidade.

A decisão de ampliação da zona urbana do Município deve ser orientada, portanto, com base no interesse público e não apenas em razão da pressão do mercado imobiliário, ávido por novos lançamentos e lucros.

Lei municipal que eventualmente crie novo zoneamento sem observância das disposições do Estatuto da Cidade e para atender a interesses específicos de determinado setor econômico é norma de efeito concreto, equiparável ao ato administrativo, portanto, passível de questionamento judicial através de ação civil pública, em razão dos efeitos lesivos que sua aplicação poderá acarretar ao meio ambiente natural e urbano do Município e certamente acarretará a responsabilização dos agentes públicos omissos ou coniventes com a ilegalidade.

Na lição de Hely Lopes Meirelles (“in” Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 27. ed. 2002, p.678):

> *As leis e decretos de efeitos concretos podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados. Não são atos normativos gerais, mas, sim, deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto. Tais são, p. ex., as leis que criam Municípios, as que extinguem vantagens dos servidores públicos, que concedem anistia fiscal e outras semelhantes. Assim também os decretos de desapropriação, de nomeação, de autorização, etc.*

6.6.4 – DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE LOTEAMENTOS PARA FINS URBANOS NA ZONA RURAL OU EM IMÓVEIS RURAIS

Os chamados chacreamentos ou loteamentos rurais para fins urbanos são empreendimentos ilegais.

De plano, verifica-se que a Lei Federal 6766/1979, que disciplina o parcelamento do solo para fins urbanos, em seu artigo 3º, *caput*[14] veda peremptoriamente a implantação destes empreendimentos na zona rural ou mesmo em imóveis rurais, ainda que situados na zona urbana do Município.

Considera-se como urbanos os parcelamentos destinados a residência, lazer, indústria ou comércio, ainda que estejam situados na zona rural, incidindo, portanto, a vedação legal.

A priori, cumpre-nos registrar que o território de um Município compreende as zonas rural, urbana e de expansão urbana, onde as atividades exercidas são distintas.

Normalmente, a Lei de Zoneamento do Município ou o Plano Diretor é que estabelece em que porção do território municipal se situam a zona rural, a zona urbana e a zona de expansão urbana.

Na zona rural, onde os imóveis são rurais e cadastrados junto ao INCRA, são permitidas apenas atividades rurícolas, ou seja, exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial.

Nos imóveis rurais, situados na zona urbana ou de expansão urbana do Município, será permitido o parcelamento do solo para fins urbanos, desde que os mesmos sejam descaracterizados junto ao INCRA, ou seja, deverá ser demonstrado que o imóvel perdeu sua vocação rural.

As atividades no meio rural, inclusive o parcelamento, regem-se pela Lei Federal 4504/1964, o denominado Estatuto da Terra, que encontra-se em vigor, porque recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Bom que se diga que a atividade de parcelamento do solo não é vedada na área rural. Todavia, os imóveis surgidos pelo fracionamento de glebas rurais indivisas devem observar o “módulo rural mínimo”, nos termos do artigo 65 do Estatuto da Terra, bem ainda manter a vocação rural do imóvel, mediante exercício de quaisquer

das atividades acima mencionadas.

Com efeito, dispõe o mencionado artigo 65:

> Art. 65 – O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural.

Extraímos o conceito de módulo rural do próprio texto legal, que dispõe em linhas gerais, que o módulo rural é a "propriedade familiar rural que, direta e pessoalmente explorada pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e, eventualmente, trabalho com a ajuda de terceiros."

Segundo o professor Rafael Augusto de Mendonça Lima "o módulo rural é o imóvel rural com área mínima suficiente para que uma família possa viver e progredir com a sua exploração".[15)]

O módulo rural é definido por ato administrativo do INCRA para cada região do país.

Consoante lição de Élcio Cruz de Almeida "em termos práticos, o módulo rural é definido para cada região do país e para cada tipo de atividade, variável de região para região, de acordo com o tipo de exploração, sendo empregado para definir o tamanho da propriedade familiar e, por conseguinte, definir latifúndio e minifúndio".[16)]

Destarte, o módulo rural é o parâmetro legal para o cumprimento da função social da propriedade rural. Explicamos.

Sabe-se que a Constituição Federal consagrou o princípio da função social da propriedade rural nos artigos 185 e 186.
Vejamos:

> Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
>
> I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II – a propriedade produtiva.

> Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

> Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I – aproveitamento racional e adequado;
>
> II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, conclui-se que a propriedade rural atende sua função social quando promove, dentre outros requisitos, o aproveitamento racional e adequado do solo e proporciona o bem-estar do proprietário e dos trabalhadores, vale dizer, quando promove o progresso social e econômico do proprietário rural e de seus empregados, a partir da exploração da terra. Ora, para que tal possa ocorrer, impõe-se que a propriedade rural tenha dimensões territoriais compatíveis com as atividades nela desenvolvidas, evitando-se o minifúndio improdutivo que só se presta a perpetuar a pobreza e as atividades de auto-subsistência no meio rural. Daí porque o Estatuto da Terra veda o parcelamento dos imóveis rurais em áreas inferiores àquelas necessárias para o exercício economicamente viável das atividades rurícolas.

Registramos que o Estatuto da Terra, em linhas gerais, repete o escopo delineado no Texto Maior ao dispor:

> Art. 2º - É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta lei.
>
> §1º - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

> a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim, como de suas famílias;
>
> b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
>
> c) assegura a conservação dos recursos naturais;
>
> d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e cultivam".(grifo nosso)

Assim, a fim de garantir o cumprimento da função social da propriedade rural, especialmente a manutenção de níveis satisfatórios de produtividade, o Estatuto da Terra não permite o parcelamento do imóvel rural caso venha dar origem a imóveis com dimensões inferiores ao módulo rural, a fim de evitar o surgimento de áreas tão diminutas que não permitem aos seus proprietários desenvolver-se economicamente.

Na lição de Élcio Cruz de Almeida o módulo rural integra a categoria dos **bens juridicamente indivisíveis**, mesmo que fisicamente divisíveis.[17)]

Não se entenda, com isso, que não possa haver o condomínio do imóvel rural onde cada condômino é proprietário de frações ou partes ideais inferiores ao módulo rural.

O proprietário do imóvel rural pode dispor livremente de frações ideais de seu imóvel, ainda que inferiores ao módulo rural, observado o direito de preferência dos demais co-proprietários, desde que não ocorra o efetivo parcelamento em glebas menores, vale dizer, desde que não ocorra a divisão de fato do imóvel em partes autônomas inferiores ao módulo rural, de modo a inviabilizar o exercício de atividades econômicas.

Em havendo a venda de frações ideais de um imóvel rural, cada co-proprietário passa a ser dono e exercer posse sobre todo o imóvel, em comunhão, com os demais, podendo exercer todos os direitos inerentes ao domínio, nos termos do artigo 1314 do Novo Código Civil:

> Art. 1314 – Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

O verdadeiro condomínio difere do falso condomínio, instituído unicamente para fraudar as vedações legais,

referente ao parcelamento do solo rural, sendo fácil distinguir um do outro na prática, pois na primeira hipótese, o imóvel permanece uno; no segundo caso, a comunhão existe apenas formalmente no registro imobiliário. De fato, o imóvel é retalhado e cada um dos "co-proprietários" exerce seus direitos de forma autônoma e exclusiva sobre uma certa parte delimitada do imóvel.

O condomínio, contudo, tende à extinção em razão dos conflitos que a co-propriedade gera. Sendo o imóvel rural com área equivalente ao módulo rural juridicamente indivisível, a extinção do condomínio se dará, ou através da aquisição das quotas-partes dos condôminos pelos demais, ou através da venda de todas as cotas a terceiro, permanecendo o imóvel uno.

Como sabido, o processo de urbanização se caracteriza pelo crescimento do espaço urbano em direção ao campo, ou seja, neste processo, as cidades tendem a crescer em direção à zona rural.

Cabe aos Municípios, por força de expresso dispositivo constitucional, exercer o controle da expansão, do uso e do parcelamento do solo urbano (art. 30, VIII). Por isso, a alteração do zoneamento rural para o urbano depende da observância de uma série de requisitos, a exemplo da edição de lei municipal específica, seguida de anuência do INCRA para descaracterização dos imóveis rurais, após o quê ocorrerá o cancelamento do cadastro rural dos imóveis situados na área com paralisação da incidência de ITR (imposto territorial rural).

Mas não é só. Não basta que o Município simplesmente edite uma lei transformando parte da área rural de seu território em urbana ou de expansão urbana. Para que tal ocorra, é necessário que a área efetivamente perca sua vocação rural, seja porque ali não mais se exerce atividades tipicamente rurais, seja pelo processo natural de urbanização, com paulatina implementação de equipamentos urbanos e comunitários pelo Poder Público, a exemplo de iluminação pública, abertura e asfaltamento de ruas, abastecimento de água, esgotamento sanitário, energia domiciliar, coleta de lixo, serviços públicos de saúde e educação, transporte coletivo, entre outros.

Não raro, os Municípios editam leis alterando seu zoneamento para ampliar a área urbana ou criar áreas de expansão urbana sem atentar para estas peculiaridades, bem ainda sem comunicar a providência ao INCRA. Deixam também de efetuar o cadastro dos imóveis situados nas novas áreas urbanas, para fins de incidência do IPTU, o que pode gerar eventualmente responsabilização político-administrativa perante a Câmara Municipal (art. 4º, VIII do Decreto-lei 201/1967) e por improbidade administrativa (art. 10, X da Lei 8429/1992). Destarte, muitas vezes o caso concreto evidencia que não estão presentes os requisitos legais para incidência do IPTU, nos termos do art. 32 do CTN, impedindo sua instituição e cobrança, o que evidencia burla ao Estatuto da Terra, uma vez que efetivamente a gleba não possui características urbanas.

Com efeito, estabelece o art. 32 do CTN:

> Art. 32 – O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> §1º - Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo de existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
>
> II – abastecimento de água;
>
> III – sistema de esgotos sanitários;
>
> IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
>
> V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3(três) quilômetros do imóvel

> considerado.

Ora, se a área não atende a pelo menos dois dos requisitos indicados no dispositivo do CTN, ***a priori***, não perdeu ela sua vocação rural, cabendo questionar a legalidade de qualquer diploma que promova a alteração do zoneamento do Município.

Muitos destes denominados “loteamentos rurais” escondem verdadeiros loteamentos urbanos porque, como restou acima dito, apesar de implantados em imóveis rurais, destinam-se ao atendimento das funções urbanas, a exemplo do oferecimento de moradia, trabalho e lazer, com fraude às normas cogentes e de ordem pública da Lei 6766/1979, que impõem ao empreendedor uma série de obrigações para regularidade registrária e urbanística do empreendimento, a exemplo de prévia aprovação do poder público municipal, registro imobiliário do ato de aprovação e implantação de infra-estrutura urbana básica, a teor do artigo 18 do mencionado diploma legal.

Deve-se ainda atentar que a atividade de parcelamento do solo para fins urbanos é potencialmente poluidora e degradadora dos recursos naturais, estando sujeita ao prévio licenciamento ambiental, nos termos do art. 225, §1º, IV da CF/88, da Resolução CONAMA 237/1997 e da DN COPAM 58/2002.

Normalmente os empreendimentos, conhecidos como chacreamentos, são implantados em forma de falsos condomínios a partir da venda de frações ideais devidamente identificadas como lotes com áreas delimitadas em plantas e sistema viário público.

Não são efetivamente condomínios na acepção jurídica do instituto de direito civil, pois cada adquirente é proprietário de um lote específico.

É de se ressaltar que também não é cabível a implantação dos referidos chacreamentos com base na Lei Federal 4591/1964[18], disciplinadora das incorporações imobiliárias e condomínios verticais (prédios de apartamentos, lojas e salas comerciais) ou horizontais (casas de vilas) por absoluta incompatibilidade do instituto com a natureza e finalidade do chacreamento, onde existe a venda de lote e não de unidades autônomas já construídas e registradas (casas, salas, apartamentos, lojas) e fração ideal do terreno.

6.6.5 – TÉCNICAS DE ATUAÇÃO

A) Plano Legislativo:

Deparando-se com hipótese de projeto de lei que vise permitir e regular a aprovação de chacreamentos na zona rural do Município, sugerimos as seguintes providências:

a) Instauração de inquérito civil, com expedição de recomendação ao Prefeito e à Câmara Municipal no sentido da inconstitucionalidade do referido projeto, com recomendação para que o mesmo não seja aprovado;

b) Em sendo aprovado o projeto, o ajuizamento de ação civil pública em desfavor do Município, com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade e pedido principal de obrigação de não fazer, para que o ente público abstenha-se de aprovar empreendimentos com base na legislação referida;

Deparando-se o Promotor de Justiça com projeto de lei que vise ampliar a zona urbana do Município para criação de zona de chacreamentos, sugerimos:

a) Instauração de inquérito civil, com expedição de recomendação ao Prefeito e à Câmara Municipal no sentido da impossibilidade de criação de zona exclusiva, devendo eventual lei de expansão urbana observar os requisitos previstos no artigo 42B do Estatuto da Cidade, sob pena de impossibilidade de aprovar-se novos loteamentos com base no zoneamento criado.

b) Em sendo aprovado o projeto de lei, ajuizamento de ACP em desfavor do Município, com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade e pedido principal de obrigação de não fazer, para que o ente público abstenha-se de aprovar empreendimentos com base na legislação referida;

B) Plano Fático:

Constatando a aprovação de projetos de chacreamentos quer seja na zona rural do Município, quer seja na zona de expansão urbana criada por lei que não atenda aos requisitos do artigo 42 B do Estatuto da Cidade, o Promotora de Justiça deverá recomendar ao Prefeito a anulação do ato de aprovação, bem ainda ao CRGI que abstenha-se de efetuar registro do ato de aprovação e de eventuais vendas de frações ideais, lotes ou chácaras.

Em não sendo acatadas as recomendações, sugere-se o ajuizamento de ACP em desfavor do Município e empreendedor para declaração de nulidade do ato de aprovação do empreendimento, cumulado com obrigação de não fazer, para que não se inicie a implantação ou obrigação de fazer, para desfazimento das intervenções realizadas.

Em caso de chacreamentos consolidados, sugere-se recomendar ao Município a edição de lei de expansão urbana que atenda o disposto no artigo 42 B do Estatuto da Cidade, com posterior celebração de TAC ou ACP em face do empreendedor para regularização do empreendimento com base na Lei 6766/1979 e na Lei 11.977/2009 (regularização fundiária de interesse social ou específico).

Nos casos em que não seja possível a regularização seja porque o Município não tem interesse em ampliar seu perímetro urbano, seja por restrições ambientais ou urbanísticas, sugere-se TAC ou ACP em face do empreendedor para desfazimento do empreendimento, com recuperação ambiental integral da gleba ou para pagamento de indenização por danos ambientais irreversíveis, no caso que o retorno ao *status quo ante* seja impossível.

Em todos os casos, deverá ser apurada a atuação do gestor do Municipal, buscando-se sua responsabilização criminal e por improbidade administrativa, se aprovou loteamento em desconformidade com a lei ou se omitiu diante da implantação de empreendimentos ilegais.

C) Aspectos criminais:

A venda de chácaras de recreio e a implantação de chacreamentos na zona rural do Município caracteriza o crime previsto no artigo 50, *caput* da Lei 6766/1979. Eventualmente, podem também restar caracterizados crimes ambientais tais como supressão de vegetação ou intervenção não autorizada em APP (art. 38 da Lei 9605/1998). É de salutar importância que ao lado da atuação cível, seja promovida a responsabilização criminal do gestor conivente e empreendedor.

6.7 – LOTEAMENTOS FECHADOS

Infelizmente, vemos a prática de instituir-se “condomínios ou loteamentos fechados” a partir do cercamento de vias públicas e construção de obstáculos à livre circulação dos munícipes, a exemplo de cancelas e guaritas, disseminar-se por todo o território nacional, a pretexto de propiciar “segurança” aos moradores de tais “condomínios”, transferindo-se-lhes, em contrapartida, os encargos financeiros diversos necessários, por exemplo, a limpeza e conservação das vias e espaços públicos ocupados, contratação de empresas privadas de segurança, pagamento de despesas de pública, dentre outros.

Observamos que a prática referida muitas vezes decorre da má qualidade de vida nas cidades, criada a partir do descontrolado crescimento urbano, aliada à crescente falta de segurança pública, servindo de meio de enriquecimento de empresários do ramo imobiliário, que passam a vender seus “produtos”, vale dizer, os lotes

e imóveis instalados nestes verdadeiros guetos urbanos com promessa de “status” social, decorrente de “morar bem e com segurança”.

A nosso ver, a prática revela-se inconstitucional e ilegal, ainda que apoiada em diploma legal ou ato normativo de natureza diversa expedido pelo Município, conforme passamos a demonstrar.

6.7.1 – DA INEXISTÊNCIA DE VERDADEIRO “CONDOMÍNIO” NA ESPÉCIE:

Em que pese tais “regiões de circulação restrita da cidade”, compostas por lotes privados e espaços públicos passem a ser denominadas pelos próprios moradores e demais citadinos como “condomínios urbanos ou fechados”, não se tem, na espécie, verdadeiro condomínio na acepção jurídica do termo, pois cuidam-se de loteamentos aprovados pelo Poder Público com base na Lei federal 6766/1979, que estatui regime jurídico próprio para criação de novos núcleos urbanos, caracterizando-se pelo fracionamento de glebas situadas nas áreas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, anteriormente indivisas, acompanhado da abertura de vias públicas, que são incorporadas ao domínio público após o devido registro do ato de aprovação no cartório do Registro Geral de Imóveis competente, demarcação de quadras e lotes, venda de lotes individualizados (com localização e metragens definidas e existência jurídica autônoma, em virtude da abertura de matrícula específica para cada lote), além de obras de infra-estrutura urbana, a cargo do empreendedor, conforme cronograma de obras aprovado pelo Município.

Com efeito, o instituto do condomínio caracteriza-se pela co-propriedade de um bem, onde cada condômino ou co-proprietário é titular de uma fração ideal não identificada do todo, podendo exercer, contudo, todos os direitos compatíveis com a indivisão.

Nos pseudos “condomínios ou loteamentos fechados”, não há verdadeiro condomínio, pois cada adquirente exerce seus direitos de propriedade com exclusividade sobre o lote adquirido e as chamadas áreas comuns do loteamento, aí englobadas, as ruas, as praças, áreas verdes e institucionais pertencem ao Poder Público e não aos proprietários dos lotes.

Estes “loteamentos ou condomínio fechados” não se confundem com os verdadeiros condomínios fechados (horizontais ou verticais), instituídos com base na Lei Federal 4.591/1964 que “dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias”.

A sistemática adotada para aprovação dos verdadeiros condomínios fechados é a mesma para aprovação, por exemplo, de um prédio de apartamentos, onde cada unidade habitacional (casa ou apartamento) é autônoma, possuindo sua matrícula imobiliária individualizada e as partes comuns da edificação, inclusive do terreno pertencem ao conjunto de proprietários das unidades, em condomínio.

Recentemente temos verificado um grande número de empreendimentos imobiliários aprovados na modalidade de condomínios fechados de casas, onde o empreendedor, além de construir as casas negociadas, implanta toda a infra-estrutura de lazer comum, a exemplo de quadras de esportes, piscinas, sauna, jardins, etc.

Nestes casos estamos diante de condomínios fechados na acepção jurídica da expressão, pois tais empreendimentos ocupam em sua maioria, por exemplo, uma quadra ou lotes de um parcelamento previamente aprovado, onde cada proprietário adquire uma casa individualizada, denominada unidade autônoma, e uma fração ideal do terreno, passando a ter direito de usufruir da infra-estrutura de lazer comum. Por consequência, deve concorrer para o pagamento dos custos da manutenção desta área comum, o que se dá através do pagamento da denominada “taxa de condomínio”.

Nestes casos, as vias abertas são internas e destinam-se exclusivamente à circulação dos moradores, sem interferir ou conectar-se ao sistema viário da cidade, não se incorporando, portanto, ao patrimônio público.

Nestas hipóteses, é perfeitamente legal a limitação de acesso de terceiros às áreas comuns do empreendimento e às unidades autônomas, pois trata-se de propriedade privada.

A aprovação de tais empreendimentos, contudo, deve ocorrer com cautela, pois a implantação de grandes condomínios fechados em áreas urbanas e muitas vezes, composto por dezenas de unidades habitacionais compromete a continuidade do sistema viário e colabora para o isolamento daquele núcleo habitacional, criando verdadeiro "feudo" no território urbano.

Como restou acima dito, tal situação não se confunde com os pseudos "loteamentos fechados", formados a partir do fechamento de ruas integrantes de loteamentos ou desmembramentos aprovados, mediante instalação de obstáculos, guaritas e cancelas, por associações de moradores, com ou sem autorização do Poder Público Municipal, pois, neste caso, ocorre verdadeira privatização de bens de uso comum do povo, o que é intolerável, frente à legislação de regência, conforme passamos a demonstrar.

6.7.2 – DO PROCEDIMENTO DE APROVAÇÃO DE UM EMPREENDIMENTO DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

A Lei Federal 6766/1979 é o diploma legal que rege, em linhas gerais, a atividade de parcelamento do solo urbano. Os Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar normas suplementares desde que não contrariem as disposições gerais da norma federal.[19)]

A mencionada lei estabelece todo um "iter procedimental" e requisitos para aprovação de empreendimentos de parcelamento do solo urbano, que uma vez descumpridos, geram consequências graves para os responsáveis, nas searas cível e criminal, prejuízos aos consumidores adquirentes de lotes, além de danos ao meio ambiente e à ordem urbanística.

Não obstante, de pronto observamos que a Lei 6766/1979 não disciplina ou mesmo autoriza o instituto do "loteamento fechado", tal como vem sendo implantado nos diversos municípios brasileiros, a partir de fechamento de ruas e espaços incorporadas ao patrimônio público, sendo correto afirmar que não existe atualmente lei federal que regule tal atividade.

Pois bem. Todo empreendimento de parcelamento do solo urbano, para ser regular, deve percorrer várias etapas indicadas na Lei 6.766/79: passa do momento preliminar de fixação de diretrizes até a aprovação (arts. 6º e 12); desta, vai para o registro especial na competente circunscrição imobiliária (art. 18, *caput* e incisos); e, por fim, para a execução das pertinentes obras de infra-estrutura (as quais, no entanto, desde que previamente aprovadas, podem preceder a fase registrária – art. 18, inciso V, primeira parte).

Prestigiando a necessidade de licença oficial, a Lei Federal 6.766/79 proíbe que o parcelamento do solo urbano se inicie sem a autorização dos órgãos públicos (arts. 12 e 13). E essa norma, que submete o parcelamento à prévia aprovação e ao registro, é de ordem pública, motivo pelo qual seu descumprimento importa grave ofensa à comunidade, a ponto de configurar crime contra a administração pública(art. 50), de natureza formal, caracterizado pela simples potencialidade de dano, perigo esse abstrato e presumido pela lei com a mera prática da conduta incriminada.

Em verdade, a modificação ou a criação de novos núcleos urbanos é, por natureza, uma função pública, atribuída, essencialmente ao Município. Por isso se sustenta na doutrina que o particular, quando realiza um parcelamento urbano, está exercendo, em nome próprio, no seu interesse e às próprias custas e riscos, uma atividade que pertence ao poder público municipal, qual seja, a de oferecer condições de habitabilidade à população urbana. Por tal razão, o parcelador, antes de iniciar o empreendimento, deve submetê-lo ao Poder Público, ao qual cabe subordiná-lo à satisfação dos padrões de desenvolvimento urbano definidos pela legislação de regência, dentre os quais figuram, no mínimo, os indicados no artigo 4º da Lei Federal 6.766/79.

Uma vez aprovado o projeto de parcelamento do solo urbano, quer na modalidade de loteamento quer na modalidade de desmembramento, o empreendedor deverá providenciar o registro imobiliário no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade do ato aprovatório. Esta a norma inserida no artigo 18, *caput* da Lei 6766/1979.[20)]

Como sabido, o projeto de parcelamento do solo para fins urbanos para ser aprovado deve atender alguns requisitos previstos na Lei 6766/1979, sem prejuízo de outros estabelecidos na legislação suplementar estadual ou municipal, devendo-se destacar, entre outros, a necessidade de prever-se áreas destinadas a sistemas de circulação, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, espaços livres de uso público, proporcionais à densidade da ocupação(art. 4º, I). As áreas mencionadas, uma vez levado ao registro imobiliário o parcelamento aprovado, incorporam-se ao patrimônio do Município[21)], não mais podendo ter sua destinação alterada, nos termos do art. 17 da Lei 6766/1979, salvo nas hipóteses elencadas no art. 23 do mesmo diploma.[22)]

Ora, se o empreendedor não pode alterar a destinação das áreas públicas após o registro do parcelamento do solo, também não o podem fazer o Município ou mesmo qualquer associação de moradores, por mais nobres que sejam as intenções, pois como restou acima dito, tais áreas são proporcionais ao adensamento promovido pelo novo núcleo urbano e visam atender as necessidades não só dos novos moradores daquela região, mas de toda a coletividade impactada pelo empreendimento.

O legislador ordinário federal deixou a cargo dos Municípios estabelecer em lei local o percentual mínimo do imóvel parcelando que deve ser doado à Municipilidade para o sistema de circulação, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários e espaços livres (áreas institucionais e áreas verdes).

A redação original do artigo 4º, I da Lei 6766/1979 previa percentual mínimo de 35% da gleba parcelanda para os chamados “usos comuns”, com a seguinte distribuição: 15 a 20% para o sistema viário; 10 a 15% para áreas verdes, inclusive praças e 5 a 10% para área institucional.[23)]

Note-se, portanto, que as áreas transferidas ao domínio do Município, especialmente aquelas destinadas às vias de circulação e aos espaços livres, com o registro no competente cartório imobiliário do ato de aprovação do loteamento, passam à natureza de bens de uso comum do povo, para uso e fruição não só dos moradores do novo núcleo habitacional, mas também para permitir a integração do “novo bairro” ao tecido urbano e o atendimento das necessidades coletivas de circulação, estacionamento, serviços de saúde e educação, dentre outros.

Tratam-se, portanto, nos termos do artigo 17 da Lei 6766/1979 de áreas públicas inalienáveis, por sua própria função e natureza, que não podem ser privatizadas, a qualquer título, como vêm ocorrendo com a implantação dos chamados “loteamentos fechados”, a partir de instrumentos tais como autorização, permissão ou concessão de uso.

6.7.3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA ILEGALIDADE DA PRÁTICA DE INSTITUIR-SE LOTEAMENTOS FECHADOS A PARTIR DO CERCAMENTO DE RUAS E ESPAÇOS PÚBLICOS:

Normalmente, estes pseudos “condomínios”, como passam a ser chamados os loteamentos regularmente aprovados pelo Poder Público Municipal, após a construção de cancelas, são criados da seguinte forma: um grupo de moradores de uma determinada rua ou bairro reúnem-se em uma associação regularmente constituída perante o registro civil das pessoas jurídicas, criam “uma convenção” que também é registrada em cartório e dirigem-se ao Poder Público solicitando o fechamento da rua. Via de regra, o deferimento do pleito dá-se através da celebração de um instrumento de direito administrativo, a exemplo da permissão de uso, autorização de uso ou mesmo de contrato administrativo de “cessão de uso” com exclusividade das áreas de uso comum do loteamento, tais como vias públicas, praças, áreas verdes, espaços destinados à implantação de equipamentos comunitários e urbanos, autorizado com base em lei ou decreto municipal mediante determinada

contrapartida financeira, passando então a associação: a) cobrar dos moradores, quer associados ou não, um valor à título de contribuição para manutenção das áreas cedidas, manutenção do serviço privado de segurança, dentre outros serviços da natureza pública, e que deveriam ser custeados através dos impostos; b) proibir o acesso de pessoas não moradoras do "condomínio"; c) exigir identificação através de exibição de documento para ingresso no local, em caso de pessoas autorizadas por moradores, etc., práticas que contrariam a natureza dos bens de uso comum do povo, de regra, acessíveis à fruição de qualquer do povo.

O festejado Hely Lopes Meireilles leciona que...

> Uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem se pode cobrar ingresso ou limitar a frequência, pois isto importaria um atentado ao direito subjetivo público de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais, de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais. Qualquer restrição ao direito subjetivo de livre fruição – como a cobrança de pedágio nas rodovias – acarreta a especialização do uso e, quando se tratar de bem realmente necessário à coletividade, só pode ser feita em caráter excepcional.

Prossegue o doutrinador:

> No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – uti universi – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem:o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes. Pode-se dizer que todos são iguais perante os bens de uso comum do povo.

E conclui:

> O que convém fixar é que os bens municipais de uso comum do povo, não obstante estejam à disposição da coletividade, permanecem sob a administração e vigilância da Prefeitura, que tem o dever de mantê-los em normais condições de utilização pelo público em geral.[24)]

Do trecho transcrito, conclui-se que é dever do poder público a manutenção e conservação dos bens de uso comum do povo, a exemplo da varrição das ruas, da manutenção e limpeza de praças, da iluminação pública, entre outros, serviços que devem ser custeados pelas receitas públicas advindas dos impostos em geral, tributos de caráter não vinculado, que já oneram a população como um todo, não cabendo admitir-se cobrança de "contribuições" por entidades privadas para tais finalidades.

Ademais, discute-se também se é possível exigir prestações pecuniárias para conservação dos espaços de uso comum do povo, dos moradores de "ruas fechadas" que não aderiram à tais entidades, considerando-se que o direito de associar-se ou não é consagrado na Carta Magna.[25)]

Não obstante, não são raros os casos de moradores acionados judicialmente em razão de supostas dívidas relacionadas à "contribuições" para manutenção de ruas e espaços públicos concedidos ao uso de determinada entidade ou associação de bairro.

A jurisprudência tem oscilado, ora entendendo que se o morador não aderiu à associação, não está compelido ao pagamento de quaisquer contribuições e valores,[26)] ora entendendo que os valores são devidos quando utilizados na conservação dos bens cedidos pela municipalidade ao uso privativo[27)].

Data venia, ousamos discordar do segundo posicionamento, pois tal entendimento implica violação à garantia constitucional expressa, uma vez que obriga o indivíduo a contribuir para entidade a qual não associou-se.

Como fundamento para concessão de tais autorizações ou permissões de uso de bens públicos por uma determinada entidade, no seu exclusivo interesse, normalmente a administração pública municipal argumenta que a medida é necessária para a manutenção da segurança pública, chegando em muitos casos, através de atos normativos (leis, decretos) a "autorizar" que seguranças privados promovam a identificação de quem quer que pretenda ingressar nos "domínios" do loteamento.

Não se trata, a toda evidência, de medida necessária à segurança pública, senão de uns poucos privilegiados que passam a viver em feudos, apartados do tecido urbano. O restante da população, que mora extra-muros, continua relegado à situação de mais absoluta insegurança.

Ademais, a segurança pública, como serviço público, é da competência comum da União e dos Estados federados, por suas polícias, nos termos do artigo 144 da Carta Maior. Destarte, o patrulhamento ostensivo e preventivo das ruas é da alçada das Polícias Militares dos Estados, a quem cabe, nestas circunstâncias, exigir do cidadão comum, exibição de documentos de identificação, enquanto a atividade de polícia judiciária cabe à Polícia Federal, no plano nacional e às Polícias Civis, no âmbito estadual. Aos Municípios, é autorizado apenas "constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei." (artigo 144,§8º da CF/88).

Ora, o Município não pode delegar ao particular competência que não detém para o tema "segurança pública", tampouco "autorizar" a adoção de quaisquer procedimentos com esta finalidade por particulares.

Ademais, a concessão de uso privativo de bens de uso comum do povo a determinada entidade privada, a exemplo de associações de bairro e afins, deve ser precedida de autorização legislativa específica que desafete o bem cujo uso se pretende conceder, incorporando-o à categoria de bens dominiais.

A edição de referida autorização legislativa, contudo, não é mera formalidade burocrática, pois haverá de restar demonstrado que o bem de uso comum do povo perdeu esta sua característica de uso universal. Em se tratando de uma via pública, por exemplo, deve restar cabalmente comprovado que a mesma perdeu sua natureza de via de circulação pelo desuso da coletivade em geral, que a praça pública não é mais utilizada como espaço de lazer comunitário, etc.

Outrossim, a autorização, permissão ou concessão de uso privativo de um determinado bem público deve se dar para atendimento do interesse da coletividade, ou reverter de alguma forma para o bem comum e não no interesse exclusivo de uma determinada parcela da população, como ocorre via de regra nas permissões para fechamento de ruas, em que o ato administrativo é praticado a benefício dos moradores locais, em detrimento do interesse coletivo, na medida que subtrai de um número indeterminado de munícipes o direito de ir e vir e de fruir dos espaços públicos de uso comum.

Além disso, verificamos que, não raro, as leis municipais editadas com a finalidade de permitir o fechamento destes espaços públicos, excedem a competência legislativa municipal ao dispor sobre "condomínios urbanísticos", considerando que o tema "condomínio" é matéria de direito civil, da competência legislativa privativa da União Federal, nos termos do art. 23, I da CF/88.

Por tudo que restou exposto, conclui-se pela absoluta inconstitucionalidade e ilegalidade da prática mencionada, pelas seguintes razões:

1º) O Município não tem competência legal para legislar sobre condomínios, matéria de direito civil, de competência exclusiva da União Federal, nos termos do artigo 23, I da CF/88;

2º) O Município também não tem competência legal para legislar sobre o tema "segurança pública", tampouco delegar ao particular o exercício de tal atividade;

3º) Implica, por vias transversas, na modificação da natureza e finalidade das áreas de uso comum do povo,

inalienáveis, incorporadas ao patrimônio público, após o registro do ato de aprovação do parcelamento do solo urbano, violando frontalmente o artigo 17 da Lei 6766/1979;

4º) Viola os princípios da finalidade pública, do bem comum, da igualdade e da impessoalidade que devem reger os atos administrativos, pois estabelece privilégios de uns poucos em detrimento da coletividade;

5º) Implica violação da garantia de ir e vir do cidadão comum no espaço urbano;

6º) Implica violação do direito fundamental de associar-se ou não do cidadão, na medida em que o obriga a contribuir para manutenção de bens públicos cedidos ao uso privativo de determinada associação de moradores ou entidades privadas.

6.7.4 – TÉCNICAS DE ATUAÇÃO

Em razão do que restou exposto, sugerimos a adoção das seguintes providências preliminares:

a) instaurar inquérito civil, requisitando-se do Sr. Prefeito informações sobre todas as autorizações, permissões ou concessões de uso de bens de uso comum do povo, que ensejaram autorização para os chamados “loteamentos fechados”;

b) expedir recomendação ao Sr. Prefeito Municipal para revogação/anulação ***ex officio*** de todos os atos administrativos de permissão, autorização ou cessão de bens de uso comum do povo, que implicaram em autorização para fechamento de ruas integrantes de loteamentos aprovados, fixando prazo razoável para remoção das guaritas, cancelas e outros obstáculos ao livre acesso da população em geral aos logradouros e espaços públicos fechados;

c) expedir recomendação ao Sr. Prefeito Municipal para adotar em prazo razoável as medidas administrativas necessárias à remoção de guaritas, cancelas e outros obstáculos ao livre acesso da população em geral aos logradouros e espaços públicos fechados sem autorização do poder público municipal, encaminhando informações ao Ministério Público sobre as providências adotadas em prazo razoável;

d) expedir recomendação ao Sr. Prefeito Municipal e à Câmara de Vereadores para revogação de eventual lei editada para autorizar os chamados “loteamentos fechados”, em face de sua manifesta inconstitucionalidade;

e) notificar o Município e as associações de bairro beneficiárias para celebração de TAC, tendo por objeto a revogação dos atos administrativos mencionados, praticados com base ou não em lei municipal, no caso de ter havido autorização do Poder Público e a demolição dos obstáculos construídos, em prazo razoável e sob pena de multa;

f) notificar o Município e as associações de bairro para celebração de TAC, tendo por objeto a demolição/remoção dos obstáculos construídos sem autorização, à livre circulação no espaço urbano, em prazo razoável e sob pena de multa.

Na hipótese de não surtirem efeitos as providências anteriores, sugerimos ao Ilustre Promotor de Justiça:

a) oferecer representação ao Exmo. Procurador Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei municipal que autorize fechamento de loteamentos;

b) ajuizar ações civis públicas contra o Município e as entidades beneficiadas, buscando a anulação dos atos administrativos autorizadores do fechamento de ruas e espaços públicos de uso comum do povo, arguindo incidentalmente a inconstitucionalidade de eventual Lei Municipal, cumulado com pedido de desfazimento de eventuais obras erguidas para edificação de cancelas, guaritas e afins (obrigação de fazer) e imediata

paralisação de qualquer atividade tendente a exigir dos munícipes exibição de documentos de identificação (obrigação de não fazer), sem prejuízo de pedido de indenização por eventual dano moral coletivo e por danos causados ao meio ambiente urbano;

c) ajuizar ação de improbidade administrativa em desfavor do gestor público e dos possíveis beneficiários, por violação aos princípios da administração pública, em especial, legalidade, impessoalidade, entre outros, no caso de ter havido indevida autorização para o fechamento dos espaços públicos (art. 11, *caput* da Lei 8429/1992) e por omissão, no caso de haver apropriação dos bens públicos por entidade privada, sem autorização do poder público (art. 10, *caput* da Lei 8429/1992);

d) oferecer de representação criminal à Procuradoria de Justiça especializada em crime praticados por agentes políticos para apurar eventual prática de crime previsto no artigo 1º, incisos I e II do Decreto-Lei 201/1967 e 319 do CP.

6.8 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

28)

6.8.1 – INTRODUÇÃO

O crescimento das cidades brasileiras, iniciado no final do século XIX, acelerou-se com acrescente industrialização verificada a partir da década de 50 do século XX, sem que houvesse, contudo, políticas públicas de habitação para as classes trabalhadoras.

A omissão estatal não tardou a causar sérios prejuízos para o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida da população urbana, dando causa ao surgimento de ocupações informais e precárias nos centros urbanos, situadas normalmente em áreas de alta declividade, encostas e topos de morros, margens de rios, sujeitos a deslizamentos de terras e outros acidentes geológicos e inundações, cujo risco é agravado pela própria forma de ocupação desordenada e sem orientação técnica.

A despeito de serem áreas inseridas nos espaços urbanos, as populações ali residentes, dado o caráter precário das ocupações, geralmente não têm acesso regular aos serviços públicos essenciais, em especial abastecimento de água, iluminação pública e domiciliar.

Promover a regularização dos assentamentos urbanos informais precários situados nas cidades brasileiras é medida urgente e indispensável para corrigir a enorme desigualdade social, contribuindo para erradicação da pobreza e inclusão das populações beneficiárias das respectivas políticas públicas, além de garantir-lhes o direito à moradia com dignidade.

6.8.2 – A LEI FEDERAL 11.977/2009

A Lei Federal 11.977/2009 é oriunda da Medida Provisória 459, de 25 de março de 2009, publicada no DOU de 26.03.2009, editada para regulamentar o Programa “Minha Casa Minha Vida”. Além das normas do programa referido, a MP, em seu capítulo III, instituiu normas gerais para regularização de assentamentos informais

urbanos, englobando vilas, favelas, loteamentos clandestinos e irregulares.

Na exposição de motivos de encaminhamento da MP ao Congresso Nacional, o então Ministro das Cidades, Márcio Fortes consignou que "a regularização fundiária urbana é um passo fundamental na garantia do direito constitucional de moradia, especialmente para as populações de menor renda, as mais afetadas pela falta de oportunidades de acesso ao mercado habitacional. Além disso, a regularização fundiária, ao resolver problemas relativos ao meio ambiente, à ordem urbanística e questões jurídicas atinentes ao direito de propriedade, significa o resgate da cidadania das populações mais pobres e a sua integração à cidade legal. Além disso, permite que o Poder Público local realize investimentos nas áreas precárias, dotando-as de serviços urbanos e infraestrutura, de modo a melhorar a qualidade de vida dos seus ocupantes."[29)]

A MP 459/2009 veio a ser convertida na Lei Federal 11.977/2009 em 07 de julho de 2009.

A Lei 11.977/2009 consistiu na materialização do comando inserto no artigo 2º, inciso XIV da Lei Federal 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que definiu, como uma das diretrizes da política urbana, a edição de um diploma legal dispondo sobre regularização fundiária que estabelecesse normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Consoante o artigo 46 da Lei 11.977/2009 "a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado."

A definição legal deixa evidente que o legislador procurou aliar a regularização cartorária (consistente na aprovação urbanística do assentamento, registro em cartório imobiliário do ato de aprovação na matrícula da gleba parcelada, se houver, e a titulação dos ocupantes) com a introdução de melhorias urbanísticas (obras de infraestrutura urbana) e ambientais (saneamento e recuperação ambiental).

A Lei Federal 11.977/2009 é norma geral de direito urbanístico e, como tal, em razão da competência concorrente entre os diversos entes da federação, estabelecida no artigo 24, I c/c §1º da CF/88, não obsta que os Estados, Distrito Federal e Municípios editem normas locais de regularização fundiária, desde que em consonância com as normas gerais federais.

Por outro lado, não ficam os Municípios impedidos de promover a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares situados em seus territórios pela ausência de leis locais. Neste caso, aplicar-se-á integralmente o diploma federal.(art. 49).

A legitimidade para implementação da regularização fundiária urbana foi ampliada para incluir a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e também os beneficiários, individual ou coletivamente e as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária (artigo 50 da Lei 11.977/2009).

Importante esclarecer que os legitimados para a promoção da regularização fundiária estarão legitimados também para realizar os atos de registro no cartório imobiliário, após a aprovação do respectivo projeto pelo Município.
A lei estabelece também o conteúdo mínimo do projeto de regularização fundiária, que deverá indicar as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão realocadas. Esta última providência será adotada na hipótese de se pretender abrir alguma via ou espaço público de outra natureza em área ocupada por edificações. O projeto indicará ainda as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público, as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei, as condições para promover a segurança da população em situações de risco e as medidas previstas para adequação da infraestrutura urbana básica.

A Lei 11.977/2009 é peremptória ao determinar a adoção de medidas necessárias para promover a segurança da população moradora de áreas de risco, o que pode envolver, eventualmente, necessidade de remoções

pontuais.

A regularização fundiária somente poderá ser realizada se acompanhada de intervenções que garantam a segurança dos ocupantes, a exemplo de obras de contenção, remodelamento e revegetação de taludes, canalização das águas pluviais e servidas, entre outras medidas técnicas. Acaso estas intervenções se mostrem tecnicamente inviáveis ou demasiadamente onerosas, não poderá ser feita a regularização fundiária, devendo ser assegurado o direito de moradia dos ocupantes em outro local.

A regularização fundiária implicará também a realização das obras de infraestrutura urbana necessárias para garantir as condições sanitárias e de habitabilidade do local.

Ressalte-se que a Lei dispensou a apresentação do projeto de regularização fundiária para registro de sentenças de usucapião (individual ou coletivo) e das decisões administrativas de outorga de concessão de uso especial de imóveis públicos para fins de moradia, na forma da Medida Provisória nº 2220-2001.

O legislador previu no artigo 51, §3º da Lei 11.977/2009 a possibilidade de realização da regularização fundiária por etapas, razão porque fica o regularizador dispensado de cumprir um rigoroso cronograma de obras com prazo máximo de 04 anos, tal como previsto na Lei 6766/1979.

Por fim, a seção I, em seu artigo 52, instituiu a possibilidade do Município, no caso de ocupações urbanas informais consolidadas anteriormente à publicação da Lei 11.977/2009, dispensar o percentual mínimo de áreas públicas e de área dos lotes previstos na legislação municipal de parcelamento do solo. A dispensa é possível e legítima nos casos de regularização fundiária de interesse social, relativos a ocupações consolidadas de população de baixa renda. Nos casos de regularização fundiária de interesse específico, deverá haver compensação pecuniária ou complementação da área pública faltante em outro local, conforme preceitua o artigo 43, parágrafo único da Lei 6766/1979.

6.8.3 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

A Lei 11.977/2009 instituiu duas modalidades de regularização fundiária de assentamentos urbanos informais: a regularização fundiária de interesse social e a regularização fundiária de interesse específico. Dada a importância social da primeira modalidade de regularização fundiária e dos novos institutos jurídicos criados pela Lei 11.977/2009 a ela conexos, a exemplo da demarcação urbanística, da legitimação de posse e da regularização fundiária em áreas de preservação permanente, esta nota técnica vai fixar-se exclusivamente nesta modalidade de regularização fundiária.

Relativamente à regularização fundiária de interesse social, o legislador a definiu no artigo 47, VII, como a regularização de assentamentos irregulares ocupados predominantemente, por população de baixa renda[30)] em área que esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos, de imóveis situados em ZEIS ou áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Importante ressaltar que o legislador autorizou a utilização desta modalidade de regularização apenas em áreas ocupadas predominantemente por população de baixa renda.

A caracterização da ocupação como de baixa renda é de suma importância para permitir a utilização dos procedimentos inovadores da demarcação urbanística, da legitimação de posse, da dispensa do percentual mínimo de áreas públicas e da gratuidade dos atos cartorários relativos à regularização fundiária de interesse social.

A regularização fundiária de interesse social também depende da elaboração, análise e aprovação do respectivo projeto pelo Município, em consonância com o artigo 30, VIII da Constituição Federal que estabelece ser da

competência do Município, o controle do uso, ocupação e parcelamento do solo urbano.

Portanto, ainda que a regularização fundiária seja realizada pela União ou pelos Estados em terrenos públicos de suas propriedades, caberá ao Município estabelecer as diretrizes para elaboração do projeto, bem como sua aprovação final.

O projeto de regularização fundiária deve ser elaborado em consonância com o que dispõe o artigo 51 da Lei. A circunstância da ocupação não atender aos parâmetros legais vigentes não poderá ser empecilho para o deferimento da regularização fundiária.

6.8.4 – AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

Uma das principais inovações trazidas pela Lei 11.977/2009 consiste na possibilidade de regularização fundiária de interesse social de ocupações urbanas consolidadas até 31.12.2007, situadas em áreas de preservação permanente.

Neste aspecto, importante aduzir que o Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, recentemente editada, se reporta à Lei Federal 11.977/2009, quando disciplina o procedimento de regularização fundiária de interesse social das ocupações por população de baixa renda consolidadas em áreas de preservação permanente situadas no perímetro urbano.

Com efeito, a Lei 12.651/2012 estabelece:

> Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos assentamentos inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009.

A Lei 11.977/2009 autoriza, no artigo 54, §1º que o Município, por decisão motivada, admita a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implicará a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

A lei define área urbana consolidada para fins de regularização fundiária a “parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: a) drenagem de águas pluviais urbanas; b) esgotamento sanitário; c) abastecimento de água potável; d) distribuição de energia elétrica; ou e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos. O estudo técnico que subsidiará a decisão do Município deverá observar o conteúdo indicado no artigo 51, § 2º, *in verbis*:

> Art. 51 (omissis)
>
> (…)
>
> § 2o. O estudo técnico referido no § 1º deverá ser elaborado por profissional legalmente habilitado, compatibilizar-se com o projeto de regularização fundiária e conter, no mínimo, os seguintes elementos:
>
> I – caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

> II – especificação dos sistemas de saneamento básico;
>
> III – proposição de intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações;
>
> IV – recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;
>
> V – comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;
>
> VI – comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e
>
> VII – garantia de acesso público às praias e aos corpos d´água, quando for o caso.

Se a regularização fundiária de interesse social estiver sujeita a licenciamento ambiental em nível estadual[31], caberá ao órgão ambiental estadual deferir a regularização da ocupação em áreas de preservação permanente.

6.8.5 – AS OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA E O PAPEL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como dito anteriormente, vários são os legitimados para a promoção da regularização fundiária de assentamentos urbanos informais. Em se tratando de regularização de interesse social, poderá ela ser implantada em etapas, nos termos do artigo 51, §3º da Lei 11.977/2009, podendo, inclusive, as obras de infraestrutura urbana precederem a regularização cartorial do parcelamento do solo (artigo 55, parágrafo único).

O parágrafo segundo do artigo 51 estabelece que cabe ao Município definir o cronograma físico das obras e serviços a serem realizados. Tal determinação, a nosso ver, em se tratando de regularização fundiária de interesse social, dirige-se ao próprio poder público e às suas concessionárias, e deve estar acorde com as respectivas leis orçamentárias.

Isto porque, nos termos do artigo 55, caberá em tais casos, ao Poder Público, diretamente ou por seus concessionários e permissionários de serviços públicos, a implantação das obras de infraestrutura urbana básica, ainda que a regularização seja promovida por outros legitimados.

6.8.6 – CONCLUSÃO

O processo de expansão urbana brasileira, iniciado no final do século XIX e incrementado a partir da industrialização deflagrada em meados da década de 50 do século passado, ocorreu sem qualquer planejamento, o que acarretou um enorme passivo ambiental nos centros urbanos e comprometeu a qualidade de vida das populações urbanas, em razão da proliferação dos assentamentos urbanos informais, que englobam as vilas, favelas e os loteamentos clandestinos e irregulares.

Somente nas últimas décadas a questão do planejamento da expansão urbana passou a preocupar nossos legisladores.

Atendendo a um reclamo da sociedade civil organizada e cumprindo diretriz consagrada pelo Estatuto da Cidade, foi recentemente editada a Lei Federal 11.977/2009, legislação que instituiu mecanismos para

regularização de assentamentos urbanos informais consolidados, entre eles, a regularização fundiária de interesse social, voltada para as ocupações de baixa renda, cujas disposições inovadoras, se devidamente aplicadas, contribuirão decisivamente para concretizar os preceitos constitucionais da função social da cidade e da propriedade urbana e o direito social à moradia.

Neste aspecto, o Ministério Público tem papel preponderante na aplicação da nova lei de regularização fundiária, seja difundindo-a junto ao Poder Público em todas as suas esferas e junto à sociedade, seja capacitando todos os legitimados para sua implementação, bem ainda cobrando dos Municípios brasileiros sua estruturação administrativa para realização de projetos de regularização fundiária de interesse social e destinação de recursos orçamentários necessários para tal.

O passivo deixado por décadas de expansão urbana desordenada não se resolverá em curto espaço de tempo, mas é preciso que os Municípios brasileiros instituam políticas públicas de regularização fundiária.

6.8.7 – TÉCNICAS DE ATUAÇÃO

Para efetivação do direito difuso à regularização fundiária de assentamentos informais ocupados por população de baixa renda, tal como preconizado no Estatuto da Cidade – Lei Federal 10.257/2001, artigo 2º, XIV, o Promotor de Justiça com atribuição para atuação na área de Habitação e Urbanismo poderá adotar as seguintes providências:

1) Requisitar ao Município informações sobre vilas, favelas e loteamentos clandestinos existentes em seu território;
2) Entabular negociação com o Município para elaboração do plano municipal de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, para diagnóstico de cada um dos assentamentos existentes, sua situação registral e de infra-estrutura urbana, com hierarquização de prioridades para fins de regularização fundiária;
3) Propor ao Município um cronograma de intervenções, conforme prioridades elencadas;
4) Em caso de empreendimentos privados, com empreendedor identificado, propor TAC ou ACP em face dos mesmos para regularização fundiária;
5) No caso de o Município não aceitar firmar TAC para estabelecer cronograma de regularização, propor ACP para cada assentamento individualmente;
6) Adotar as providências criminais e por improbidade administrativa pertinentes em face dos responsáveis (arts. 50, 51, 52 da Lei 6766/1979).

6.9 - As APPs urbanas

6.9.1 - As áreas de preservação permanente e parcelamento, uso e ocupação do solo urbano

Observação: Estamos mantendo este artigo no Manual, em que pese elaborado com base na revogada Lei Federal 4771/1965 para fins de compreensão da evolução legislativa do tema. No item 6.9.2 serão abordadas as inovações legislativas trazidas pela Lei Federal 12.651/2012 e pela Lei estadual 20.922/2013.

6.9.1.1 - A preservação do meio ambiente e as áreas protegidas

A Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente ao *status* de direito fundamental na medida em que estabeleceu que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto inafastável para a vida humana com dignidade.[32)] Para assegurar a fruição desse direito, o constituinte determinou ao Poder Público, dentre outras obrigações,

> definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, §1º, III da CF/88).

Está assentado entre os doutrinadores pátrios que esses espaços territoriais a serem protegidos, também denominadas "áreas ambientalmente protegidas" são a) as unidades de conservação previstas na Lei Federal 9.985/2000 – Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação; b) as áreas de preservação permanente, previstas nos arts. 2º e 3º da Lei Federal 4.771/1965 – Código Florestal e c) a áreas rurais de reserva legal, criadas pelo art. 16 da Lei Federal 4.771/1965. Não existem muitas divergências sobre as unidades de conservação, uma vez que as formas de criação, modalidades e possibilidades de utilização estão adequadamente regradas na Lei Federal 9.985/2000. A reserva legal, por seu turno, também está adequadamente regulamentada no Código Florestal, incidindo unicamente nas propriedades rurais. A controvérsia sempre cingiu-se às áreas de preservação permanente, eis que, a despeito do Código Florestal haver sido editado em 1965, ainda hoje existe grande resistência quanto à aplicação das normas legais que instituíram as APPS, especialmente nas áreas urbanas.

A partir da deflagração de uma atuação vigorosa do Ministério Público em todo o território nacional para ver cumpridas as disposições legais pertinentes às áreas de preservação permanente em contraponto à contumaz inércia do poder público no exercício do seu poder de polícia administrativa, haveria mesmo de surgir uma situação de conflito, caracterizada pela enorme resistência dos empreendedores em geral em observar as limitações administrativas concernentes às áreas de preservação permanente.

6.9.1.2 - Conceito de áreas de preservação permanente, formas de instituição e importância

O Código Florestal define em seu artigo 1º, §2º:

> [...] área de preservação permanente a área protegida nos termos dos arts. 2o e 3o desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (inciso II).

O diploma legal em comento previu duas espécies de áreas de preservação permanente: aquelas criadas pelo art. 2º, denominadas áreas de preservação ermanente *ex lege*[33)] e as instituídas por ato do Poder Público com as funções descritas no seu art. 3º.[34)] É certo que uma vez instituídas as áreas de preservação permanente por ato declaratório do poder público, somente por lei específica poderão elas ser suprimidas ou alteradas, conforme estatui o art. 225, 1º, III da CF/88.

A supressão de vegetação ou a intervenção em áreas de preservação permanente dar-se-á exclusivamente com prévia autorização do Poder Público

> […] em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (art. 4º do Código Florestal).

O legislador, portanto, a nosso sentir, não deixou margem de discricionariedade ao administrador público competente para autorização das intervenções em áreas de preservação permanente, na medida em que definiu de forma categórica os conceitos de "utilidade pública" e "interesse social", abrindo, contudo, oportunidade para que o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, no exercício de sua competência prevista no artigo 6º, II da Lei 6938/1981 definisse outras hipóteses de interesse social e utilidade pública, além daqueles descritas no Código Florestal, facultando também ao órgão ambiental competente a autorização para supressão eventual e de baixo impacto, conforme definido em regulamento. (art. 4º, §3º).

Com efeito, o art.1º, §2º, do Código Florestal estabelece *in verbis*:

> IV - utilidade pública: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

> V - interesse social: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
>
> c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

O Conselho Nacional de Meio Ambiente, no exercício do seu poder regulamentar, editou as resoluções 302 e 303/2002 e 369/2006. A Resolução CONAMA 369/2006 dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP e estabelece *litteris*:

> Art. 2o O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico - Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos:
>
> I - utilidade pública:

a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;

b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;

c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;

d) a implantação de área verde pública em área urbana;

e) pesquisa arqueológica;

f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e

g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aqüicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1o e 2o do art. 11, desta Resolução.

II - interesse social:

a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;

b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;

c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;

d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental, observados os parâmetros desta Resolução.

Art. 3o - A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar:

I - a inexistência de alternativa técnica e locacional às obras, planos, atividades ou projetos propostos;

II - atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos de água;

III - averbação da Área de Reserva Legal; e

IV - a inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos acidentais de massa rochosa.

> Art. 4o - Toda obra, plano, atividade ou projeto de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental, deverá obter do órgão ambiental competente a autorização para intervenção ou supressão de vegetação em APP, em processo administrativo próprio, nos termos previstos nesta resolução, no âmbito do processo de licenciamento ou autorização, motivado tecnicamente, observadas as normas ambientais aplicáveis.
>
> § 1º- A intervenção ou supressão de vegetação em APP de que trata o *caput* deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2o deste artigo.

As hipóteses de intervenção eventual e de baixo impacto estão definidas no artigo 11 da resolução em comento e delas falaremos mais adiante.[35].

6.9.1.3 - A aplicação do Código Florestal na área urbana

Por muito tempo discutiu-se e ainda se discute sobre a aplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas. A nosso ver, a controvérsia se mostra desprovida de sentido e decorre principalmente da resistência dos empreendedores e proprietários de imóveis urbanos em sujeitarem-se às limitações administrativas decorrentes do regime jurídico das APPS.

O artigo 1º da Lei no 4.771/1965, ao dispor que:

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

não explicitou qualquer restrição à sua aplicabilidade nas áreas urbanas.

A redação introduzida ao parágrafo único do artigo 2º do Código Florestal pela Lei Federal no 7.803/1989, salvo engano, serviu para sepultar qualquer controvérsia ao dispor que

> no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.(grifo nosso).

A parte final do dispositivo legal transcrito não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade das normas disciplinadoras das APPs nas áreas urbanas, devendo eventual legislação suplementar emanada dos Estados e Municípios respeitar os limites e princípios estatuídos pelo Código Florestal, em virtude de sua natureza de norma geral.

Impõe-se evidenciar que os que defendem posição em contrário, fulcram-se na denominada “autonomia municipal” sustentando que o Município teria competência legislativa plena para disciplinar assuntos de “interesse local” (art. 30, I da CF/88) e para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII da CF/88).

Parece-nos, contudo, que o entendimento acima esposado, não se coaduna com o sistema de repartição de competências instituído pela CF/88.Como se sabe, o art. 24 confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre “VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza,

defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição".

Em se tratando de competência concorrente, cabe à União, nos termos do artigo 24, §1º da CF/88, editar normas gerais e aos demais entes da federação, editar normas suplementares (§2º), defluindo do sistema que as normas suplementares de Estados e Municípios deverão se conjugar com as normas gerais federais. Neste sentido, a lição de Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

> > [...] de uma análise conjunta dos artigos 24, inciso VI e seu §2º, artigo 30, II e artigo 225, todos do Texto Maior, somente podemos chegar à conclusão de que, sendo dever do Poder Público defender e preservar o meio ambiente, nem a União, e nem os Estados poderiam, dentro de sua competência concorrente, editar norma que viesse a prejudicar os ecossistemas essenciais, assim como não poderia fazê-lo o Município, dentro de sua competência suplementar.[36)]

José Afonso da Silva ressalta que

> > [...] é importante ter em mente a parte final do dispositivo, que manda observar os princípios e limites previstos no artigo 2º do Código que define as florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente, porque isso significa que o regime municipal tem que respeitar o regime do Código Florestal.[37)]

Paulo de Bessa Antunes, por seu turno, ao comentar o parágrafo único do art. 2º do Código Florestal, afirma que o

> > respeito aos limites e princípios estabelecidos pelo Código Florestal deve ser interpretado como a impossibilidade legal de os municípios tornarem mais flexíveis os parâmetros estabelecidos na lei federal.[38)]

Paulo Affonso Leme Machado, no mesmo diapasão, enfatiza que:

> > [...] ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado artigo 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d'água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação da vegetação de 'preservação permanente', de acordo com a largura do curso d'água. A autonomia municipal ambiental entrosa-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente[39)].

6.9.1.4 - A observância das restrições legais à ocupação das APPS nos empreendimentos de parcelamento do solo urbano

Restando assentado que as disposições do Código Florestal que disciplinam a intervenção e supressão de vegetação em áreas de preservação permanente se aplicam às áreas urbanas, dúvidas não há também que tais limitações devem ser observadas nos empreendimentos de parcelamento do solo urbano, em face da necessidade de conciliarmos o desenvolvimento e a expansão urbanos com a preservação do meio ambiente em prol da qualidade de vida nos centros urbanos, numa síntese do chamado desenvolvimento sustentável, sob pena de inviabilizarmos a fruição dos recursos naturais às futuras gerações. Este pensamento se coaduna com o escopo que inspirou a edição da Lei Federal 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que regulamentou os artigos 182 e 183 da CF/88 e contém normas de ordem pública e interesse social, estabelecendo no parágrafo único do artigo 1° que o uso da propriedade privada urbana deve se dar em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O artigo 2° do diploma legal referido fixa diretrizes para a política urbana, mais uma vez evidenciando a preocupação do legislador em conciliar o "pleno desenvolvimento urbano" com "a função social da cidade e da propriedade urbana". Dentre as diretrizes gerais a serem observadas nas políticas a serem implantadas pelos Municípios brasileiros, colhemos:

* garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
* planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
* ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana, a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente, a deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental;
* adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
* proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
* audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
* regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais.

Vê-se, portanto, que não é mais possível, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pensar-se em planejamento e expansão urbanos ou mesmo em atividades econômicas sem considerarmos seus impactos sobre o meio ambiente. Deparando-nos com a questão da expansão urbana, impõe-se evidenciar a forma como as áreas de preservação permanente vêm sendo ocupadas nas cidades brasileiras. Infelizmente, o regime legal das APPS é diuturnamente desobedecido, quer seja pela ação comissiva dos empreendedores, quer seja pela omissão sistemática da administração pública no exercício do seu poder de polícia, através de atuação fiscalizatória das atividades exercidas no espaço urbano, dando azo ao crescimento urbano desenfreado e marginal, contribuindo decisivamente para a degradação do meio ambiente, dos recursos hídricos, dos solos, e, principalmente, da qualidade de vida dos habitantes das cidades.

As áreas de preservação permanente são consideradas *ex lege*

> de importância vital para a manutenção do equilíbrio ecológico, devendo serem resguardadas de ações danosas, inclusive no que tange a intervenções urbanísticas.[40)]

Assim, ao implantar um loteamento deve o empreendedor resguardar as áreas de preservação permanente, abstendo-se de parcelá-las em face de sua condição de áreas *non aedificandi*. Destarte, as limitações decorrentes do regime legal das APPS estão em perfeita consonância com os princípios constitucionais da função sócio-ambiental da propriedade e do desenvolvimento econômico sustentável.

Como se sabe, de há muito o direito de propriedade deixou de ser o direito absoluto do proprietário de usar, gozar e dispor livremente da coisa. Luis Henrique Paccagnella doutrina que

> […] é da essência do nosso sistema que o direito de propriedade só é reconhecido pela ordem jurídica estatal, se for cumprida a função social da propriedade, concomitantemente com o proveito pessoal do detentor do domínio". […] Assim, a propriedade só existe enquanto direito se respeitada a função social. Desatendida esta, não existe direito de propriedade amparado pela Constituição.[41)]

Entrementes, a CF/88 enfatiza que a função social da propriedade é cumprida quando exercida de forma compatível com a preservação do meio ambiente e a utilização adequada dos recursos naturais.[42)]

Outrossim, o exercício de qualquer atividade econômica é assegurado pelo texto maior, desde que observados, dentre outros princípios, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente (art. 170, III e VI). Assim, os empreendimentos de parcelamento do solo urbano sujeitam-se às regras e limitações instituídas pelo Código Florestal, especialmente as que disciplinam as áreas de preservação permanente.

Observamos que a preservação do meio ambiente e seus reflexos na qualidade de vida dos moradores do espaço urbano e na dignidade da pessoa humana já preocupavam o legislador da Lei Federal 6766/1979, que institui normas gerais de parcelamento do solo urbano.

Com efeito, o artigo 3º, parágrafo único do referido diploma dispõe:

> Art. 3º - (*omissis*)
>
> Parágrafo único – Não será permitido o parcelamento do solo:
>
> I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;
>
> II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública , sem que sejam previamente saneados;
>
> III – em terrenos com declividade igual ou superior a trinta por cento, salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;
>
> IV – em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;
>
> V- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até sua correção.(grifo nosso).

A doutrina concorda que as áreas de preservação permanente estão incluídas dentre as “áreas de preservação ecológica” a que se refere o inciso V do parágrafo único do art. 3º acima transcrito.[43)] Outrossim, é entendimento sufragado que as dimensões e limites de proteção instituídos pelo Código Florestal prevalecem sobre as dimensões fixadas no art. 4º, III, da Lei no 6.766/1979, assim vazado:

> Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:
>
> [...]
>
> III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de quinze metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;(grifo nosso)

Como se vê, o próprio legislador de 1979 estabeleceu área *non aedificandi* mínima de 15 metros ao longo das margens dos cursos d’água, ressalvando exigências maiores realizadas por legislação específica. Ora, o Código Florestal é legislação específica *in casu*, prevalecendo suas disposições em contrário. Para adequado entendimento da matéria, impõe-se analisar a evolução cronológica da legislação que regulamentou as áreas de preservação permanente.

Até o advento da Lei no 6.766/1979, o Código Florestal estabelecia em seu artigo 2º, alínea “a”, como área de preservação permanente, quer nas áreas rurais e nas urbanas, a faixa de 05 metros ao longo dos cursos d’água.

Com a edição da Lei no 6.766, em 19 de dezembro de 1979, passou a vigir, em relação às áreas urbanas, a faixa de preservação de 15 metros ao longo dos rios, consoante o art. 4º, III acima transcrito.

Todavia, a Lei Federal no 7.511/1986, que alterou o Código Florestal, deu nova redação ao art. 2º, alínea "a", ampliando a área de preservação de 05 para 30 metros, derrogando, por via de conseqüência, o art, 4º, III da Lei no 6.766/1979, passando esta nova metragem a ser aplicável tanto às áreas urbanas quanto às rurais.

Devemos enfatizar que a faixa de proteção de 30 metros instituída pela Lei no 7.511/1986 foi mantida pela Lei no 7.803/1989, que também alterou disposições do Código Florestal. Assim, para os parcelamentos aprovados antes do advento da Lei no 6.766, a faixa de preservação *non aedificandi* era de 5 metros ao longo dos cursos d´água; para os parcelamentos aprovados após 19/12/1979 e até a edição da Lei Federal no 7.511, de 07/07/1986, a faixa mínima é de 15 metros; após a Lei no 7.511/1986, a faixa passou a ser de 30 metros, observando-se que a legislação municipal pode estabelecer critérios mais rígidos do que aqueles fixados na legislação federal.

Quaisquer aprovações de empreendimentos de parcelamento do solo urbano, sem observância das áreas de preservação permanente, ensejam a atuação do Ministério Público para buscar a anulação do ato administrativo, sem prejuízo da responsabilização civil e criminal do gestor público, especialmente por ato de improbidade administrativa.

6.9.1.5 - Da autorização para novas construções em áreas de preservação permanente em loteamentos antigos

Infelizmente, não são poucos os loteamentos aprovados ao longo dos anos que não observaram a faixa legal *non aedificandi* das áreas de preservação permanente, com previsão de lotes em áreas com forte inclinação ou mesmo à margem dos cursos d'água, o que inviabiliza sua ocupação, à luz da legislação federal ambiental e de parcelamento do solo urbano em vigor.

A questão que desafia a atuação do Ministério Público na atualidade é a que diz respeito à expedição de autorizações pelo poder público municipal para construção de edificações novas em loteamentos antigos, assim entendidos aqueles aprovados antes da Lei Federal no 7.511/1986, que ampliou a área de preservação permanente ao longo dos cursos d'água com até de 10 metros de largura para 30 metros, metragem que prevalece até os dias de hoje, ou, mesmo naqueles loteamentos aprovados em desconformidade com a legislação de regência.

O entendimento muitas vezes defendido pelo Poder Público para autorizar tais construções em faixas inferiores a 30 metros dos cursos d'água ou mesmo inferiores a 50 metros das nascentes é de que o proprietário teria direito adquirido para edificar, consoante a legislação em vigor à época da aprovação do loteamento, estaria atuando de boa-fé, diante da existência de um ato administrativo de aprovação do empreendimento, ou, ainda, que se tratam de áreas urbanas com ocupações antrópicas consolidadas.

O entendimento acima esposado não se coaduna com o princípio da função sócio-ambiental da propriedade, cabendo ao proprietário de boa-fé, que se sentir lesado diante de um ato administrativo de aprovação ilegal do loteamento, buscar ressarcimento junto ao Poder Judiciário, não cabendo, contudo, pretender que seu direito individual e de caráter meramente patrimonial prevaleça sobre os direitos difusos ao meio ecologicamente equilibrado e à vida em uma cidade sustentável . Com restou dito, o direito de propriedade não é absoluto, havendo de ser exercido em prol do interesse coletivo e da preservação do meio ambiente, respeitando-se, por consectário lógico, as limitações administrativas instituídas no interesse comum. A função ambiental das áreas de preservação permanente e o direito transgeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado justificam as limitações legais impostas pelo Código Florestal ao direito individual à propriedade privada.

Ruth Cristina Montanheiro lembra que:

> […] à medida que um núcleo urbano cresce e se densifica, cresce o uso dos recursos naturais disponíveis, eliminam-se coberturas vegetais para a abertura de novos loteamentos"; e, muito embora seja "a natureza composta de elementos que se constituem em poderosos recursos para a construção de um habitat urbano saudável e benéfico a todas as formas de vida", "se estes forem ignorados e desrespeitados transformam-se em sérios problemas ou até em catástrofes, como aquelas que há séculos têm castigado as cidades, como é o caso dos deslizamentos e das enchentes ou inundações.[44)]

Destarte, recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que não existe direito adquirido na hipótese vertente. Vejamos:

> […] não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica consolidada, pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei. Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação permanente. O proprietário adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo, submetendo-se às medidas de restrição decorrentes da necessidade de proteção à mata ciliar, mormente se ao adquirir o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP (grifo nosso) (Processo n. 1.0223.03126435-9/002, Relator Desembargadora Vanessa Verdolim, acórdão publicado em 10/03/2006).

Outrossim, a mesma decisão entendeu que não há ocupação consolidada se não existem edificações na área de preservação permanente.

Assim, defendemos o posicionamento de que não existe direito adquirido à construção de novas edificações em APP, ainda quando se trata de loteamento aprovado antes do advento da Lei 7511/1986, que ampliou a faixa *non aedificandi* para 30 metros, não podendo ser autorizado pelo poder público municipal edificação urbana na faixa de proteção, salvo se caracterizadas aquelas hipóteses excepcionais previstas no Código Florestal, regulamentado pela resolução CONAMA 369/2006, a saber, interesse social, utilidade pública ou baixo impacto, desde que comprovada a inexistência de alternativa técnica e locacional por laudo técnico elaborado em procedimento administrativo próprio, concedida prévia anuência do Instituto Estadual de Florestas.

A Lei Estadual no 14.309/2002, com a redação introduzida pela Lei no 18.365, de 1/9/2009 , procurando disciplinar as situações consolidadas, estabeleceu em seu art. 11, *in verbis*:

> Art. 11. Nas áreas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica consolidada, vedada a expansão da área ocupada e atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas.
>
> § 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área, de forma efetiva e ininterrupta, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvipastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pousio.
>
> […]
>
> § 4º A comprovação da ocupação consolidada será realizada por meio de laudo técnico emitido pelo IEF, pela Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - EMATER-MG, ou por profissional habilitado, neste caso acompanhado da anotação de responsabilidade técnica.
>
> Art. 11-A Nas áreas de preservação permanente localizadas em área urbana com plano diretor ou projeto de expansão aprovados pelo Município, será respeitada a ocupação consolidada, atendidas as recomendações técnicas do poder público.

> Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área com edificações, benfeitorias ou parcelamento do solo.

Como se vê, a lei em referência autorizou a permanência de ocupações consolidadas até 19 de junho de 2002, mediante averiguação do caso concreto pelo órgão ambiental competente, dispensando a comprovação do interesse social, da utilidade pública e a inexistência de alternativa técnica e locacional em completa afronta à CF/88 que, em seu artigo 24, §1º, confere à União competência para legislar normas gerais sobre o meio ambiente, competência essa que, em matéria de áreas de preservação permanente, foi materializada no Código Florestal, e por isso, não pode ser flexibilizado pela legislação estadual. Assim é que a lei estadual, ao estabelecer parâmetros de proteção às APPS urbanas menos rígidos que a norma geral federal, padece de inconstitucionalidade flagrante.

A nova lei estadual, tentando ainda contornar o regime legal das APPS estabelecido pela legislação federal, considerou, no artigo 11 A, parágrafo único, como ocupação antrópica consolidada, o mero parcelamento do solo, ainda que não hajam edificações na APP. Tal previsão fere frontalmente o artigo 3º, parágrafo único , V da Lei 6766/1979, que considera as áreas de preservação ecológica imparceláveis. Vê-se, portanto, que a lei estadual fomenta o uso nocivo da propriedade, devendo ter sua inconstitucionalidade questionada *incidenter tantum* nos casos concretos e pela via direta, através de ADI ajuizada perante o STF.

6.9.1.6 - Do interesse social, da utilidade pública e do baixo impacto como requisitos à autorização da intervenção em APP

Como restou acima exposto, a regra é a intocabilidade das áreas de preservação permanente, em razão de seus atributos ambientais; a exceção, a autorização para supressão de vegetação e ocupação exclusivamente nas hipóteses legais, quais sejam, nos casos de utilidade pública, interesse social e ainda nas intervenções eventuais e de baixo impacto. A matéria foi regulamentada pela Resolução CONAMA 369/2006.

Para contornar a restrição legal, alguns administradores municipais editam decretos de efeitos concretos declarando de interesse social ou de utilidade pública empreendimentos específicos fora das hipóteses estabelecidas na Resolução CONAMA 369/2006 ou declarando antecipadamente de baixo impacto quaisquer obras e intervenções que se pretenda realizar em referidos empreendimentos, normalmente condomínios de luxo aprovados em desconformidade com as leis de regência, de forma a poder autorizar construções em APP, favorecendo empresários do ramo imobiliário e consumidores desavisados. Trata-se, obviamente, de burla ao Código Florestal e à Resolução CONAMA 369/2006, passível de anulação pela via judicial. Ademais, tais fatos retratam conduta violadora da legislação pátria, fomentando o Município o uso nocivo da propriedade, conforme expresso no art. 1º e seu § 1º da Lei 4.771 – Código Florestal , de 15.09.65, *in verbis*:

> Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitados do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.
>
> § 1º As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil. (grifo nosso)

Outrossim, o próprio Código Florestal e a Resolução CONAMA 369/2006 estabelecem procedimento administrativo próprio e específico perante o órgão ambiental competente para autorização da intervenção em APP, no qual será elaborado laudo técnico atestando a caracterização ou não das hipóteses legais autorizativas,

bem ainda inexistência de alternativa técnica e locacional, não cabendo ao Poder Executivo Municipal alterar as hipóteses já definidas nos atos normativos citados, salvo para ampliar a proteção da APP.

Se se deparar com a edição de decretos deste jaez, deve o Promotor de Justiça expedir recomendação ao Prefeito para anulá-los e abster-se de expedir novos decretos e, sendo necessário, ajuizar a competente ação anulatória, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal e civil, por improbidade administrativa.

6.9.1.7 - Das autorizações de intervenções eventuais e de baixo impacto em APPS urbanas

Como dito anteriormente, não são poucos os casos de lotes urbanos vagos situados parcial ou integralmente em APPS, cujos proprietários encontram-se frustrados ante a possibilidade de verem sua intenção de construir limitada pelas restrições decorrentes do regime jurídico instituído pelo Código Florestal.

De fato, a construção particular em área urbana para fins residências ou comerciais dificilmente se encaixaria nas hipóteses de utilidade pública ou interesse social.

Em casos tais, eventualmente poderá ser autorizada a edificação em APP, desde que caracterizada a intervenção de baixo impacto, nos moldes preconizados pela Resolução CONAMA 369/2006.

Ao dispor sobre as hipóteses de intervenção ou supressão de vegetação em APP, a resolução mencionada, em seu artigo 11, inciso XI, abriu oportunidade para que os conselhos estaduais de meio ambiente estabeleçam outras hipóteses de intervenções de baixo impacto ambiental, desde que as intervenções não comprometam as funções ambientais destes espaços, especialmente, a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água, os corredores de fauna, a drenagem e os cursos de água intermitentes, a manutenção da biota, a regeneração e a manutenção da vegetação nativa e a qualidade das águas (art. 11, §1º) e não ultrapassem o percentual de 5% da APP localizada na posse ou propriedade (art. 11,§2º), podendo o órgão ambiental competente, conforme o caso, exigir, quando entender necessário, estudos técnicos que comprovem a inexistência de alternativa técnica e locacional.(art. 11, §3º).

Em Minas Gerais, o Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM editou a Deliberação Normativa 76/2004 que dispõe sobre a interferência em áreas consideradas de preservação permanente e dá outras providências. A DN COPAM 76/2004 em seu artigo 1º, inciso II define baixo impacto com a intervenção localizada em Área de Preservação Permanente, que não polua ou degrade significativamente o meio ambiente, assim entendido como aquela atividade que possa provocar alteração das qualidades físicas, químicas ou da biodiversidade, tais como a) prejudicar a saúde ou bem estar da população humana; b) criar condições adversas às atividades sociais ou econômicas; c) ocasionar impactos relevantes à flora, à fauna e à qualquer recurso natural; d) ocasionar impactos relevantes aos acervos históricos, culturais e paisagísticos.

Em regra, a autorização específica para a intervenção ou supressão de vegetação em APP, que não se confunde com alvará de construção, da alçada do Município, é da competência do órgão ambiental estadual. Todavia, em se tratando de intervenção em APP em área efetivamente urbanizada, a autorização dependerá de autorização do órgão municipal competente, desde que o Município possua Conselho de Meio Ambiente - CODEMA, com caráter deliberativo e Plano Diretor, mediante anuência prévia do Instituto Estadual de Florestas - IEF, fundamentada em parecer técnico favorável. No caso de anuência prévia do IEF, deverá ser encaminhado pelo órgão municipal competente o processo devidamente formalizado, contendo os documentos e informações necessárias, para a análise e emissão do parecer técnico por parte do vistoriante (art. 3º, §§2º e 3º, da DN 76/2004).

Conclui-se, portanto, que o órgão ambiental estadual ou municipal, o último, exclusivamente se possuir CODEMA com caráter deliberativo e Plano Diretor e com anuência prévia do IEF, poderão autorizar a edificação particular residencial ou comercial em APP urbana desde que caracterizado o baixo impacto ambiental, observados os requisitos e critérios definidos na Resolução CONAMA 369/2006 conjugada com a DN COPAM 76/2004 acima citados, devidamente comprovados em laudo técnico, observando-se o procedimento previsto

no artigo 4º e seguintes da DN 76/2004[45].

Em se tratando de intervenção ou edificação em APP já concluída, deverá o responsável promover sua regularização perante o órgão ambiental competente (estadual ou municipal, no último caso com anuência do Estado), comprovando, através de laudo técnico, o baixo impacto, consoante os critérios elencados na Resolução CONAMA 369/2006 e na DN COPAM 76/2004, com ocupação da APP, até o limite de 5%(art. 11,§2º, da DN 76/2004) ou, alternativamente, em não se tratando de intervenção de baixo impacto, que se trata de construção concluída até 19 de junho de 2002 (data da vigência da Lei estadual 14.309/2002), comprovando-se a inexistência de alternativa técnica e locacional, estabelecendo-se as medidas mitigatórias e compensatórias pertinentes, vedada peremptoriamente a expansão da área ocupada.

6.9.1.8 – Conclusão

Como restou acima dito, as áreas de preservação permanente, quer sejam urbanas ou rurais, integram as denominadas "áreas protegidas", de natureza *non aedificandi*. Na atividade de parcelamento do solo urbano, o Poder Público Municipal não pode aprovar lotes em áreas de preservação permanente, tampouco autorizar edificações nas faixas de proteção da APP.

No caso dos loteamentos antigos, assim considerados aqueles aprovados antes da edição da Lei Federal no 7.511/1986, que ampliou a faixa de proteção das margens dos córregos com largura de até 10 metros para 30 metros, não existe direito adquirido do proprietário em edificar em APP.

As intervenções em APP somente podem ser autorizadas pela autoridade ambiental competente em regular procedimento administrativo, após a expedição de laudo técnico que ateste o interesse social, a utilidade pública ou baixo impacto do empreendimento, consoante critérios explicitados na Resolução CONAMA 369/2006 e DN 76/2004 e ainda, a inexistência de alternativa técnica e locacional, devendo ser indicadas medidas mitigatórias ou compensatórias pertinentes.

6.9.1.9 - Referências bibliográficas

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Apontamentos acerca da aplicação do Código Florestal em áreas urbanas e seu reflexo no parcelamento do solo. In: Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo, Imprensa Oficial/ Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.

JELINEK, Rochelle. A delimitação e a proteção das áreas de preservação permanente e seus reflexos no parcelamento do solo urbano. (disponível na página do CAO-MA)

JELINEK, Rochelle. As áreas de preservação permanente no perímetro urbano. (disponível na página do CAO-MA)

SANTIAGO, Alex Fernandes. Ocupação Urbana, áreas de preservação permanente, operações urbanas consorciadas e o Ministério Público. (disponível na página do CAO-MA)

6.9.2 – O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AS APPS URBANAS – ORIENTAÇÕES PARA ATUAÇÂO DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

6.9.2.1 – INTRODUÇÃO

Recentemente foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, a Lei Federal 12.651/2012, que dispõe sobre o Novo Código Florestal, revogando *in totum* a Lei 4771/1965, com suas alterações, em especial a MP 2166-67/2001.

A tramitação do projeto de lei citado foi bastante tumultuada, tendo ocorrido verdadeira queda de braço entre os setores ambientalista e agropecuário, o primeiro buscando evitar o retrocesso legislativo e a diminuição da proteção ambiental, enquanto o segundo pretendia garantir anistia para intervenções realizadas ao arrepio do diploma legal então em vigor e seus regulamentos, com isenção das obrigações de reparação dos danos ambientais e necessidade de recompor as áreas afetadas.

A nova lei acabou sendo promulgada pela Presidência da República com alguns vetos, que foram *incontinenti*, supridos pela MP 571/2012, posteriormente transformada na Lei Federal 12727/2012.

Outrossim, durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional, o debate foi tão dominado pelo setor do Agronegócio, representado pela CNA – Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, que pouco se discutiu sobre as áreas de preservação permanente urbanas, sendo escassos os dispositivos legais do Novo Código que tratam da matéria.

6.9.2.2 - A APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL NAS ÁREAS URBANAS

A Lei 4771/1965 continha dispositivo expresso sobre a aplicabilidade do Código Florestal nas áreas urbanas, a saber:

»Art. 2º - (...)

> Parágrafo único: No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo." (grifo nosso).

A Lei 12. 651/2012, de igual forma, contém dispositivo, que ao dispor sobre os princípios da proteção e uso sustentável das florestas e demais formas de vegetação, estabelece, *in verbis*:

> Art. 1º - A (...)
>
> VI – responsabilidade comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais (incluído pela Medida Provisória n. 571/2012) (grifo nosso).

Do mesmo modo, quando disciplina as áreas de preservação permanente no entorno dos lagos e lagoas

naturais no artigo 4º, inciso II, “a” e “b”, a Lei concede tratamento diferenciado, quer se trate de área rural ou urbana, conforme já fazia a Resolução CONAMA 303/2002.

Outrossim, o Novo Código se reporta à Lei Federal 11.977/2009, que disciplina o procedimento de regularização fundiária de interesse social e específico, quando aborda a questão da regularização perante os órgãos ambientais das ocupações consolidadas em áreas de preservação permanente situadas no perímetro urbano, tópico que será abordado detalhadamente mais à frente.

6.9.2.3 – DO RETROCESSO AMBIENTAL

Setores da sociedade civil, ambientalistas e o próprio Ministério Público Brasileiro estão reagindo fortemente à nova lei, ao argumento de sua inconstitucionalidade, porque houve retrocesso legislativo, em face da diminuição da proteção do meio ambiente, o que é vedado por nossa Constituição Federal, considerando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à categoria de direito fundamental humano, e por isso, objeto de proteção da cláusula pétrea inserta no artigo 60,§4º, IV da CF/88.

Tiago Fensterseifer observa que

> …A proibição de retrocesso, nesse contexto, diz respeito mais especificamente a uma medida protetiva dos diretos fundamentais (e da dignidade humana) contra a atuação do legislador em termos de retroceder nas garantias e na tutela normativa já existentes para com os direitos em questão. A proibição de retrocesso constitui-se de um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, como registra Sarlet, entre outros, o princípio do Estado (democrático e social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, as garantias expressamente previstas (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada), o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção de confiança.[46)]

De fato, vários são os exemplos extraídos da nova lei que confirmam a assertiva do retrocesso ambiental.

Por exemplo, no regime anterior, a Resolução CONAMA 303/2002 estabelecia no artigo 3º, I que a área de preservação permanente de margem de córrego era contada em faixa marginal, a partir do nível mais alto das águas, em projeção horizontal, de forma que a APP era medida apenas após a faixa de inundação do curso d’água.

A lei atual, contudo, estabelece que a APP será contada a partir da borda da calha do leito regular do rio, computando como APP a faixa de inundação.

Outrossim, ao conceder anistia em alguns casos para intervenções irregulares ocorridas na zona rural, dispensando o degradador da obrigação de reparação integral, a lei criou uma espécie de dano ambiental não sujeito a reparação, quebrando a harmonia do sistema instituído pela CF/88 – artigo 225, §3º e pelo art. 14, §1º da Lei Federal 6938/1981.

Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade da Lei em referência depende de decisão judicial, quer seja pela via direta, através de ajuizamento de ADI pelo Procurador Geral da República ou outros legitimados, nos termos do artigo 103 da CF/88, quer seja pela via incidental ou difusa, em ações ajuizadas perante os Juizes de Primeira Instância, diante de casos concretos, em que eventual decisão neste sentido fará coisa julgada *inter partes*.

6.9.2.4 - A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

Diante da alteração legislativa, vários colegas estão solicitando à Coordenadoria Estadual das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo orientação para a atuação.

Em se tratando de TACs firmados e ações judiciais com decisões transitadas em julgado, assentados no regime da Lei 4771/1965 e respectiva regulamentação, nada muda, em deferência ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, garantias constitucionais previstas no artigo 5º, XXXVI da CF/88.

Outrossim, nos casos ainda pendentes de solução, é de se arguir a inconstitucionalidade da Lei Federal 12.651/2012 e da Lei Estadual 22.922/2013 no que representar retrocesso ambiental.

As áreas de preservação permanente, quer sejam urbanas ou rurais, integram as denominadas “áreas protegidas”. Na atividade de parcelamento do solo urbano, o Poder Público Municipal não pode aprovar lotes e áreas institucionais em áreas de preservação permanente, tampouco autorizar edificações nas faixas de proteção da APP, salvo nas hipóteses legalmente previstas.

As intervenções em APP somente podem ser autorizadas pela autoridade ambiental competente em regular procedimento administrativo, após a expedição de laudo técnico que ateste o interesse social, a utilidade pública ou baixo impacto do empreendimento, consoante critérios explicitados na Resolução CONAMA 369/2006, e ainda, a inexistência de alternativa técnica e locacional, devendo ser indicadas medidas mitigatórias ou compensatórias pertinentes (art. 5º).

Outrossim, deve-se argüir a inconstitucionalidade incidental do artigo 2º, III da Lei Estadual 22.922/2013, no que concerne à possibilidade de regularização das intervenções não autorizadas nas APPS urbanas, que a lei estadual denomina “ocupação antrópica consolidada” em área urbana, por manifesta colidência com a Lei 6766/1979, que disciplina o parcelamento do solo urbano e ainda por ser menos protetiva que a lei federal. Vejamos o que dispõe o citado artigo da Lei estadual 20.922/2013:

> Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
>
> [...]
>
> III - ocupação antrópica consolidada em área urbana o uso alternativo do solo em Área de Preservação Permanente - APP - definido no plano diretor ou projeto de expansão aprovado pelo município e estabelecido até 22 de julho de 2008, por meio de ocupação da área com edificações, benfeitorias ou parcelamento do solo;

Como se vê, a lei em referência autorizou a permanência de ocupações consolidadas até 22 de julho de 2008, mediante averiguação do caso concreto pelo órgão ambiental competente, dispensando a comprovação do interesse social, da utilidade pública, do baixo impacto e a inexistência de alternativas técnica e locacional.

A lei estadual, tentando contornar o regime legal das APPS considerou, no artigo transcrito, como ocupação antrópica consolidada, o mero parcelamento do solo, ainda que não hajam edificações na APP. Tal previsão fere frontalmente o artigo 3º, parágrafo único, V da Lei 6766/1979, que considera as áreas de preservação ecológica não parceláveis. O dispositivo legal estadual viola, portanto, regra de competência da União para estabelecimento de normas gerais em matéria de Direito Urbanístico (art. 24, I da CF/88).

Por outro lado, na prática, o dispositivo legal estadual passou a permitir futuras e intermináveis intervenções e supressões de vegetação em APP fora das hipóteses autorizativas previstas no Código Florestal federal em vigor, burlando o regime legal das APPs, fomentando o uso nocivo da propriedade urbana e a degradação do meio ambiente.

Deve-se observar que a norma estadual flexibiliza a norma federal, pois o atual Código Florestal Federal – Lei 12.561/2012, em que pese o evidente retrocesso ambiental que operou, **não permite a realização de novas intervenções e supressão de vegetação em APP fora das hipóteses de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto, exigindo ainda, em alguns casos a comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional**.

E é categórico no artigo 8º, §4º:

> Art. 8o A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.
>
> [...]
>
> § 4o Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

Diante do exposto, conclui-se que não se pode, com base nos citados artigos da Lei Estadual, admitir a regularização de toda e qualquer intervenção não autorizadas em áreas de preservação permanente na zona urbana do Município, senão em casos definidos pela Lei Federal 11.977/2009, como demonstraremos mais adiante.

6.9.2.5 – DA POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DE INTERVENÇÕES EM APP EM ÁREA URBANA COM BASE NA LEI FEDERAL 11.977/2009

Como dito acima, a Lei 12651/2012 – Novo Código Florestal preocupou-se em disciplinar detidamente a anistia a supressão de vegetação e intervenções irregulares realizadas na zona rural. No que concerne à zona urbana, a lei foi bastante econômica, dispondo sobre o tema nos artigos 64 e 65.

Nos artigos 64 e 65 citados, está estabelecido:

> Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos assentamentos inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009.
>
> [...]
>
> Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009.

Ambos os dispositivos transcritos reportam-se ao regime da Lei Federal 11.977/2009.
A Lei Federal 11.977/2009 é oriunda da Medida Provisória 459, de 25 de março de 2009, publicada no DOU de 26.03.2009, editada para regulamentar o Programa "Minha Casa Minha Vida". Além das normas do programa referido, a MP, em seu capítulo III, instituiu normas gerais para regularização de assentamentos informais urbanos, englobando vilas, favelas e loteamentos clandestinos.

Na exposição de motivos de encaminhamento da MP ao Congresso Nacional, o então Ministro das Cidades, Márcio Fortes consignou que "a regularização fundiária urbana é um passo fundamental na garantia do direito constitucional de moradia, especialmente para as populações de menor renda, as mais afetadas pela falta de oportunidades de acesso ao mercado habitacional. Além disso, a regularização fundiária, ao resolver problemas relativos ao meio ambiente, à ordem urbanística e questões jurídicas atinentes ao direito de propriedade, significa o resgate da cidadania das populações mais pobres e a sua integração à cidade legal. Além disso, permite que o Poder Público local realize investimentos nas áreas precárias, dotando-as de serviços urbanos e infra-estrutura, de modo a melhorar a qualidade de vida dos seus ocupantes."[47)]

A Lei 11.977/2009 consistiu na materialização do comando inserto no artigo 2º, inciso XIV da Lei Federal 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que definiu, como uma das diretrizes da política urbana, a edição de um diploma legal dispondo sobre regularização fundiária que estabelecesse normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

A Lei criou dois tipos de regularização fundiária: a de interesse social e a de interesse específico.

O legislador definiu a regularização fundiária de interesse social no artigo 47, VII, como a regularização de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda em área que esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos, de imóveis situados em ZEIS ou áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social. Já a regularização fundiária de interesse específico definiu como "regularização fundiária quando não caracterizado o interesse social nos termos do inciso VII", no que se enquadram todos os assentamentos não ocupados por população de baixa renda. (art 46, VIII).

A Lei 11.977/2009, ao dispor sobre a regularização fundiária de interesse social, autorizou expressamente a regularização de ocupações consolidadas em APP, mediante certos requisitos.

Como se sabe, não raro as ocupações urbanas informais onde predomina população de baixa instalam-se justamente nas áreas de preservação permanente, tais como margens de córrego, topo de morro, encostas com altas declividades, entre outras, áreas estas, que por sua importância ambiental, estão legalmente "fora do mercado imobiliário", em razão de restrições e vedações legais à sua ocupação e edificação.

A Resolução CONAMA 369/2006 já autorizava a intervenção em APP para fins de regularização fundiária urbana sustentável, permitindo, por conseguinte, a permanência e regularização de edificações urbanas consolidadas em procedimentos de regularização fundiária, por considerar a regularização fundiária uma das hipóteses de interesse social, desde que o assentamento, situado em ZEIS, fosse ocupado predominantemente para fins residenciais por população de baixa renda.

A Lei 11.977/2009 autoriza, no artigo 54, §1º que o Município, por decisão motivada, admita a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implicará a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

A lei define área urbana consolidada para fins de regularização fundiária de interesse social a "parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: a) drenagem de águas pluviais urbanas; b) esgotamento sanitário; c) abastecimento de água potável; d) distribuição de energia elétrica; ou e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos."

O estudo técnico que subsidiará a decisão do Município deverá observar o conteúdo indicado no artigo 51,§ 2º, *in verbis*:

> Art. 51 (*omissis*)
>
> [...]

> § 2o O estudo técnico referido no § 1o deverá ser elaborado por profissional legalmente habilitado, compatibilizar-se com o projeto de regularização fundiária e conter, no mínimo, os seguintes elementos:\\
> I – caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;\\
> II – especificação dos sistemas de saneamento básico;\\
> III – proposição de intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações;\\
> IV – recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;\\
> V – comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;\\
> VI – comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e\\
> VII – garantia de acesso público às praias e aos corpos d´água, quando for o caso.”

Por outro lado, a Lei 11.977/2009 não dispensa a **regularização fundiária de interesse específico** de obediência ao regime jurídico das áreas de preservação permanente. Senão vejamos:

> Art. 61. A regularização fundiária de interesse específico depende da análise e da aprovação do projeto de que trata o art. 51 pela autoridade licenciadora, bem como da emissão das respectivas licenças urbanística e ambiental.

\\

> § 1o O projeto de que trata o *caput* deverá observar as restrições à ocupação de Áreas de Preservação Permanente e demais disposições previstas na legislação ambiental.

> § 2o A autoridade licenciadora poderá exigir contrapartida e compensações urbanísticas e ambientais, na forma da legislação vigente. (grifo nosso).

Assim, nos casos de regularização fundiária de interesse específico deverá restar caracterizado que as intervenções e supressões de vegetação em APP são de utilidade pública ou de baixo impacto. Do contrário, elas deverão ser desfeitas e recuperada a área.

6.9.2.6 – CONCLUSÃO

A aplicação da novel legislação florestal federal e estadual vai exigir do Promotor de Justiça atenção redobrada para aplicação dos dispositivos legais concernentes ao regime jurídico das APPS urbanas, devendo ser aplicada, por mais favorável à proteção ambiental, a Lei Federal 6766/1979 para os novos parcelamentos e para a regularização fundiária de interesse específico cumulada, no último caso com indenizações por eventuais danos ambientais irreversíveis e a Lei 11.977/2009, nos casos de regularização fundiária de interesse social.

6.9.3 - Roteiro básico de atuação do Ministério Público em casos de ocupações irregulares de APPS urbanas

PLANO LEGISLATIVO:

1) Lei Municipal estabelece metragens para APP inferiores ao Código Florestal:

a) RECOMENDAÇÃO ao Prefeito e à Câmara de Vereadores para modificação da lei;

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: Representação ao PGJ para propositura de ADI perante o TJMG

PLANO FÁTICO:
1) AUTORIZAÇÕES PARA INTERVENÇÕES EM DESCONFORMIDADE COM O CÓDIGO FLORESTAL (medidas em face do Poder Público):

a) RECOMENDAÇÃO ao agente público para revogar as autorizações concedidas ilegalmente e abster-se de conceder novas autorizações;

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACOLHIDA: ACP contra o Município tendo como objeto: b.1) declaração incidental da inconstitucionalidade da lei municipal (se for o caso); b.2) obrigação de não fazer (abster-se de conceder autorizações ilegais)

c) ACP de Improbidade Administrativa contra o agente público responsável pelas autorizações ilegais após a recomendação do MP ou liminar judicial (art. 11 da Lei no 8.429/1992) + Denúncia criminal (art. 67 da Lei no 9.605/1998)

2) CONSTRUÇÕES ISOLADAS EM DESACORDO COM O CÓDIGO FLORESTAL (AUTORIZADAS OU NÃO PELO PODER PÚBLICO):
2.1) Em andamento:

a) RECOMENDAÇÃO ao Município para embargo e adoção das providências cabíveis (regularização perante o órgão ambiental ou demolição);

b) RECOMENDAÇÃO NÃO ACOLHIDA:

b.1) ACP Improbidade Administrativa contra o agente público;

b.2) ACP contra o Município e empreendedor para: b.2.1) embargo da construção + recomposição da área (retorno ao status quo ante, se não for possível a regularização administrativa cumulada com medidas mitigatórias e compensatórias) cumulada com medidas compensatórias (valoração do dano) ou b.2.2) embargo da construção até para regularização perante o órgão ambiental cumulado com medidas compensatórias (valoração do dano) e mitigatórias.

Obs: O laudo técnico elaborado com base nos quesitos em anexo vai aferir sobre a possibilidade de regularização da edificação, uma vez presentes os requisitos legais: utilidade pública, interesse social, baixo impacto, ausência de alternativas técnica e locacional.

2.2) Já concluída:

a) TAC ou ACP contra o empreendedor para regularização da edificação perante o órgão ambiental (arts. 11 e 12 da DN COPAM 76/2004), se restarem comprovados os requisitos legais através do laudo técnico elaborado no curso do IC e medidas mitigatórias e compensatórias;

b) ACP demolitória em face do empreendedor e do Município (reversão ao *status quo ante*) + recomposição da área, uma vez que o laudo ateste a ausência dos requisitos legais autorizadores da intervenção em APP. Pedido subsidiário à demolição: pagamento de indenização;

c) TAC ou ACP para indenização por danos ambientais irreversíveis, na hipótese de o laudo técnico concluir pela inviabilidade ambiental da demolição da construção ilegal em APP (art. 225, §3º, da CF/88, art. 14, §1º, da Lei no 6.938/1981 e 927 do NCCB).

Observação: No caso de edificações já concluídas, verificar se é caso de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em face do agente público por omissão dolosa no cumprimento do dever ou por concessão de autorização ilegal.

3) PARCELAMENTOS DO SOLO COM LOTES EM APP EM ESTÁGIO INICIAL DE OCUPAÇÃO:

a) Parcelamentos com empreendedor:
a.1) RECOMENDAÇÃO para embargo do empreendimento e convocação para o licenciamento corretivo.

a.2) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: ACP de Improbidade Administrativa + DENÚNCIA CRIMINAL (em caso de secretários municipais) ou representação à Procuradoria Especializada no Combate aos crimes praticados por Agentes Públicos Municipais (em caso de Prefeitos);

a.3) TAC OU ACP em desfavor do poder público e do empreendedor para regularização ambiental e urbanística do empreendimento(licenciamento corretivo, extinção de lotes em APP ou doação ao Município para criação de área verde, etc), e ainda reparação dos danos causados ao meio ambiente (PRAD e/ou pecúnia).

b) Parcelamentos ou assentamentos precários sem empreendedor:

b.1) RECOMENDAÇÃO ao Município para que embargue a ocupação e busque a regularização com base nas Leis Federais no 6.766/1979 e no 10.257/2001 ou adote as providências cabíveis para remoção dos moradores.

b.2) TAC ou ACP em desfavor do Munícipio, se a recomendação não for acolhida.

4) PARCELAMENTOS DO SOLO COM LOTES EM APP EM ESTÁGIO DE OCUPAÇÃO AVANÇADA:

a) Parcelamentos com empreendedor:

a.1) RECOMENDAÇÃO ao Poder Público para que convoque o empreendimento para o licenciamento ambiental corretivo, se este não tiver sido licenciado;(verificar na DN COPAM 58/2002 as hipóteses de licenciamento ambiental de loteamentos) a.2) RECOMENDAÇÃO ao Poder Público para que reveja o procedimento do licenciamento ambiental, se este existiu, e exija do empreendedor alteração do projeto para excluir os lotes em APP, se ainda for possível;

a.3) RECOMENDAÇÃO NÃO ACATADA: ACP de Improbidade Administrativa + DENÚNCIA CRIMINAL (em caso de secretários municipais) ou representação à Procuradoria Especializada no Combate aos crimes praticados por Agentes Políticos Municipais (em caso de Prefeitos);

a.4) TAC OU ACP em desfavor do poder público e do empreendedor para regularização ambiental e urbanística do empreendimento(licenciamento corretivo, extinção de lotes em APP ou doação ao Município para criação de área verde, etc), e ainda reparação dos danos causados ao meio ambiente (PRAD e/ou pecúnia).
b) Parcelamentos ou assentamentos precários sem empreendedor:

b.1) RECOMENDAÇÃO ao Município para que busque a regularização fundiária sustentável, com base nas Leis Federais no 6.766/1979, no 10.257/2001 e no 11.977/2009 e na Resolução CONAMA 369/2006 ou adote as providências cabíveis para remoção dos moradores.

b.2)TAC ou ACP em desfavor do Município, se a recomendação não for acolhida.

Obs: Modelos referenciais das peças acima referidas encontram-se disponíveis na pasta “material de apoio na página eletrônica da Promotoria de Justiça Metropolitana de Habitação e Urbanismo.

6.9.4 - Quesitos para IC que versa sobre construção ilegal em APP Urbana

Ao instaurar o expediente investigatório, preliminarmente, recomenda-se ao Promotor de Justiça que requisite ao IEF, à EMATER, ao Perito da Promotoria ou a outro órgão técnico, vistoria e laudo técnico sobre a intervenção, conforme quesitos que seguem, a fim de que delibere sobre a melhor solução para o caso (a regularização via TAC ou ajuizamento de ação civil pública para demolição), conforme roteiro de atuação disponível na página da Promotoria de Justiça Metropolitana de Habitação e Urbanismo

a) Detalhar as intervenções e construções constatadas no local.
b) As áreas onde ocorreram as intervenções são de preservação permanente? Especificar com base no Código Florestal e normas regulamentares pertinentes (Resoluções CONAMA 302 e 303/2002). Justificar (se possível elaborar croquis, indicando metragens).
c) Houve aprovação ou anuência prévia do IEF às intervenções (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 4º, §1º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 2º e 3º, §2º?
d) Houve aprovação prévia do Município às intervenções (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, §2º c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)?
e) O Município possui plano diretor (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, § 2º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)?
Em caso positivo, informar o número da lei que instituiu o Plano Diretor.
f) O Município possui CODEMA deliberativo (Resolução CONAMA 369/2006, art. 4º, § 2º, c/c DN COPAM 76/2004, artigo 3º, §2º)? Em caso positivo, informar o número da lei que instituiu o CODEMA.
g) As intervenções se caracterizam como de utilidade pública, conforme definido no art. 2º, I, da Resolução CONAMA 369/2006? Justificar:

> Art. 2º – (*omissis*)
>
> I - utilidade pública:
>
> a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
>
> b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia;
>
> c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
>
> d) a implantação de área verde pública em área urbana;
>
> e) pesquisa arqueológica;
>
> f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efl uentes tratados; e
>
> g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aqüicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1o e 2o do art. 11, desta Resolução.

h) As intervenções se caracterizam como de interesse social, conforme definido no art. 2º, II, da Resolução CONAMA 369/2006)? Justificar:

»Art. 2º – (*omissis*)

> II - interesse social:
>
> a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
>
> b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
>
> c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
>
> d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

i) As intervenções se caracterizam como eventuais e de baixo impacto, nos termos do art. 11 da Resolução CONAMA 369/2006? Justificar:

> Art. 11. Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP:
>
> I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;
>
> II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;
>
> III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;
>
> IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;
>
> V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;
>
> VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se de pelo esforço próprio dos moradores;
>
> VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;
>
> VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;
>
> IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;
>
> X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;
>
> XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente.

j) As intervenções poluem ou degradam significativamente o meio ambiente, provocando alterações nas suas qualidades químicas e físicas e na biodiversidade (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II)? Justificar.

k)As intervenções prejudicam a saúde e o bem-estar da população (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, "a")? Justificar.

l) As intervenções criam condições adversas às atividades sociais ou econômicas (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, "b")? Justificar.

m) As intervenções ocasionam impactos relevantes à flora, à fauna e a qualquer recurso natural (DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, "c")? Justificar.

n) As intervenções ocasionam impactos relevantes aos acervos históricos, culturais e paisagísticos(DN COPAM 76/2004, artigo 1º, II, "d")? Justificar.

o) As intervenções comprometem a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água(Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, I)? Justificar.

p) As intervenções comprometem os corredores de fauna (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, II)? Justificar.

q) As intervenções comprometem a drenagem e os cursos de água intermitentes(Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, III)? Justificar.

r) As intervenções comprometem a manutenção da biota (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, IV)? Justificar.

s) As intervenções comprometem a regeneração e a manutenção da vegetação nativa(Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, V)? Justificar.

t) As intervenções comprometem a qualidade das águas (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §1º, VI)? Justificar.

u) Qual o percentual da área da APP impactada na propriedade (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 11, §2º)?

v) Existem alternativas técnicas às intervenções (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 3º, I)? Justificar.

x) Existem alternativas locacionais às intervenções na propriedade (Resolução CONAMA 369/2006, artigo 3º, I)? Justificar.

y) Quais as medidas técnicas mais adequadas para a preservação/recuperação da APP? Justificar.

z) Fazer a valoração monetária dos diversos impactos causados ao meio ambiente.

---

[1] Sundfeld, Carlos Ari. Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: **Estatuto da Cidade, comentários à Lei Federal nº 10.257/2001.** DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord.), São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54.

[2] In: **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 98.

[3] Vide lista no site: http://www.integracao.gov.br/pt/c/document_library/get_file?uuid=51c80bb2-9bf9-4193-9eb2-1ba2cb2937e2&groupId=10157

[4] Ver relação dos Municípios de Minas Gerais enquadrados nos incisos I e II, do art. 41 do Estatuto da Cidade no site do CAO/MA.

[5] Sem prejuízo dessa diligência, o órgão de execução deve envidar esforços para a identificação dos agentes públicos responsáveis.

[6] Consultar o *site* da CEPJHU para ver listagem das cidades mineiras de interesse turístico.

[7] Segundo a Conclusão nº 20 da Carta de Princípios do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente (Araxá, 13 de abril de 2002), a improbidade urbanística prevista no art. 52, inc. VII, do Estatuto da Cidade estende-se "[...] aos vereadores e demais agentes públicos que estejam incumbidos de adotar providências necessárias à aprovação do plano

diretor ou à sua adequada revisão".

[8] Sugere-se o prazo de seis meses.

[9] Diante de ACP proposta pela Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Ipatinga, o juiz local deferiu pedido de antecipação de tutela, obrigando o município a não expedir atos administrativos contrários à qualidade ambiental local. Para acessar o inteiro teor da decisão, consulte a página do CAO/MA.

[10] *In* **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4 ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

[11] , [19] A CF/88 instituiu a competência concorrente entre os entes da federação em matéria urbanística – art. 24, I.

[12] EMENTA: REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE OBRIGA A REALIZAÇÃO DE PROCESSOS DE SANITIZAÇÃO EM LOCAIS FECHADOS DE ACESSO COLETIVO, PÚBLICOS OU COMERCIAIS, A FIM DE EVITAR A TRANSMISSÃO DE DOENÇAS INFECTO-CONTAGIOSAS. VÍCIO FORMAL. INCOMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS QUE VISEM À DEFESA E PROTEÇÃO DA SAÚDE.
Matéria de competência concorrente entre a União e Estado. Vicio formal de iniciativa quanto às obrigações criadas ao Executivo por Lei de iniciativa do legislativo Municipal. Violação do artigo 74, XII e 112, §1º, II, "d" da Constituição Estadual. Vício formal de iniciativa. Princípio da Separação dos Poderes. Competência privativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo quando se tratar da criação, estruturação e atribuições dos órgãos do respectivo Poder e da disciplina estatutária de seus servidores. Exceção, absurda, trazida na lei a templos religiosos que fere o princípio da isonomia e do interesse público. Representação que se julga procedente. Vencido o Des. Nagib Slaibi. (TJRJ - 0018281-82.2012.8.19.0000 - REPRES. POR INCONSTITUCIONALIDADE - CAPITAL - ORGAO ESPECIAL - Por maioria - DES. NILZA BITAR - Julg: 01/10/2012 - Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 01/10/2012).

[13] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; (...)

[14] Art. 3o Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

[15] LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. Direito Agrário, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

[16] In "O parcelamento do solo rural via fração mínima de parcelamento frente à função social da propriedade". Disponível em www.senado.gov.br/web/cegraf. Acesso em 03.06.2008.

[17] Ob.citada.

[18] Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

[20] "Art. 18 – Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, (...)".

[21] "Art. 22 – Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Munícipio as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo."

[22] "Art. 23 – O registro do loteamento só poderá ser cancelado:
I – por decisão judicial;
II – a requerimento do loteador, com anuência da Prefeitura, ou do Distrito federal quando for o caso, enquanto nenhum lote houver sido objeto de contrato;
III – a requerimento conjunto do loteador e de todos os adquirentes de lotes, com anuência da Prefeitura, ou do Distirto Federal quando for o caso e do Estado."

[23] BASTOS, Fernando. DICAS – Idéias para a Ação Municipal/Parcelamento do Solo Urbano. Disponível em www.polis.org.br – Acesso em 02/04/07.

[24] MEIRELLES, Hely Lopes. ***In*** Direito Municipal Brasileiro. Malheiros Editores. 12ª edição, São Paulo, 2001, p. 286-7.

[25] "Art. 5º (...) XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

[26] TJSP – Apelação Cível nº 632.786-5/8-00

[27] TJSP – Apelação Cível nº 229.597-4/1

[28] Texto elaborado com base no artigo "Aspectos Práticos da Regularização Fundiária de Interesse Social" de autoria de Marta Alves Larcher, publicado no volume "Meio Ambiente" integrante da Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais da Editora Dey Rey, Belo Horizonte, 2013.

[29] Medida Provisória 459/2009, de 25 de março de 2009, publicada no DOU de 26.03.2009. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS – disponível em http://www6.senado.gov.br – acesso em 21.03.2011.

[30] A Lei Federal 9636/1998 em seu artigo 31, §5º, I define população de baixa renda como aquela que possui renda familiar média de até 05 salários mínimos.

[31] Vide DN COPAM 58/2002 combinada com DN 82/2005

[32] "Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações."

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

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

(...)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d'água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. (Redação dada pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803, de 18.7.1989)

[34] “Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:
a) a atenuar a erosão das terras;
b) a fixar as dunas;
c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
h) a assegurar condições de bem-estar público.”\\

[35] Art. 11. Considera-se intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP:
I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar;
II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;
III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água;
IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo;
V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;
VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se de pelo

esforço próprio dos moradores;
VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades;
VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;
IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos;
X - plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto;
XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente.
§ 1º Em todos os casos, incluindo os reconhecidos pelo conselho estadual de meio ambiente, a intervenção ou supressão eventual e de baixo impacto ambiental de vegetação em APP não poderá comprometer as funções ambientais destes espaços, especialmente:
I - a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água;
II - os corredores de fauna;
III - a drenagem e os cursos de água intermitentes;
IV - a manutenção da biota;
V - a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e
VI - a qualidade das águas.
§ 2º A intervenção ou supressão, eventual e de baixo impacto ambiental, da vegetação em APP não pode, em qualquer caso, exceder ao percentual de 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade.
§ 3º O órgão ambiental competente poderá exigir, quando entender necessário, que o requerente comprove, mediante estudos técnicos, a inexistência de alternativa técnica e locacional à intervenção ou supressão proposta.

[36] In “Apontamentos acerca da Aplicação do Código Florestal em área urbanas e seu reflexo no parcelamento do Solo”. Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo, Imprensa Oficial/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.
[37] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 191.
[38] ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 386.
[39] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.372-373.
[40] , [43] Fernando Reverendo Vidal Akaoui, ob. Cit.
[41] In “Função Socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal”. Revista de Direito Ambiental nº 08, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 5-19.
[42] Art. 186, *caput* , I e II, da CF/88
[44] PAULINO, Ruth Cristina Montanheiro. Análise das alterações no microclima próximo às margens de cursos de água, decorrentes da ocupação urbana. São Carlos, 1997, 30 p. Exame de qualificação - Doutorado – Ciências da Engenharia Ambiental.
[45] Art. 4º - A formalização do processo para intervenção em Área de Preservação Permanente condiciona-se à apresentação prévia dos seguintes documentos:
I - requerimento, devidamente preenchido;
II - Projeto Técnico do empreendimento acompanhado da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, a critério do IEF;
III - certidão de registro do imóvel atualizada, ou documento que caracterize a justa posse ou servidão;
IV - Averbação da Área de Reserva Legal ou Termo de Compromisso, em caso de posse rural;
V - comprovante do pagamento dos emolumentos;
VI - proposta de medidas mitigadoras e compensatórias;
VII - apresentação de Projeto Técnico de Reconstituição da Flora - PTRF, a critério do IEF;
VIII - planta topográfica georeferenciada, a critério do IEF;
IX - cópia do contrato social, se for o caso;
X - cópia do CNPJ ou CPF;
XI – estudos técnicos que comprovem a inexistência de alternativa locacional, devidamente assinados por profissional legalmente habilitado.
Art. 5º Após formalizado o processo, a área será vistoriada pelo técnico do IEF, acompanhado do empreendedor ou responsável, o qual indicará as medidas mitigadoras e compensatórias, a serem aprovadas pelo Gerente Regional ou de Núcleo, em parecer técnico.
[…]
Art. 10 Em se tratando de intervenção de baixo impacto ambiental em Área de Preservação Permanente não será exigido o Projeto Técnico de Reconstituição da Flora - PTRF, e a autorização, neste caso, será expedida pelo Núcleo Operacional de Florestas, Pesca e Biodiversidade da circunscrição do empreendimento.
Parágrafo único. Toda tramitação do processo, para a expedição da autorização de baixo impacto ambiental, será de competência do Núcleo Operacional de Florestas, Pesca e Biodiversidade, precedida de parecer jurídico.
[46] Fensterseifer, Tiago, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008
[47] Medida Provisória 459/2009, de 25 de março de 2009, publicada no DOU de 26.03.2009. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS – disponível em http://www6.senado.gov.br – acesso em 21.03.2011

7. Atuação especializada em fundações e entidades de interesse social

Autora/Organizadora: Promotora de Justiça Valma Leite da Cunha

Entidades de interesse social, integrantes do denominado terceiro setor[1)], consistem em pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, cumpridoras de objetivos de natureza social ou assistencial. Nesse gênero, incluem-se associações e fundações de direito privado, restando abolidas as sociedades civis sem fins lucrativos, previstas no Código Civil revogado (Lei nº 3.071/1916).

A vedação à finalidade lucrativa, é bom dizer, não impede que as entidades de interesse social comercializem bens e serviços, obtendo lucro (superavit) com tais atividades. Veda-se, tão somente, a distribuição de dividendos ou excedentes operacionais – independentemente da denominação que se lhes dê – entre os sócios, associados, dirigentes, conselheiros, doadores ou empregados. Por outras palavras, impõe-se que toda receita auferida por instituições sem fins econômicos seja revertida aos objetivos benemerentes a que se proponham[2)].

A não distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou rendas, a qualquer título, erige-se, ademais, em requisito para o gozo de imunidade fiscal (art. 14, I, Lei nº 5.172/1966), bem como para a obtenção de qualificações e títulos conferidos por entes públicos (v. g., art. 2º, "d", do Decreto nº 50.517/1961; art. 40, I, do Decreto n° 7.237/10; art. 2º, I, "h", da Lei n° 9.637/1998 e art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.790/1999). Feitas tais considerações iniciais, passamos à análise individualizada das espécies de entidades de interesse social.

- 7.1. Associações
- 7.2. Fundações
- 7.3. Estrutura orgânica das entidades sem fins lucrativos
- 7.4. Remunerações dos dirigentes e seus reflexos no gozo de imunidade fiscal
- 7.5. Responsabilidade dos dirigentes
- 7.6. Títulos, certificados e qualificações
- 7.7. Coletânea jurisprudencial

[1)] A par do primeiro setor – composto por pessoas jurídicas de direito público encarregadas de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular – e do segundo setor – constituído por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado voltadas à produção e comercialização de bens e serviços, com finalidade lucrativa.

[2)] A Lei n° 9.790/1999 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs) bem define o significado das expressões "não lucrativo" e "não econômico" ao dispor, em seu art. 1º, § 1º: "[…] considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social".

7.1. Associações

Por definição legal, “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (art. 53 do CC).

Trata-se, portanto, de modelo organizacional pelo qual pessoas naturais ou jurídicas se unem em busca de objetivos caros à coletividade, e não atrelados à lucratividade. Dada a sua índole congressional, o formato associativo decorre, exclusivamente, de ato inter vivos.

O direito de se reunir associativamente para fins lícitos insere-se – como não poderia deixar de ser num Estado que se intitule democrático – entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XVII a XXI, da Constituição Federal de 1988), restando expressamente proibida qualquer interferência estatal nos atos ordinários de gestão (art. 5º, XVIII).

Existência legal

A existência legal das associações, como a de todas as pessoas jurídicas de direito privado, consolida-se com a inscrição de seus atos constitutivos no serviço registral competente (art. 45 do CC e arts. 114 e 119 da Lei nº 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos) – no caso específico, Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Em determinadas áreas de atuação, exige-se, além do registro, autorização estatal para a criação de tais entes (caput dos arts. 45 e 51 do CC).

Atos constitutivos

As associações são constituídas mediante vontade congregada – orientada à consecução de fins lícitos, determinados e socialmente relevantes – e expressa com observância das seguintes diretrizes:

i) a reunião em que se deliberar sobre criação da entidade deverá ser transcrita em ata, da qual constarão: local e data de realização; qualificação, com nome, estado civil e endereço, bem como as assinaturas de todos os participantes; especificação dos objetivos institucionais; designação de cargos de administração e fiscalização; indicação dos responsáveis pelos demais atos necessários à aquisição de personalidade jurídica;

ii) os instituidores deverão estipular, em estatuto, as regras para o funcionamento da entidade. A lei estabelece regramento mínimo, sem o qual o ato não será registrado ou, se o for, será tido como nulo (cf. item II c, a seguir). É o que se extrai dos arts. 54 do CC e 120 da Lei nº 6.015/1973, sem prejuízo de outros condicionamentos contidos em atos normativos específicos. Por força do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994, o documento deverá ser subscrito por advogado devidamente habilitado junto à Ordem dos Advogados do Brasil;

iii) os atos constitutivos (ata, eventuais procurações, estatuto) deverão ser inscritos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da comarca onde terá sede a pessoa jurídica;

iv) se os instituidores e administradores forem pessoas naturais, devem ser plenamente capazes; se pessoas jurídicas, devem possuir representatividade legitimada na forma do estatuto.

Disposições estatutárias obrigatórias

Sendo a faculdade associativa direito fundamental do cidadão, a ser exercido sem ingerência estatal (art. 5º, XVIII, CF/1988), podem os associados, em termos gerais, adotar o modelo estatutário que lhes pareça mais adequado. Devem, porém, ser observados preceitos básicos, necessários à garantia da ordem pública e da convivência harmoniosa das corporações, de modo a resguardar a esfera de liberdade de cada um[1]. São eles: denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; nome e qualificação dos fundadores e dos diretores; modelo administrativo e forma de representação (ativa e passiva, judicial e

extrajudicial); se os membros respondem subsidiariamente pelas obrigações da entidade; se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração; hipóteses de extinção e destino do patrimônio remanescente (arts. 46 do CC e 120 da Lei n° 6.015/1973).

Além dos apontamentos legais, impõe-se menção aos requisitos para a admissão e exclusão dos associados e aos seus direitos, às fontes de receita da entidade e ao modo de constituição e funcionamento dos respectivos órgãos[2)].

Controle exercido pelo Ministério Público

Por vocação constitucional, incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses maiores da coletividade: ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

No campo dos direitos sociais, destaca-se a atuação das instituições do terceiro setor – gênero no qual se incluem as associações –, com expressiva repercussão no plexo de interesses da coletividade. Imanente, pois, a atribuição do *Parquet* de acompanhar e fiscalizar tais entidades, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias para preservar-lhes a integridade patrimonial, moral e finalística.

Em seara infraconstitucional, a atribuição do Ministério Público encontra amparo no Decreto-Lei nº 41/1966, que – consoante magistério doutrinário[3)] – se aplica indistintamente às entidades sem fins econômicos. A relevância desse texto normativo justifica a sua integral transcrição:

> "Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966 (dispõe sobre a dissolução de sociedades civis de fins assistenciais)
>
> Art. 1º Toda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.
>
> Art. 2º A sociedade será dissolvida se:
>
> I. deixar de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que se destina;
>
> II. aplicar as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais;
>
> III. ficar sem efetiva administração, por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores.
>
> Art. 3º *Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.*
>
> Parágrafo único: O processo de dissolução e da liquidação reger-se-á pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil[4)].
>
> Art. 4º A sanção prevista neste decreto-lei não exclui a aplicação de quaisquer outras, porventura cabíveis, contra os responsáveis pelas irregularidades ocorridas.
>
> Art. 5º Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário". (grifo nosso)

Ora, se o Ministério Público pode – e, sobretudo, deve – instaurar inquérito civil e propor a ação civil pública à vista de ilicitudes ou desvios perpetrados em prejuízo de associações, pode igualmente adotar medidas preventivas, com o propósito de evitar a consumação de tais males.

Compete-lhe, assim, exercer o controle social dessas entidades[5], no sentido de garantir o cumprimento da lei e dos mandamentos estatutários, jamais interferindo na gestão ordinária. Ou seja, cumpre ao Ministério Público assegurar o direito de livre associativismo para *fins lícitos*.

Extinção

As associações extinguem-se por deliberação dos associados ou por ação do Ministério Público ou de qualquer interessado, podendo o desfazimento processar-se administrativa ou judicialmente. De qualquer forma, o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica somente se opera após encerrada a liquidação desta (art. 51 do CC).

Dissolvida a associação, o patrimônio remanescente reverter-se-á à entidade sem finalidade econômica designada no estatuto ou, inexistindo essa designação, à instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes à associação desfeita, a ser definida pelos associados (art. 61, *caput*, CC)[6].

Pode surgir dúvida quanto à validade de cláusula estatutária que estabeleça, em caso de extinção, a destinação do patrimônio remanescente a entidade com fins econômicos. Quer-nos parecer que dispositivo assim formulado padeceria de nulidade, uma vez que redundaria na disposição de patrimônio indisponível por natureza, porque vinculado ao atendimento de demanda social. Sob esta ótica, a dotação patrimonial deve, necessariamente, reverter-se a entidade de fins igualmente filantrópicos.

---

[1] Princípio da convivência das liberdades, que não "permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 127).

[2] Ressalte-se a prescrição do art. 2.031 do CC, modificado pela Lei nº 11.127/05, o qual fixa o dia 11/01/2007 como termo final para a adequação das disposições estatutárias às novas regras introduzidas pelo diploma.

[3] PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 526.

[4] Código de Processo Civil de 1939. No atual, art. 1.218, VII.

[5] Entendido o controle social como "o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo". (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale et al. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. p. 283).

[6] Art. 61, § 2º, Código Civil: "Não existindo, no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer de seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União".

7.2. Fundações

Definição

Prescreve o Código Civil:

> "Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, *dotação especial de bens livres*, especificando o *fim* a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la."
>
> "Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para *fins religiosos, morais, culturais ou de assistência*." (grifo nosso)

Da dicção normativa depreendem-se, como elementos qualificadores das fundações, o *fim preestabelecido*, o *patrimônio* e o *interesse coletivo*.

À luz de tais caracteres, as fundações são conceituadas como patrimônio transfigurado pela ideia que o põe a serviço de um determinado fim de caráter social[1]. São, em outras palavras, pessoas jurídicas patrimoniais vocacionadas ao interesse público.

Natureza jurídica

As fundações, a depender da qualificação dos instituidores e do regime jurídico a que estão sujeitas, podem assumir natureza de pessoa jurídica de direito privado – quando instituídas conforme os preceitos civilistas – ou de pessoa jurídica de direito público – quando criadas e mantidas pelo Poder Público, nos moldes da disciplina administrativa.

Induvidoso, portanto, que as fundações instituídas por pessoas naturais ou entidades privadas dotam-se de natureza jurídica de direito privado.

Certa controvérsia surge com relação às fundações criadas por entes públicos, havendo respeitáveis vozes a proclamar que estão revestidas, ainda assim, de natureza jurídica de direito privado e outras tantas a apregoar a possibilidade de assumirem tanto personalidade jurídica de direito privado quanto de direito público.

Sob a égide da ordem constitucional vigente, não persiste, a nosso sentir, dúvida quanto à coexistência de fundações públicas – porque instituídas pelo Poder Público – de direito público e de direito privado. Basta, para assim inferir, atentar-se ao fato de que a Constituição da República refere-se, alternadamente, a *fundações públicas*[2] e *fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público*[3]. Com esteio na regra exegética de que a lei, principalmente a Lei Maior, não possui palavras inúteis[4], concluímos que as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público podem assumir personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Se assim não fosse, não haveria razão para a distinção terminológica engendrada pelo legislador constituinte.

As considerações ora tecidas cingem-se às fundações instituídas pelo Poder Público federal, nada havendo a obstar que, nas demais esferas administrativas, sejam introduzidas restrições à natureza jurídica das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público.

É o que se verifica, a título ilustrativo, na Constituição do Estado de Minas Gerais, que, em seu art. 14, § 5º, preceitua que: "ao Estado somente é permitido instituir ou manter fundação com natureza de pessoa jurídica de direito público".

Desde que seja inexistente vedação expressa na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica Municipal, a qualificação de determinada fundação instituída e/ou mantida com recursos públicos – se de direito público ou privado – demandará análise do caso concreto, servindo de norte os seguintes pontos distintivos:

i)**fundações públicas de direito público**: fazem parte da administração indireta, integrando a espécie *autarquia fundacional*[5]; são criadas por lei e regulamentadas por decreto, que substitui o estatuto; seus funcionários são servidores públicos, admitidos mediante concurso; são instituídas exclusivamente com recursos públicos e têm suas receitas oriundas, ainda que parcialmente, do orçamento público; gozam de imunidade tributária (imunidade intergovernamental recíproca); os atos de seus administradores podem ser atacados por mandado de segurança; sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas e à Lei de Licitações; seus administradores são ocupantes de cargos de confiança do Poder Executivo; são extintas por lei ou por decreto do instituidor;

ii) **fundações públicas de direito privado (ou fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público)**: são criadas em virtude de autorização legislativa; têm seus atos de instituição lavrados em Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas; regem-se por estatuto, que deve ser elaborado de acordo com as diretrizes contidas na lei autorizadora; submetem-se ao velamento do Ministério Público; seus empregados são contratados pelo regime celetista.

Arcabouço principiológico

Ainda que as fundações de direito privado não integrem a Administração Pública, atrelam-se, intrinsecamente, à consecução de finalidades públicas e sociais (art. 62, parágrafo único, CC), tal qual os entes administrativos.

A confluência de escopos justifica a sujeição das entidades de interesse social ao regime jurídico-administrativo, especialmente aos princípios talhados no art. 37, *caput*, da CF/1988, os quais nada mais representam do que parâmetros básicos para o desenvolvimento de gestão eficiente e proba. A respeito do tema, colhe-se pacífica doutrina:

> A legalidade e a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a economicidade e a eficiência, que mais do que princípios legais, são princípios constitucionais e devem nortear as atividades de uma fundação que, senão pública, tem fins públicos e sociais […] [6].“
>
> “Pelas características de uma fundação privada, sobretudo por lidar com um patrimônio vinculado a uma finalidade social, é possível dizer que a administração da entidade está adstrita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência […]. A economicidade e a eficiência andam juntas, esta inclusive guiando aquela. Por economicidade, entende-se a regra básica de oneração mínima do ativo patrimonial com passivos assumidos pela administração da entidade. Os gastos devem se cingir ao estritamente necessário […] [7];”
>
> “Muito embora o ordenamento jurídico seja extremamente econômico na regulação da estrutura interna das fundações privadas, a doutrina, a jurisprudência e os costumes são praticamente unânimes em orientar que esta modalidade de pessoa jurídica deve seguir os princípios, por semelhança, da estrutura da Administração Pública [8].”

Instituidor

O instituidor – seja pessoa natural ou jurídica – deve ter plena capacidade civil, requisito para a transmissão patrimonial por ato unilateral de vontade.

Exceção à regra encontra-se no art. 1.860, parágrafo único, do Código Civil, que confere ao menor, desde que relativamente capaz, o direito de testar, podendo, em suas últimas declarações de vontade, destinar bens para a instituição de fundação.

Não existe impedimento a que o instituidor seja uma só pessoa ou um grupo de pessoas que, unidas por manifestação de vontade convergente, confiram destinação social a determinado patrimônio.

No caso de o disponente ser pessoa jurídica, a deliberação deverá obedecer aos regulamentos que a norteiam e

ser registrada em ata.

Atos constitutivos

A instituição de fundações de direito privado efetiva-se por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, observados os seguintes requisitos:

i) patrimônio composto de bens livres e desembaraçados (art. 62, *caput*, CC). No escólio de Gustavo Saad Diniz,

> "patrimônio é o conjunto de relações jurídicas passíveis de apreciação econômica agregados a uma pessoa, sujeito de direitos e obrigações, à qual correspondem [...]" [9].

Para a constituição de fundação,

> "é exigência normativa cogente [...] que essa dotação de relações jurídicas e os bens delas resultantes sejam livres de quaisquer ônus ou gravames que prejudiquem o livre exercício da finalidade predestinada. [...] O dispositivo [art. 62, Código Civil] deve ser interpretado extensivamente como relações jurídicas patrimoniais livres de ônus e encargos e não simplesmente bens livres [10];"

ii) declaração solene da vontade do instituidor, manifestada por meio de escritura pública ou testamento (fundações privadas), ou ainda lei autorizadora, quando instituída por ente público (fundação pública de direito privado);

iii) especificação minuciosa do fim a que se vincula e da forma de administração;

iv) estatuto que regulamente o seu funcionamento, o qual deverá coadunar-se com as premissas assentadas pelo disponente;

v) registro no cartório competente (Registro Civil de Pessoas Jurídicas), com prévia aprovação dos atos de constituição pelo Ministério Público (arts. 119, parágrafo único, da Lei nº 6.015/1973 e 7º da Resolução PGJ nº 126/01)[11].

Existe controvérsia quanto à necessidade de que o estatuto fundacional seja visado por advogado, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994. Entendemos, em companhia de José Eduardo Sabo Paes (2006, p. 280-283), ser dispensável a diligência, dado que os atos constitutivos das fundações de direito privado já se submetem à aprovação do Parquet, não se justificando a duplicidade de controle.

Vontade do instituidor

Sobreleva-se, em matéria fundacional, a vontade do instituidor, que o levou a conceber a criação de uma pessoa jurídica, desfazendo-se de parte de seu patrimônio para atender a um fim de interesse social, lícito e possível (tanto no plano material quanto no jurídico):

> "O impulso à criação da fundação, isto é, a determinação do fim e dos meios econômicos para atuá-lo, é dada pela vontade da pessoa (natural ou jurídica), que destina um complexo de bens a uma dada finalidade, instituindo uma pessoa jurídica autônoma (BARASSI *apud* SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969. p. 404)."

É a "vontade transcendente do instituidor" [12] que define, inarredavelmente, as diretivas a serem observadas na gestão da entidade e os fins a serem perseguidos. Este é, a propósito, um dos aspectos diferenciadores da forma fundacional em comparação com a associativa, a saber, a ideia de perenidade existente naquela espécie

organizacional, reforçada pela vedação à modificação dos objetivos a que vinculado o patrimônio (art. 67, II, CC).

A finalidade da fundação, consignada no ato de instituição, pode voltar-se a qualquer área de atuação, desde que lícita, não econômica e de interesse transindividual[13], nos termos do art. 62, parágrafo único, do CC[14].

Estatuto

Estatuto é a lei orgânica ou regulamento de qualquer entidade, servindo para orientar-lhe o funcionamento. Sujeita-se, em linhas gerais, ao regramento aplicável às associações (cf. item II. c), do qual se distingue quanto aos atos precedentes, quais sejam:

i) escritura pública (ato inter vivos), testamento (*causa mortis*) ou lei autorizadora (fundação pública de direito privado – cf. item III. b): trata-se de formalidade essencial (*ad substantiam*), sem a qual o ato será tido como inexistente. Nela, deverá o instituidor especificar a dotação inicial, os fins a serem implementados e a forma de administração da fundação;

ii) estudo de viabilidade ou sustentabilidade (Resolução PGJ nº 126/01), pelo qual o disponente especificará as atividades a serem exercidas, bem como de que forma será a fundação mantida e administrada em curto, médio e longo prazos. Do estudo deverão constar:

> "I) exposição de motivos – justificativa da motivação, necessidade e pretensões envolvendo a instituição da fundação; II) descrição pormenorizada dos objetivos da fundação e forma de alcançá-los – informações sobre as atividades que devem ser desenvolvidas para alcançar cada um desses objetivos; III) descrição detalhada da dotação inicial, das formas de acréscimo do patrimônio, das fontes de rendas e receitas, bem como comprovação de serem as mesmas bastantes à instituição da fundação, ao início de suas atividades mínimas e ao total implemento, em momento posterior, de suas atividades, no sentido de cumprir todos os objetivos elencados em seu estatuto; IV) dados técnico-administrativos – descrição e quantificação da estrutura física mínima necessária para abrigar a fundação (casa, sala, loja, galpão, lote, fax, computador, telefone, móveis, maquinário, etc.) e dos recursos humanos necessários ao início do desenvolvimento das atividades (secretária, voluntários, motorista, etc.), bem como dos referidos dados quando a fundação estiver em plena atividade; V) dados econômicos – descrição dos valores unitários de cada um dos componentes descritos no inciso anterior; do montante de recursos necessários para o início das atividades; da estimativa do montante necessário para o custeio mensal das atividades da fundação em seu início e quando do cumprimento integral dos seus objetivos; do montante disponível no momento de instituição da fundação; do montante a ser obtido logo após a instituição da fundação; das formas de obtenção regular de recursos financeiros; das atividades e do montante dos recursos a serem gerados como forma de auto-sustentação da fundação; VI) ações estratégicas que devem ser desenvolvidas – descrição das ações que devem ser desenvolvidas em curto e médio prazos, visando ao desenvolvimento inicial e posterior das atividades meio e fim da fundação; VII) outros esclarecimentos relevantes, a critério dos instituidores. [ORIGEM DESTA CITAÇÃO É A RESOLUÇÃO PGJ 126/01]"

iii) resolução ou portaria (art. 65, CC): ato administrativo pelo qual o Promotor de Justiça incumbido da Tutela de Fundações declara haver verificado a documentação e concluído pela viabilidade da fundação a ser instituída, autorizando, por consequência, seu registro junto ao cartório competente.

A alteração estatutária somente se processa mediante deliberação de dois terços dos membros competentes para gerir e representar a fundação (art. 67, I, CC), restringindo-se, materialmente, aos limites delineados pelo instituidor (art. 67, II, CC). Condiciona-se, ainda, à aprovação do Ministério Público (art. 67, III, CC), que deverá, caso a votação não seja unânime, dar ciência à minoria vencida, para impugná-la (art. 68 do CC).

Constituição e utilização do patrimônio

Já foi dito que o ente fundacional não contém um patrimônio, mas se personifica em um patrimônio a serviço de escopo de interesse transindividual. Portanto, diferentemente das demais pessoas jurídicas, fundação é patrimônio que, vinculado à finalidade, adquire personalidade jurídica por força de lei.

Assim que consolidada a existência jurídica da fundação (art. 45 do CC e arts. 114 e 119 da Lei nº 6.015/1973), os bens integrantes da dotação inicial desprendem-se do patrimônio do instituidor, passando a vincular-se, indissociavelmente, à finalidade que lhe foi reservada.

Realizada a transcrição em cartório do ato de instituição, o disponente obriga-se a transferir, em favor da fundação, os bens integrantes da dotação inicial, não mais se lhe facultando desistir do ato de liberalidade[15]. A alienação (*lato sensu*) se efetua sob a forma de doação.

Firmado o instrumento de doação, o ato perderá efeito se a donatária não vier a ser criada no prazo de dois anos a contar da publicidade da liberalidade (art. 554 do CC).

Não havendo restrição legal, a dotação inicial pode compor-se de bens de qualquer natureza, desde que providos de valor econômico:

> "[…] quando a lei fala em dotação de bens livres, não se refere, apenas, a bens corpóreos móveis ou imóveis, em sentido estrito, mas a todos os valores patrimoniais, inclusive aos direitos desta natureza que no sentido genérico da expressão 'bens' se compreendem […]." [16]

O parâmetro é, portanto, a suficiência do patrimônio para atender aos objetivos preestabelecidos, não nos parecendo razoável a fixação de patamar mínimo, como tem sido ditado em algumas unidades da federação. Afinal, não se mostra razoável obstruir a instituição de uma entidade que, embora dotada de patrimônio pouco expressivo, se habilite a produzir resultados de alcance social.

Lincoln Antônio de Castro [17] bem elucida o ponto:

> "Merece especial exame o aspecto da suficiência da dotação inicial do instituidor. Todavia, há de se tomar como referência, na apreciação da suficiência patrimonial, não apenas o valor numérico da dotação inicial, mas principalmente a viabilidade de se concretizar a consecução dos fins fundacionais através dos serviços ou esforços comprometidos, ou ainda mediante acréscimo, posteriormente, de recursos advindos inclusive de outras fontes."

A suficiência do patrimônio dotado será aferida com base em estudo de viabilidade do empreendimento, a cargo do disponente (cf. item III. g. ii).

Na eventualidade de serem os bens insuficientes à concretização das finalidades aspiradas, o patrimônio será destinado a uma entidade congênere, salvo se diversamente dispuser o instituidor (art. 63 do CC).

Natureza relativamente inalienável do patrimônio fundacional

Porquanto estreitamente vinculado ao interesse social – por natureza, indisponível –, entende-se como relativamente inalienável o patrimônio das fundações, somente se admitindo a disposição por imperiosa necessidade ou pelas condições manifestamente vantajosas do negócio, caso em que o produto da venda deverá ser empregado na aquisição de novos bens:

> "[…] o fenômeno da indisponibilidade é algo inerente a toda fundação, uma vez que esta não contém um patrimônio, mas é um patrimônio personalizado indisponível a serviço de um escopo qualquer [18]."
>
> "Os bens da fundação são normalmente inalienáveis, porque representam a concretização dos fins preestabelecidos pelos respectivos instituidores, não tendo os seus administradores qualidade para

> alterar o imperativo da vontade daqueles (RT 252/661). Note-se, porém, que essa inalienabilidade é simplesmente relativa, não tendo caráter absoluto. [...] Caso os mesmos sejam vendidos, exigem os tribunais a aplicação do preço na aquisição de outros bens, que deverão ser igualmente destinados ao mesmo fim. (cf. RT 116/650, 138/18, 149/580, 169/127 e 242/232.) [19].”
>
> ”[...] os bens das fundações, por afetados a um destino certo, são, de sua natureza, inalienáveis. Sua inalienabilidade é, sem dúvida, relativa e comporta a substituição por outros bens, mediante sub-rogação processada em juízo com audiência e fiscalização do Ministério Público [20].“

Partindo da premissa da relativa indisponibilidade, a alienação de bens da fundação se condiciona à prévia autorização do órgão de execução ministerial incumbido do velamento, consoante prescrição do art. 18, VIII, da Resolução PGJ nº 126/01:

> “Art. 18. No velamento das fundações, o respectivo órgão do Ministério Público deverá:
>
> [...]
>
> VIII. avaliar e manifestar-se, através de resolução, sobre a necessidade de alienação, permuta ou gravame de bens pertencentes à fundação;
>
> [...].”

Soma-se à regra de proteção mencionada o fato de que parcela significativa da doutrina e jurisprudência tem exigido alvará judicial para o aperfeiçoamento do ato:

> “A princípio, o patrimônio dotado à fundação privada é inalienável. Qualquer ato jurídico que importe em alienação do patrimônio, portanto, é nulo, e o Ministério Público deverá atuar de acordo com o art. 168 do CC/2002 [...]. Entretanto, existem ressalvas que a própria existência da entidade permite colocar. Provando-se interesse na continuidade dos fins fundacionais, poderá haver requisição fundamentada para que o juízo das fundações, após prévia manifestação do Ministério Público, autorize a venda de parcela do patrimônio [21].”

A nosso sentir, afigura-se desnecessário o duplo controle estatal, bastando, para a preservação dos interesses da fundação, o velamento exercido pelo *Parquet*. Acrescente-se, como reforço de argumento, que a extinção administrativa de fundações processa-se sob o velamento do Ministério Público sem a intervenção do Poder Judiciário. Ora, se o ato de que resulta a transferência total do patrimônio fundacional aperfeiçoa-se sem a chancela judicial, é evidente que a transferência parcial do patrimônio pode ser de igual forma processada.

Fundações de apoio

Segundo lição de José Eduardo Sabo Paes (2006, p. 227), fundações de apoio consistem em pessoas jurídicas de direito privado instituídas com o objetivo de auxiliar e fomentar projetos de pesquisa, ensino e extensão das universidades federais e das demais instituições de ensino superior, públicas ou privadas.

Nas palavras de Francisco Assis Alves:

> ”[...] as fundações de apoio são hoje reconhecidas como aquelas entidades cuja atuação serve de base para que as idéias desenvolvidas na Universidade possam se transformar em projetos com resultados imediatos, produtivos, levando a Universidade para além de sua função primordial, que, em poucas palavras, é a produção de conhecimentos e inteligências [22].“

A Lei Federal nº 8.958/1994, regulamentada pelo Decreto nº 7.423/10, disciplina as relações entre as

instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio, permitindo àqueles entes educacionais contratar, sem a observação estrita das regras do direito administrativo, pessoas jurídicas de direito privado criadas sob a forma jurídica de fundações (art. 24, XIII, Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pela Lei nº 8.883/1994).

Deflui ainda da Lei nº 8.958/1994, especificamente de seu art. 3º, a sujeição das fundações de apoio, "na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos", à observância da "legislação federal que institui regras para licitações e contratos da administração pública" (I), à prestação de contas aos órgãos públicos financiadores (II), ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da instituição federal de ensino ou similar da entidade contratante (III), bem como à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente (IV). Parece que esses dispositivos foram revogados:

> "Art. 3o Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei, inclusive daqueles que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo federal. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)
>
> I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)
>
> II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)
>
> III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)
>
> IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)"

Fundações de previdência privada

As entidades de previdência privada, ou complementar, atualmente regidas pela Lei Complementar nº 109/01, compreendem entidades prestadoras de planos privados para – mediante prévia autorização do Poder Público (arts. 6º, 33 e 38) – a concessão de pecúlio, rendas e benefícios complementares semelhantes aos concedidos pela Previdência Social, resultantes de contribuições dos próprios beneficiários, de seus empregadores ou de ambos.

Tais instituições categorizam-se em fechadas[23)] e abertas[24)], sendo que somente a primeira modalidade assume a forma fundacional (art. 31, § 1º), devendo as entidades abertas, por expressa prescrição legal (art. 36), constituir-se sob a moldura de sociedade anônima.

Como consectário do discrímen normativo, as entidades fechadas não podem – pela própria natureza fundacional – visar à lucratividade, enquanto o fim econômico é ínsito à forma societária das entidades abertas.

Incompreensivelmente, a LC nº 109/01, em seu art. 72, reiterando, na essência, disposição constante da revogada Lei nº 6.435/1977 (art. 5º, II), afastou as fundações de seguridade do velamento exercido pelo Ministério Público, delegando o múnus ao Ministério da Previdência e Assistência Social:

> "Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário."

Pensamos que o preceito em questão representa flagrante e inadmissível afronta à ordem constitucional, que não condescende com qualquer tentativa de cercear a atuação do *Parquet* no sentido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e – o que por ora importa – os interesses sociais e individuais homogêneos[25)].

Fundações partidárias

O Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução nº 22.121/05, estabeleceu que "os entes criados pelos partidos políticos para pesquisa, doutrinação e educação política devem ter a forma de fundações de direito privado" (art. 1º, caput), estatuindo, ademais, que os "entes criados sob a forma de instituto, associação ou sociedade civil devem ser convertidos em fundação de direito privado, nos termos e prazos da lei civil (arts. 2.031 e 2.032 do Código Civil de 2002)".

Em 14/05/2008, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução nº 22.746/08, que acrescentou e alterou dispositivos da Resolução nº 22.121/05, adequando-os às especificidades das entidades partidárias, mas reiterando o velamento a ser exercido pelo Parquet (art. 4º do diploma primitivo).

Velamento

O art. 66 do Código Civil confia o velamento das fundações de direito privado ao Ministério Público do estado onde estejam situadas[26)].

A atribuição de tal múnus, como já destacamos, conforma-se com o disposto no art. 127, *caput*, da CF/1988 e justifica-se pela repercussão coletiva (*lato sensu*) dos interesses versados. Nas palavras de Maria Helena Diniz [27)]:

> "Por envolver interesse social, o Curador de Fundações fiscaliza a atuação da entidade fundacional, velando por ela. É o seu órgão fiscalizador, a quem, por isso, deverão ser submetidos os estatutos para sua aprovação e reforma, os atos dos administradores e as contas de suas gestões, através do balanço, para que possa tomar providências, praticando atos necessários para preservar a sua finalidade filantrópica e promover a anulação de tudo que for feito com inobservância das disposições legais e estatutárias."

Na mesma vertente, o magistério de J. M. de Carvalho Santos [28)]:

> "Fiscalização por parte do Estado. Fácil é justificá-la. A fundação é na essência uma doação feita ao povo, ou a uma parte mais ou menos determinada dele. É justo, pois, que o Estado, em nome desse *populus*, exerça a devida fiscalização, para que a administração não arruíne a instituição, com uma má orientação, assim como no desempenho de sua missão de defesa dos interesses sociais vele pelos interesses da instituição que pro bono publico foi criada."

O alcance da atribuição em referência – velamento – extrapola os limites da mera fiscalização. *Velar* "significa interessar-se grandemente, com zelo vigilante, pela consecução dos objetivos e pela preservação do patrimônio das entidades funcionais" [29)]; significa "estar atento, estar alerta, estar de sentinela, cuidar, […] proteger, patrocinar" [30)], no que se inclui, evidentemente, adotar as medidas necessárias – tanto em órbita administrativa quanto judicial – para inteirar-se de fatos que repercutam na esfera de interesse dos entes sob velamento e conformar eventuais irregularidades constatadas[31)].

Incumbe ao Ministério Público, enfim, assegurar a proveitosa gerência da entidade, em respeito à vontade do instituidor [32)].

a) Instrumentos de atuação do curador de fundações

No plano administrativo – seara em que se atende, idealmente, ao propósito do Ministério Público resolutivo [33)] –, o curador de fundações dispõe de relevantes instrumentos para desincumbir-se eficazmente do velamento, dentre os quais sobressaem:

i) **intimação**: ato pelo qual o órgão de execução ministerial dá à parte interessada ciência de fato relevante;

ii) **notificação**: ato pelo qual determinada pessoa é instada a tomar providência necessária ao regular

cumprimento dos mandamentos estatutários ou convocada a prestar depoimento ou esclarecimento. Fundamento: arts. 129, VI, Constituição Federal; 120, V, Constituição do Estado de Minas Gerais; 26, I, "a", Lei nº 8.625/1993; e 67, I, "a", Lei Complementar Estadual nº 34/1994;

iii) **requisição**: ato pelo qual se exige a prestação de informações ou a apresentação de documentos, bem como o cumprimento de diligências necessárias à instrução de procedimento administrativo. Fundamento: arts. 129, VI e VIII, Constituição Federal; 120, V e VI, Constituição do Estado de Minas Gerais; 26, I, "b", II, III e IV, Lei nº 8.625/1993; e 67, I, "b", Lei Complementar Estadual nº 34/1994;

iv) **parecer**: ato pelo qual o curador de fundações emite, de forma fundamentada, entendimento a respeito de questão suscitada em procedimento de sua competência;

v) **atestado**: por meio dele, o curador de fundações testifica a lidimidade da conduta dos dirigentes ou a autenticidade de fato relevante;

vi) **recomendação**: ato pelo qual os dirigentes são orientados a sanar desvios procedimentais perpetrados em prejuízo da entidade. Fundamento: arts. 129, II, in fine, Constituição Federal; 120, II, in fine, Constituição do Estado de Minas Gerais; 24, IV, Lei nº 8.625/1993; e 67, IV, Lei Complementar Estadual nº 34/1994;

vii) **resolução**: ato pelo qual o curador de fundações manifesta-se a respeito de pedido que lhe foi dirigido (por exemplo, aprovação de atos de instituição de fundação – art. 65 do CC – e autorização de alienação, permuta ou oneração de bens pertencentes à fundação – art. 18, VIII, Resolução PGJ nº 126/01).

Outro relevante instrumento de averiguação da integridade funcional e patrimonial das fundações consiste na vistoria, a ser realizada pelo órgão de execução ministerial em periodicidade não inferior à anual (Resolução PGJ nº 126/01):

> "Art. 18. No velamento das fundações, o respectivo órgão do Ministério Público deverá:
>
> [...]
>
> V. visitar a fundação pelo menos uma vez por ano, ou sempre que entender necessário;
>
> [...]."

Em âmbito judicial, o Ministério Público, na defesa dos interesses das entidades sob velamento, pode figurar tanto como autor quanto como *custos juris* (art. 82, III, do CPC), sendo-lhe assegurado, independentemente da posição assumida na relação jurídico-procedimental, valer-se de toda e qualquer faculdade processual necessária ao desempenho do múnus:

> "O Ministério Público, para a fiscalização efetiva das fundações, objetivando os fins que o fundador teve em mira e os meios de alcançá-los, pode tudo... Não poderia ser de outra forma, não se compreenderia a ação de vigilância do Ministério Público. Ilusória seria sua atribuição de velar pela finalidade da fundação se o Direito não lhe desse meios para tornar físico, corpóreo, eficiente seu dever de controle [...] [34]."
>
> "[...] só se viabiliza um controle administrativo efetivo se a lei entregar ao órgão fiscalizador, concomitantemente, os remédios processuais adequados à realização judicial de suas pretensões, o que, *in casu*, é feito pelo próprio art. 26 da lei civil (1916). [...] A legitimação ativa *ad causam*, portanto, resulta diretamente desta regra genérica do art. 26 do Código Civil (1916) que, do contrário, não teria nenhuma eficácia concreta. Destarte, no poder-fim de velar pelas fundações encontra-se implícito, logicamente, o poder-meio de promover todas as medidas judiciais cabíveis a bem da administração e dos escopos fundacionais. [...] A intervenção assistencial do curador de fundações deve ocorrer em qualquer tipo de processo de que figure como autora, ré ou interveniente uma fundação [...]. De mais a mais, consigne-se esta decisão: o representante do Ministério Público tem o direito de recorrer das decisões que considere prejudiciais às fundações (RT 422/162) [35]."

Prestação de contas

As fundações de direito privado devem prestar ao Ministério Público, anualmente, as contas do exercício financeiro findo:

> "O direito do Ministério Público de exigir contas constitui ponto insuscetível de sérias dúvidas em face do que dispõe os arts. 26 do CC [1916] e 653 do CPC [1939]. Constituindo dever funcional do Ministério Público velar pelas fundações e fiscalizar os atos de seus administradores, só poderia cumprir a tarefa a ele atribuída através do poder legal de pedir contas sobre o modo como vem sendo gerida a fundação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 168.361. Relator: Des. Lafayette Salles. RT 399/167)."

Em Minas Gerais, a prestação de contas se faz pelo Sistema de Cadastro e Prestação de Contas – SICAP (art. 19 da Resolução PGJ nº 126/01) –, devendo ser encaminhada nos 6 (seis) meses seguintes ao término do exercício financeiro.

Cabe ao curador de fundações aprovar ou não as contas, arquivando o procedimento ou adotando providências judiciais e extrajudiciais que julgar pertinentes diante dos relatórios técnicos obtidos (art. 23 da Resolução PGJ nº 126/01).

Em caso de mora no encaminhamento de prestação de contas, o Promotor de Justiça deverá requisitar à entidade que o faça no prazo de 30 (trinta) dias (art. 24, caput, da Resolução PGJ nº 126/01); persistindo a inércia, deverá postular judicialmente a prestação de contas, sem prejuízo da responsabilização dos administradores desidiosos (art. 24, parágrafo único, Resolução PGJ nº 126/01).

Extinção

Em face do paralelismo das formas, a extinção subordina-se às mesmas solenidades impostas à instituição da pessoa jurídica. Ou seja, assim como o "nascimento", a "morte" de uma entidade privada somente se consuma com o registro no cartório competente.

As hipóteses de extinção das fundações de direito privado vêm previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil, nos quais lemos, respectivamente:

> "Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.
>
> Art. 1.204. Qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:
>
> I. se tornar ilícito o seu objeto;
> II. for impossível a sua manutenção;
> III. se vencer o prazo de sua existência."

Incomum, mas possível de ocorrer, é a hipótese de tornar-se ilícito o fim perseguido por fundação (impossibilidade jurídica). Exemplo é o de entidade predestinada ao amparo de pessoas envolvidas com o denominado "jogo do bicho", antes de a lei penal tratar como contravenção referida atividade. Ao tipificar-se a conduta, o que, na origem, se reputava lícito deixou de sê-lo.

Torna-se impossível a manutenção de uma fundação quando acéfala[36] ou inativa por largo período, se não entra em efetivo funcionamento, se não presta contas de suas atividades ao Ministério Público, enfim, se não cumpre os objetivos para os quais foi instituída (impossibilidade fática).

A última hipótese de extinção é o vencimento do prazo de sua existência, circunstância que deve, obrigatoriamente, constar no ato de instituição, sendo raríssimos os casos de fundações temporárias.

A extinção opera-se administrativa ou judicialmente e se processa na forma do art. 51 do CC:

> "Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.
>
> § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.
>
> § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.
>
> § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica."

Extinta a fundação, o patrimônio remanescente deverá destinar-se a outra fundação, sendo vedada, a nosso juízo, a reversão a associação. E assim entendemos por duas razões. Primeiro porque, embora associações e fundações sejam entidades de interesse social, distinguem-se ontologicamente, bastando lembrar que uma é reunião de pessoas e a outra, um patrimônio personificado – daí não podermos falar em congeneridade (art. 69 do CC), que pressupõe identidade, similitude. Segundo porque, caso se admitisse a destinação do patrimônio de uma fundação a uma associação, permitir-se-ia que os associados lhe reservassem fim diferente do desejado pelo instituidor, já que prevalece, nas corporações, a vontade dos associados:

> "A associação é governada por uma vontade imanente, isto é, que está e permanece nela própria, ao passo que a fundação é dirigida por uma vontade transcendente, a vontade do fundador, estranha, superior e inacessível, uma vez lançada a obra na órbita dos seus destinos [37)]."

Outra não pode ser, ao que nos parece, a exegese dos arts. 63 e 69 do CC, conforme vem proclamando a jurisprudência, a nosso sentir, mais abalizada:

> "Fundação – Inexistência de Atividades – Contrariedade ao Estatuto – Extinção. Permitem o art. 30 do Código Civil (1916) e 1.204, II, do de Processo Civil a extinção da fundação quando nociva ou impossível a sua manutenção, *com a incorporação de seu patrimônio a outras fundações, que se proponham a fins semelhantes*. E dão os referidos dispositivos legais legitimidade ao Ministério Público para requerer a extinção. Manutenção da sentença que decretou a extinção da fundação, de há muito inativa, contrariando seu estatuto e finalidades (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 48.856/98 *apud* DINIZ, 2003, p. 359)."

Exposição sintética das atribuições do curador de fundações

No cumprimento do múnus outorgado pelo art. 66 do CC, o Promotor de Justiça incumbido da Tutela de Fundações deverá:

i) analisar, antes da lavratura no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, as minutas de escritura (em se tratando de instituição *inter vivos*) e de estatuto, sugerindo as modificações necessárias para a adequação dos referidos instrumentos aos parâmetros normativos, atentando-se, em especial, aos seguintes pontos:

i. a) se os instituidores detêm capacidade e legitimidade para transmitir patrimônio, bem como se estão devidamente qualificados (nome, estado civil, naturalidade, profissão, endereços comercial e residencial, número de identidade e CPF);

i. b) se os fins são lícitos, não econômicos (vedada a distribuição de lucros e dividendos) e de interesse coletivo (assim compreendidas as prestações de natureza assistencial – *lato sensu* –, religiosa ou cultural, que tenham

como beneficiários pessoas indeterminadas);

i. c) se as finalidades estão bem delineadas, não bastando a alusão a enunciados genéricos como “filantropia” e “educacional”. Por exemplo, se a fundação é voltada à assistência educacional, deverão os atos constitutivos minudenciar os cursos a serem oferecidos e os benefícios a serem concedidos, os requisitos para concessão dos benefícios etc.

i. d) a composição dos órgãos da entidade, sendo os termos “sócios”, “associados” e “assembleia geral” incompatíveis com a estrutura fundacional (cf. item IV);

i. e) se a dotação é suficiente para a consecução das finalidades talhadas pelo instituidor e se as formas de acréscimo patrimonial e de captação de recursos permitirão a manutenção e o funcionamento da fundação, exigindo-se, para tal análise, a elaboração de estudo de viabilidade (cf. item III. g. ii).

É imprescindível que os bens dotados estejam livres e desimpedidos no momento da instituição da fundação, não se permitindo sua criação sem destinação de patrimônio, com argumento de posterior aporte de bens. Quando a proposta de dotação se fizer em pecúnia – o que, embora não seja vedado, é desaconselhado – os instituidores devem ser esclarecidos de que os valores aportados, após a instituição da fundação, serão tidos por relativamente indisponíveis, condicionando-se a movimentação à aprovação do curador de fundações e, segundo alguns, à autorização judicial (cf. item III. h);

i. f) se os bens dotados estão perfeitamente descritos e caracterizados, inclusive com a declaração de seus valores, comprovação de propriedade e da inexistência de ônus ou gravame. Deverá ser avaliada, ainda, a necessidade de se contratar seguro para o patrimônio;

i. g) se há previsão, em caso de extinção da entidade, de destinação do patrimônio para entidade congênere. Não se permite que o patrimônio seja reincorporado pelo instituidor, exceto se se tratar de entidade sem fins lucrativos com objetivos coincidentes com os da instituída;

ii) aprovar, sugerir ou negar autorização para registro dos atos de instituição em cartório, mediante Resolução ou Portaria;

iii) requisitar ao presidente que, após a lavratura dos atos constitutivos em cartório, remeta à Promotoria de Justiça certidão de inteiro teor do registro e comprovação de transferência da dotação inicial em favor da fundação, devendo os referidos documentos ser registrados em pasta própria;

iv) intervir em todos os feitos judiciais ou administrativos em que houver interesse de fundação de direito privado (autora, ré, assistente). Discute-se se relações jurídicas meramente obrigacionais dão ensejo à intervenção processual do *Parquet*, defrontando-se com manifestações judiciais em ambos os sentidos[38]. Caberá ao órgão de execução oficiante analisar, no caso específico, a existência de interesse fundacional primário a justificar a sua atuação como *custos juris*, sustentando, em caso afirmativo, a sua legitimidade pela simples alegação de direito coletivo (princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação de direito) [39];

v) propor, autorizar ou negar modificação estatutária, fixando, em caso de aprovação, prazo para encaminhamento de comprovante de averbação do ato[40]. Sublinhamos que expirou, em 11/01/2007, o prazo para conformação das disposições estatutárias à disciplina do Código Civil vigente (art. 2.031, com a redação dada pela Lei nº 11.127/05), devendo o curador de fundações recomendar aos dirigentes morosos que procedam às alterações necessárias (cf. subitem x);

vi) requisitar, anualmente, prestação de contas contendo balanço contábil, relatório de atividades, cópia de ata de eleição dos componentes da estrutura organizacional e de outros documentos considerados importantes na vida da fundação;

vii) visitar as fundações sob velamento pelo menos uma vez ao ano;

viii) providenciar o preenchimento dos órgãos da fundação em caso de acefalia ou, desde que inviável a solução extrajudicial, provocar a intervenção judicial;

ix) manifestar-se sobre a necessidade de alienação, permuta ou instituição de gravame sobre bens pertencentes à fundação, sendo que os imóveis e os de grande valor somente poderão ser alienados com avaliação prévia e justificativa convincente;

x) elaborar, no caso de declaração de última vontade ou ante a omissão das pessoas para tanto legitimadas, estatuto fundacional e as reformas supervenientes impostas por alteração legislativa ou pelo interesse do ente;

xi) deduzir, em favor de fundação de direito privado, pretensão de qualquer natureza, independentemente da aquiescência dos administradores;

xii) propor judicialmente a extinção, exigindo prestação de contas e indicando outra fundação para absorver o patrimônio, sempre que a fundação quedar-se acéfala, inativa ou não cumprir suas finalidades e desde que não haja meios de promover o restabelecimento da entidade ou proceder à extinção pela via administrativa.

---

[1] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1956. p. 233. v. I.
[2] Arts. 37, XIX (redação original), e 39, *caput*, bem como art. 19, *caput*, ADCT.
[3] Arts. 70, II e III, 150, § 2º, 157, I, 158, I, 165, § 5º, I e III, 167, VII, 169, § 1º.
[4] *Verba cum effectu, sunt accipienda*.
[5] "[...] Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 183.188/MS. Relator: Min. Celso de Mello, **DJ**, 14 fev. 1997).
[6] PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 412
[7] DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas**: teoria geral e exercício de atividades econômicas. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 330-331
[8] GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. **Fundações privadas**: doutrina e prática. Atlas: São Paulo, 2009. p. 115
[9] DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das Fundações Privadas**: Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.
[10] DINIZ, 2003, p. 71-72
[11] "AÇÃO DE NULIDADE E DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - IRREGULARIDADES - ARTIGOS 24 E 27 DO CCB - ARTIGO 1.200 DO CPC - USO INDEVIDO DA DENOMINAÇÃO FUNDAÇÃO. São requisitos para a constituição de uma fundação sua realização mediante escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres especificando o fim para o qual se destina e, facultativamente, a declaração da maneira pela qual será administrada. Cabe ao Ministério Público, como curador de Fundações, fiscalizar a constituição regular destas e aprovar seu estatuto, devendo alertar para as irregularidades e nulidades existentes. Não sendo observada a forma legalmente prescrita, não há como subsistir a constituição da Fundação, pois eivada de nulidades. O uso indevido da denominação fundação por entidade que não possui esta natureza, somente traria instabilidade e insegurança a terceiros, não podendo ser aceito" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo 2.0000.00.351956-2/000. Relator: Des. Armando Freire, MG, 11 set. 2002).
[12] DINIZ, Maria Helena *apud* DINIZ, Gustavo Saad, 2003, p. 98.
[13] Entre nós, os fins da fundação devem coligar-se ao interesse coletivo *lato sensu* (o que se confirma pelo conteúdo do art. 11 do Decreto-Lei nº 4.657/1942), diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos, em que se admitem fundações para atendimento de objetivos particulares.
[14] Com a expressão "fins de assistência", pretendeu o legislador consignar que somente se admitem fundações com o fim de, nos mais variados campos do interesse coletivo (*lato sensu*), colaborar, apoiar, proteger e amparar não apenas no segmento da assistência social, mas em qualquer das áreas de interesse coletivo, tais como educação, saúde, religião, arte, cultura, investigação científica, proteção ao patrimônio cultural, defesa de meio ambiente, defesa do consumidor etc.
[15] Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial.
[16] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: RT, [s.d.]. p. 250. v. 2, t. 2.
[17] O Ministério Público e as fundações de direito privado. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1995. p. 42.
[18] MACHADO, Antônio Cláudio Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 269
[19] PAES, 2006, p. 325
[20] RÁO, [s.d.], p. 250

[21] DINIZ, 2003, p. 75-76
[22] *apud* PAES, 2006, p. 228
[23] Formadas, exclusivamente, pelos empregados de uma ou de um grupo de empresas chamadas de patrocinadoras – art. 31, LC nº 109/01.
[24] Não restringem a participação – art. 26, LC nº 109/01.
[25] Em sentido contrário: "CIVIL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FECHADA). VALIA – FUNDAÇÃO VALE DO RIO DOCE DE SEGURIDADE SOCIAL. SEGURADO. DESLIGAMENTO. CONTRIBUIÇÕES. DEVOLUÇÃO. DIFERENÇAS. COBRANÇA JUDICIAL. INTERVENÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO. 1 - Nas causas em que se discutem diferenças de contribuições de entidade de previdência privada (fechada), conforme acontece in casu, onde figura como ré na demanda a VALIA - FUNDAÇÃO VALE DO RIO DOCE DE SEGURIDADE SOCIAL, não se viabiliza a intervenção do Ministério Público, dada a inexistência de qualquer das hipóteses do art. 82 do CPC. 2 - Não incidência do art. 26 do Código Civil, porque revogado pelo art. 82 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, no que tange, especificamente, à fiscalização das fundações de previdência privada. 3 - Recurso especial não conhecido" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 262.673/MG, Quarta Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves, **DJ**, 29 mar. 2004).
[26] As fundações públicas (de direito público) sujeitam-se a um regime diferenciado de controle, sem escapar, evidentemente, da fiscalização do Ministério Público, nesse tocante exercida em concurso com o Tribunal de Contas e tendente à preservação do patrimônio público, à defesa da legalidade, da impessoalidade, da transparência, da eficiência e da probidade administrativas.
[27] **Direito fundacional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 33-34.
[28] *apud* RESENDE, Tomáz de Aquino. **Roteiro do terceiro setor**: associações e fundações. 3. ed. Belo Horizonte: Prax, 2006. p. 197
[29] CASTRO, Lincoln Antônio. **O Ministério Público e as fundações de direito privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995. p. 13
[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, 1976. Relator: Min. Moreira Alves, Jurisprudência Brasileira, 52/50-4.
[31] Antônio Cláudio da Costa Machado (1989, p. 273-274) assinala, com propriedade, que, no poder-fim de velar pelas fundações, encontra-se implícito, logicamente, o poder-meio de promover todas as medidas cabíveis a bem da administração e dos escopos fundacionais.
[32] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº 44.384/SP, citado no Recurso Especial nº 162.114/SP, Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, **DJ**, 26 out. 1998
[33] ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 512
[34] *apud* PAES, 2006, p. 558
[35] MACHADO, 1989, p. 273-274
[36] A extinção por acefalia (falta dos órgãos de administração) somente deve se efetivar se frustrada ou, na prática, inviável a solução alvitrada pelo art. 49 do Código Civil: "Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório".
[37] GIERKE *apud* CAETANO, Marcello. **Das fundações**: subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa. São Paulo: Ática, 1961. p. 81
[38] Entendendo obrigatória a intervenção ministerial: "EMBARGOS DO DEVEDOR - FUNDAÇÃO - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NECESSIDADE. Nas demandas em que figure como parte uma FUNDAÇÃO é imprescindível a intervenção do Parquet" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.471230-1/000. Relator: Des. Eulina do Carmo Almeida, MG, 17 jun. 2005). Reputando-a dispensável quando a lide cingir-se a relação negocial: "[...] Cuidando a espécie de discussão acerca de direito obrigacional, o simples fato de ser a ré fundação não implica em intervenção do Ministério Público, na medida em que não é a presença da entidade que impõe tal intervenção (art. 82, III, CPC) e, sim, a existência de interesse público relevante, o que não existe nos autos. [...]" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0223.04.155877-4/001. Relator: Des. Eduardo Marine da Cunha, MG, 22 set. 2005).
[39] ALMEIDA, 2003, p. 516
[40] O registro ou averbação em cartório de ato de interesse de fundação deverá, necessariamente, contar com a prévia manifestação do curador de fundações, devendo a inobservância de tal exigência pelos oficiais cartorários ser objeto de representação perante o órgão correicional próprio, sem prejuízo das demais providências cabíveis.

7.3. Estrutura orgânica das entidades sem fins lucrativos

O ordenamento jurídico não contém regra específica no que toca à composição dos órgãos das entidades de interesse social ou mesmo quanto às respectivas atribuições. Todavia, dispositivos esparsos pinçados do Código Civil, da Lei de Registros Públicos e das leis de regência das sociedades empresariais, aplicáveis analogicamente, servem de base para o disciplinamento da matéria.

Destarte, buscando inspiração no direito societário, as organizações sem fins lucrativos devem estruturar-se em no mínimo três níveis: deliberativo, executivo e controle interno.

Diferentemente das associações, as fundações, por sua própria natureza, não comportam a figura de sócios ou associados. Nada impede, contudo, que se inaugurem, em âmbito fundacional, órgãos propensos a atender à corriqueira necessidade de agregar à estrutura orgânica próceres e contribuintes da causa[1)].

Órgão deliberativo

O órgão deliberativo – normalmente denominado Assembleia Geral nas associações e Conselho Curador nas fundações – é, no seio da entidade, soberano. A ele compete, em regra: zelar pelo patrimônio e garantir a observância dos preceitos estatutários, além de eleger os integrantes dos demais órgãos, definir as regras básicas de funcionamento da pessoa jurídica, delinear as estratégias e programas a serem desenvolvidos, tomar e analisar contas e decidir, em última instância, sobre os fatos mais importantes da vida da entidade.

A prática recomenda que o órgão superior de deliberação se reúna, ordinariamente, pelo menos duas vezes ao ano, no início e no final de cada exercício financeiro, quando deliberará sobre os resultados alcançados no período e sobre propostas, inclusive orçamentária, para o exercício subsequente.

Órgão executivo

O órgão executivo, geralmente intitulado Diretoria ou Conselho Diretor, encarrega-se de prover a execução dos projetos da entidade, representando-a, elaborando seus regimentos, contratando e demitindo empregados, dirigindo e supervisionando, enfim, suas atividades.

A composição mínima (e talvez ideal[2)]) do órgão é de três pessoas (art. 140, *caput*, Lei nº 6.404/1976, aplicável analogicamente à espécie), sendo um presidente, um secretário e um tesoureiro. Ao primeiro cabe representar e dirigir a organização; ao segundo, substituir o primeiro quando de sua ausência ou impedimento e manter a escrita da entidade; ao terceiro, guardar e movimentar os recursos financeiros.

É admissível que membros do órgão deliberativo, até o limite de um terço, sejam eleitos para cargos de direção (art. 143, § 1º, Lei nº 6.404/1976). Contudo, para a manutenção da autonomia de cada uma das alçadas, é desejável que o mesmo dirigente não acumule a presidência dos órgãos.

Órgão de controle interno

O órgão de controle interno ou Conselho Fiscal é composto de no mínimo três pessoas (art. 161, § 1º, Lei nº 6.404/1976), que se incumbem de exercer vigilância sobre o patrimônio, escrituração, movimentação financeira e zelar pelo cumprimento dos ditames estatutários e legais.

Recomenda-se, para preservar a isenção do órgão, que seus membros não mantenham vínculo com o instituidor ou com administradores, sendo, preferivelmente, integrado por especialistas nas áreas de contabilidade, administração, economia ou direito.

---

1) Normalmente designados “Conselho de Notáveis” ou “Conselho Honorífico”, nada havendo a desaconselhá-los.

2) A prática tem demonstrado que órgãos executivos com composição alargada tendem a burocratizar e dificultar os atos de gestão.

7.4. Remunerações dos dirigentes e seus reflexos no gozo de imunidade fiscal

As entidades de interesse social adotam, quase por unanimidade, a regra da não remuneração de seus dirigentes, fazendo-o por três razões básicas, expendidas com precisão por José Eduardo Sabo Paes:

> "A primeira decorre da própria natureza jurídica dessas instituições, das finalidades lícitas e sociais que perseguem e da ausência de lucro em suas atividades. A segunda, em razão da forma protagonizada pelas pessoas que, voluntária e gratuitamente, dedicam seu tempo e talento a essas entidades como associados, dirigentes ou conselheiros. A terceira, porque existe vedação expressa, contida nas exigências para concessão do título de utilidade pública, àquelas sociedades civis (abolidas pelo Código Civil vigente), associações e fundações que sirvam desinteressadamente à comunidade […], cujos diretores não sejam remunerados nem recebam vantagens [1)]."

Não há, conforme preleciona o jurista, vedação legal à remuneração de administradores de organizações sociais[2)]. Contudo, o resultado dessa prática é o óbice à obtenção de títulos e certificações (*v. g.*, arts. 1º, "c", Lei nº 91/1935 e 2º, "d", Decreto nº 50.517/1961).

Muito se discute quanto à imprescindibilidade de tais qualificações para o gozo do benefício imunitório previsto no art. 195, § 7º, da Constituição da República.

Verificam-se, de fato, substanciosos pronunciamentos judiciais a condicionar o reconhecimento de determinada entidade como beneficente de assistência social, para fins imunitórios, à detenção de certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS), consoante prescrição dos arts. 29, caput, da Lei nº 12.101/09 e 40, *caput*, de seu Decreto regulamentador (nº 7.237/10):

> "[…] 2. Havendo dúvida, inclusive em razão de precedentes divergentes entre si do STF, sobre se o § 7º do art. 195 da CF/88 deve ser regulamentado por lei ordinária ou por lei complementar, deve-se interpretar tal dispositivo à luz do princípio da especialidade, de modo que, se nele foi instituída imunidade, e não isenção, consoante precedentes da mesma Excelsa Corte, mas a ser gozada pelas entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei', deve-se entender bastante a lei ordinária, e, nesse caso, está ele regulamentado, atualmente, pelo art. 55 da Lei 8.212/91[3)], em sua redação anterior à da Lei 9.732, de 11.12.98, em face da suspensão, na ADI 2028/DF, das alterações por ela introduzidas […] [4)5)]."
>
> "TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO – EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA GOZO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – CABIMENTO. 1. O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional que visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e, por ter rito processual célere, não comporta dilação probatória. 2. Sem a apresentação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social não se comprova direito líquido e certo ao reconhecimento de imunidade tributária. 3. Além do mais, o mandado de segurança não se presta a demonstrar a existência dos requisitos necessários ao reconhecimento da imunidade tributária, pois isso requer dilação probatória, que é incabível em sede de mandado de segurança. 4. O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social é previsto no art. 55, II, da Lei nº 8.212/91[60] e encontra-se em consonância com os ditames constitucionais, como já decidiu o STF no RE-AgR 428815/AM, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, publicado no DJ de 24.6.2005. […] [6)]."

Em sentido diametralmente oposto, professando que limitações constitucionais ao poder de tributar somente podem ser reguladas por lei complementar – natureza da qual não se revestem os atos normativos de que deriva a exigência do CEBAS –, orienta-se a doutrina amplamente majoritária, além de respeitável jurisprudência:

> "A referida lei só pode ser complementar (nunca ordinária), justamente porque vai regular uma imunidade tributária, que é uma limitação constitucional ao poder de tributar. Ora, com já vimos, as limitações

> constitucionais ao poder de tributar, nos termos do artigo 146, II, da Constituição Federal, somente podem ser reguladas por meio de lei complementar [7].”
>
> “IMUNIDADE. ARTIGO 195, PARÁGRAFO 7º DA CARTA MAGNA/88. REQUISITOS. ARTIGO 14 DO CTN. HONORÁRIOS. Embora o parágrafo 7º do artigo 195 da CF/88 mencione isenção, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 2.028-5, de 14.07.1999, reconheceu como verdadeira ‘imunidade’ o benefício ali previsto. O comando previsto no parágrafo 7º, artigo 195 da CF/88 remete à lei o estabelecimento das exigências legais para a concessão do benefício da imunidade. A imunidade só pode ser concedida pela Constituição, sendo exigido, para o estabelecimento dos requisitos à sua concessão, lei complementar, como estatuído no artigo 146 da Carta Política, pois a ela cabe regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (CF, art. 146, II). Desta forma, os requisitos estabelecidos para a fruição da imunidade não são aqueles dispostos no artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, mas sim no Código Tributário Nacional, artigo 14, porquanto o mesmo possui força de lei complementar [8].”

Independentemente da posição que se adote[9], são inegáveis os inconvenientes a serem suportados pela entidade caso venha a remunerar seus dirigentes. Na mais otimista das visões, ver-se-á impelida a buscar, judicialmente, o reconhecimento da prerrogativa imunitória[10], haja vista a tendência da autoridade fazendária de adotar o entendimento restritivo quanto ao gozo da imunidade.

---

[1] PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 363

[2] Ao contrário, a Lei nº 9.790/1999 admite, de forma expressa, a remuneração de dirigentes de entidades qualificadas como OSCIP que “atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação” (art. 4º, VI).

[3] Dispositivo revogado pela Lei nº 12.101/09, mantendo-se, todavia, a exigência legal de CEBAS, a teor do art. 29, caput, da norma revogadora.

[4] BRASIL. Tribunal Regional Federal. Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 200601000208256, Sétima Turma, Rel. Des. Antônio Ezequiel da Silva, **DJ**, 28 mar. 2008

[5] Em idêntico sentido, súmula nº 144 da jurisprudência predominante do extinto Tribunal Federal de Recursos, editada em 22/11/1983: “Para que faça jus a isenção da quota patronal relativa as contribuições previdenciárias, e indispensável comprove a entidade filantrópica ter sido declarada de utilidade pública por Decreto federal”.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança, nº 22.237/DF, Primeira Seção. Relator: Min. Humberto Martins, **DJ**, 05 maio 2008

[7] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 766

[8] BRASIL. Tribunal Regional Federal. Quarta Região. Apelação Cível nº 2000.04.01.027274-4/RS. Relator: Des. Vilson Darós, **DJ**, 08 nov. 2000

[9] Pessoalmente, perfilhamos a segunda vertente.

[10] Os riscos inerentes a toda querela forense majoram-se, in casu, diante da controvérsia jurisprudencial acerca do tema.

7.5. Responsabilidade dos dirigentes

Por força do art. 46, V, do CC e do art. 120, IV, da Lei n° 6.015/1973, o estatuto deverá indicar se os dirigentes da pessoa jurídica de direito privado respondem subsidiariamente ou não pelas obrigações da entidade. Em geral, fica estatuído o não comprometimento do patrimônio pessoal dos gestores, o que não isenta os dirigentes de responderem pelos atos praticados em prejuízo do patrimônio da entidade gerida ou que venham a afetar danosamente os objetivos institucionais. Afinal, o encargo de que são investidos impõe-lhes os deveres de diligência e probidade.

A responsabilidade repercute nas searas administrativa, civil e criminal.

Em esfera administrativa, incidem as penalidades previstas nos estatutos ou judicialmente declaradas, tais como perda ou afastamento temporário do cargo, apresentação compulsória de contas, de livros etc. Tratando-se de organização destinatária de subvenção, benefício ou incentivo do Poder Público, os respectivos dirigentes sujeitam-se ainda à disciplina da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 1º, parágrafo único[1]):

> "Por derradeiro, as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente atingidas pelos atos de improbidade administrativa. Trata-se de dispositivo amplo, ao qual deve ser dispensada interpretação condizente com a inafastável necessidade de se proteger o erário, devendo abranger as entidades beneficentes que recebem isenções fiscais [...] [2]."

Civilmente, os administradores serão responsabilizados pelos danos a que derem causa por culpa ou dolo ou, ainda, por violação de lei ou estatuto, consoante prescrição do art. 158 da Lei nº 6.404/1976, aplicável analogicamente à espécie, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

---

[1] Art. 1º [...]. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

[2] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200

7.6. Títulos, certificados e qualificações

As entidades sem fins lucrativos (associações ou fundações) podem pleitear junto ao Poder Público – desde que cumpridos os requisitos a tanto impostos – a expedição de qualificações ou títulos específicos, com os quais se credenciam a determinados benefícios, como subvenções, auxílios e isenções fiscais.

Em âmbito federal, existem os seguintes certificados e/ou qualificações: (i) título de utilidade pública – criado pela Lei n° 91/1935, regulamentada pelo Decreto n° 50.517/1961; (ii) certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS) – disciplinado pela Lei nº 12.101/09 e pelo Decreto nº 7.237/10; (iii) organização social (OS) – criada pela Lei n° 9.637/1998; (iv) organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) – criada pela Lei n° 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto n° 3.100/1999. Na esfera estadual, destacam-se o título de utilidade pública e a OSCIP, regidos, em Minas Gerais, pelas Leis nos 12.972/1998 e 14.870/03, respectivamente.

Em seara municipal, sobressai o título de utilidade pública, sendo ainda possível seu reconhecimento como OSCIP municipal.

Em termos gerais, OSCIP consiste em qualificação atribuída a pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, instituídas por iniciativa de particulares e habilitadas perante o Ministério da Justiça para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico decursivo de termo de parceria[1)].

Organização social corresponde à qualificação reservada a pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, instituídas para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, com o qual mantém contrato de gestão, supervisionado mediante controle de resultado[2)].

As mencionadas qualificações são assim discernidas por Paulo Haus Martins:

> "[…] as OSCIP´s seriam, a princípio, iniciativas privadas que se aproximam do Poder Público e suas regras. São entidades privadas que atuam em áreas típicas do setor público, e o interesse social que despertam merece ser, eventualmente, financiado para que suportem iniciativas sem retorno econômico. Já as OS´s seriam, a princípio, entidades privadas sem fins lucrativos, criadas […] à sua feição (do Poder Público), para gerir patrimônio que continuará público. Calcule que isso possa ser feito, por exemplo, com alguma universidade federal, o patrimônio dela sendo gerido por uma entidade privada sem fins lucrativos. Dessa forma o Estado está sem dúvida alguma tentando ganhar maior agilidade ao fugir de sua própria burocracia, sem correr o risco de perder o poder sobre seu patrimônio[3)]."

---

1) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 422-423

2) DI PIETRO, 2003, p. 419

3) Extraído da página http://www.rits.org.br/legislacao_teste/lg_testes/lg_tmes_out99.cfm, em 14/05/2008.

7.7. Coletânea jurisprudencial

Assistência Judiciária

> "Súmula 481, STJ: 'Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais'".[1)]
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS/ENTIDADE FILANTRÓPICA. 1.- 'A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10.' (AgRg nos EREsp 1.103.391/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, da Corte Especial, julgado em 28/10/2010, DJe 23/11/2010) 2. - Agravo Regimental improvido (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 126.381/RS. Relator: Min. Sidnei Beneti, *DJe*, 8 mar. 2012)".

Suprimento judicial para aprovação de reforma estatutária denegada pelo "Parquet"

> "Fundação. Estatutos. Pedido de suprimento de aprovação de alteração e renovação, denegado pelo órgão do Ministério Público. Improcedência. Déficit patrimonial e inatividade, a revelar não haver firmeza nos propósitos que motivaram a instituição da fundação. Sentença Mantida. Apelação não provida (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Cautelar nº 473.161-4/4-00)."

Imunidade tributária

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPVA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. CF, art. 150, VI, c. SÚMULA 279-STF. I. - O acórdão entendeu que a parte agravada faz jus à imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição a partir do exame do conjunto fático-probatório trazido aos autos. Incidência, no caso, da Súmula 279-STF. II. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. Precedentes. III. - Agravo não provido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR nº 481.586/MG, Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso, *DJ*, 24 fev. 2006)."
>
> "IPVA – Fundação de direito privado, sem fins lucrativos, de natureza filantrópica, voltada para a educação, à promoção de pesquisas científicas e tecnológicas, a manutenção da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo – Imunidade tributária – Art. 150, VI, alínea 'c', da Constituição Federal e art. 14 do Código Tributário Nacional – Direito à imunidade reconhecido – Recurso provido (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Cautelar nº 389.765.5/7-00, 10. Câmara)."
>
> "DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. FUNDAÇÃO CESGRANRIO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 150, VI, C, DA CF/88 E ART. 14 DO CTN. 1. A PREVISÃO ESTATUTÁRIA É SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, REFERENTES À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. 2. PRESUME-SE A OBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DA FUNDAÇÃO, APROVADO, INCLUSIVE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUJEITO À FISCALIZAÇÃO. EVENTUAL DESVIO NA GESTÃO DA ENTIDADE POR PARTE DE SEUS ADMINISTRADORES DEVE SER APURADO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES. 3. APELO DA IMPETRANTE PROVIDO. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. APELO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Cautelar nº 2004011098369. Relator: Des. Nídia Corrêa Lima, DJ, 09 nov. 2006)."

> “IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - SOCIEDADE EDUCACIONAL E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 150, VI, ‘C’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - OBSERVÂNCIA - IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA DESTINADA A FINALIDADE INSTITUCIONAL - ICMS - NÃO INCIDÊNCIA - Deve ser reconhecida a imunidade tributária à sociedade educacional e de assistência social que preenche as exigências do art. 14 do CTN e do art. 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal. Não incide ICMS na entrada de mercadoria proveniente do exterior, adquirida por instituição de assistência social e ensino, sem fins lucrativos, beneficiada pela imunidade, quando o respectivo bem integra o patrimônio da sociedade e é destinado à finalidade institucional. Confirma-se a sentença, em re-exame necessário, prejudicado o recurso de apelação (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0000.00.212870/000. Relator: Des. Kildare Carvalho, MG, 01 fev. 2002).”
>
> “TRIBUTÁRIO - FUNDAÇÃO EDUCACIONAL COM FINS FILANTRÓPICOS - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA IMPOSTOS - ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. A Fundação Cultural de Belo Horizonte é merecedora da imunidade consagrada pela Constituição Federal, sem que lhe possa ser imposta qualquer restrição. O imóvel da apelada, objeto do lançamento fiscal, utilizado para locação, mesmo que forneça alguma renda, passa a integrar o próprio patrimônio não tributável. Os elementos utilizados para a base de cálculo da taxa de limpeza pública não podem tomar em conta base de cálculo de impostos, principalmente, como no caso específico, do IPTU. O serviço, para que ela possa ser cobrada, deve ser específico e divisível (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo. nº 1.0000.00.314211-4/000. Relator: Des. Schalcher Ventura, MG, 22 ago. 2003).”
>
> “CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - IPTU - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE. A entidade comprovadamente assistencial faz jus à imunidade estabelecida no art. 150, inciso VI, alínea 'c' da CF/88, razão pela qual não se sujeita à incidência do IPTU. A taxa de serviços urbanos é inconstitucional, vez que incompatível com a sistemática definida para a instituição deste tributo (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.05.736361-6/001. Relator: Des. Mauro Soares de Freitas, MG, 24 abr. 2008).”
>
> “TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE DO ART. 3º, VI, DO DECRETO 2.536/98. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE 20% DE GRATUIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A jurisprudência mais recente do STJ assentou o entendimento de que (a) inexiste direito adquirido a regime jurídico-fiscal, de modo que a isenção (que, a rigor, é imunidade) da contribuição previdenciária patronal assegurada às entidades filantrópicas, prevista no art. 195, § 7º da Constituição, tem sua manutenção subordinada ao atendimento das condições previstas na legislação superveniente; e de que (b) é legítima a exigência prevista no art. 3º, VI, do Decreto 2.536/98, no que se refere à demonstração de aplicação de um mínimo de 20% da receita bruta anual em gratuidade (MS 10.558/DF, 1ª Seção, Min. José Delgado, julgado em 11.10.2006; MS 10.758/DF, relator designado para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.10.2006, MS 11.394/DF, Min. Luiz Fux, DJ de 02.04.2007). 2. Por demandar produção adicional de prova, não é cabível, na via do mandado de segurança, dirimir matéria de fato controvertida entre as partes, a respeito de ter a impetrante efetivamente aplicado o mínimo de 20% de suas receitas em gratuidade. 3. Segurança denegada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9.210/DF, Primeira Seção. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, *DJ*, 13 ago. 2007).”

Afastamento de dirigentes

> “FUNDAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTAS NÃO PRESTADAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO - AFASTAMENTO LIMINAR DOS DIRIGENTES E CONSELHOS - CABIMENTO. O art. 26 do CC confere ao MINISTÉRIO PÚBLICO não só a atribuição como a obrigação de velar pelas fundações, o que inclui a possibilidade de requerer a intervenção quando não lhe são prestadas as devidas contas, para que possa ter condições de apurar se está o patrimônio sendo utilizado para os fins estatutários (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.315444-1/000. Relator: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, *MG*, 11 nov. 2000).”

> “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FUNDAÇÕES - FISCALIZAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DESTITUIÇÃO DA DIRETORIA E CONSELHOS - PREVISÃO LEGAL - AFASTAMENTO DEFINITIVO - PERPETUIDADE - INCOMPATÍVEL COM ORDENAMENTO JURÍDICO. Cabe ao Ministério Público a atribuição fiscalizatória sobre as fundações instituídas e disciplinadas segundo os ditames do Código Civil, as quais deverão obrigatoriamente, por força de lei, a ele prestar contas. Desde que verificada a incapacidade ou a inconveniência dos curadores e administradores, entende-se razoável que os interessados ou o Ministério Público possam promover as ações judiciais cabíveis para o afastamento dos mesmos. O ordenamento jurídico pátrio desconhece condenações sem limitação temporal de eficácia, de caráter perpétuo, razão pela qual deve ser excluída da r. sentença a palavra 'definitiva' (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.516838-1/000. Relator: Des. Osmando Almeida, MG, 22 jul. 2006).”

Responsabilização de dirigentes

> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PUBLICO EM FACE DE EX-DIRIGENTES DE FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO *PARQUET*. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200, e 201 DO DA LEI nº 8.069/90. 1. O Ministério Público Estadual detém legitimidade para a propositura de ação civil pública, objetivando a responsabilização de ex-dirigentes de fundação de direito privado, instituída para a execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes. 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 3. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de ex-dirigentes de fundação privada de assistência à criança, fundado na prática de inúmeras irregularidades, apuradas em auditoria interna, especialmente, uso indevido de verbas, além da apropriação indébita de recursos da referida entidade, no importe de R$ 81.192,47), consoante se infere dos autos. 6. *In casu*, o estatuto da fundação (fls. 49/61) revela estreme de dúvidas a sua vocação protetiva e assistencial, especialmente, pelo auxílio e assistência às crianças e famílias desamparadas, sem distinção de raça, cor, sexo e idéias políticas ou religiosas. 7. O controle engendrado pelo Ministério Público, consoante prevê os art. 26 do Código Civil/2002 e o arts. 1.199 a 1.204 do CPC, realiza-se mediante exame do balanço anual, recebido dos órgãos diretivos da Fundações, o qual possibilita, com considerável precisão, a aferição acerca da vida patrimonial, econômica e financeira da instituição fiscalizada. 8. A consecução dos objetivos finalísticos da Fundação é acompanhada pela Curadoria, a quem incumbe velar, na acepção mais ampla da palavra, qual seja, proteger, zelar e cuidar, a fim de que a fundação cumpra de forma eficiente os seus desígnios. 9. Consectariamente, a ampliação conceitual do vocábulo ‘velar’, inserto no art. 26 do Código Civil de 1916 e reproduzido no art. 66 do novel Código Civil de 2002, justifica-se pela proporcionalidade entre os encargos atribuídos e os meios postos à disposição para a consecução daqueles, sob pena de inocuidade do ‘dever-poder’ atribuído ao Ministério Público no exercício de quão importante mister. 10. À luz da legislação atinente à matéria, afere-se anomalia na administração da fundação, revela-se razoável que os interessados e, especialmente, o Ministério Público, no exercício de seu mister, sejam legitimados à propositura de ações judiciais aptas à coibir eventuais ingerências, possibilitando à fundação o cumprimento de sua finalidade precípua, consoante a lei e seus estatutos, máxime pela expressa previsão de fiscalização das mencionadas entidades, inserta no art. 95 do Estatuto da Criança do Adolescente, *verbis*: ‘As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos TutelareS [...]’. 11. *Ad argumentandum tantum*, o direito insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 12. Outrossim, a Lei nºº 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda

como ‘substituição processual’, senão vejamos: ‘Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.’ ‘Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.’ ‘Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;’ 13. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 776.549/MG, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux, *DJ*, 31 maio 2007).”

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL A DEFICIENTES. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. LEI NÚMERO 7853/89, ART. TERCEIRO. LUCROS SOCIAIS CESSANTES. I - Com o advento da Constituição Federal de 1988, a atuação do Ministério Público na promoção do inquérito civil e da ação civil pública não mais encontra limites no art. primeiro da Lei número 7347/85, senão no art. 129, inciso III da Carta Magna. II - As provas coligidas nos autos, mesmo emprestadas de inquérito civil público, mostram-se indenes, uma vez que impugnações desarrazoadas e sem apontamentos objetivos e específicos, quanto à sua veracidade, não infirmam o valor probante do inquérito civil, do qual os réus tiveram ciência do transcurso e no qual se fizeram representar, regularmente, por profissional habilitado. Irregularidades diversas comprovadas, implicando o reconhecimento da autoria e responsabilidade do presidente da instituição beneficiada (Associação dos Deficientes Físicos de Brasília - ADFB) com recursos advindos de órgãos públicos federais e distritais, a título de convênios e subvenções. III - Demonstrado o desvio das subvenções da Fundação do Serviço Social, a qual se destinaria à aquisição de leite tipo ‘c’, objetivando, inicialmente, a atenuação de problemas estomacais decorrentes do uso de medicamentos por pessoas portadoras de deficiências, cabível é a condenação das pessoas envolvidas em lucros sociais cessantes, e ao ressarcimento daquelas verbas não revertidas em favor dos deficientes. Benefícios e melhoria de saúde que deixaram de ser auferidos, projetando-se no bem-estar dos deficientes físicos da ADFB (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Cautelar nº 3719495. Relator: Des. Nancy Andrighi, *DJ*, 29 maio 1996).”

“Reconhecida a ilicitude dos atos praticados com desvio de finalidade, o consequente dano ao patrimônio da fundação, e o nexo de causalidade, a reparação é medida que se impõe (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo 2001.01.1.120042-7. Relator: Des. Sérgio Bittencourt, *Dje*, 16 mar. 2009).”

“Responsabilidade civil. Fundação. Prejuízos decorrentes de mágestão e de desvio de verbas. Réu ex-presidente da entidade. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Procedência do pedido. Sentença mantida. Se a outros gestores da fundação não foram atribuídos os atos causadores dos danos apontados na inicial, descabe falar em litisconsórcio passivo necessário. Comprovado que os prejuízos decorreram de irregularidades havidas durante a gestão do réu na presidência da entidade e de desvio de verba por ele praticado, a sua responsabilidade não pode ser afastada (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 2001.01.1085116-7. Relator: Des. João Mariosa, *DJU*, 15 dez. 2005).”

Extinção de fundação

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO E DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO - IRREGULARIDADES - UTILIZAÇÃO DA FUNDAÇÃO PARA PRÁTICA DE ILÍCITOS - FLAGRANTE DESVIO DE FINALIDADE - PEDIDO PROCEDENTE - APELO DESPROVIDO. [...] Restando demonstrado, nos autos, que a fundação ré, desde sua instituição, não desempenhou sua finalidade de disponibilização de programas educativos e culturais para pessoas de baixa renda mas, ao contrário, foi utilizada como subterfúgio para a prática de condutas ilícitas e imorais, em flagrante desvio de finalidade, impõe-se o provimento da presente ação extintiva ajuizada pelo Ministério Público (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Cautelar nº 1.0647.02.022280-6/001. Relator: Des. Eduardo

Marine da Cunha, MG, 21 ago. 2007).”

“EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - DESCUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS. - Descumprindo a Fundação os objetivos constantes de seu estatuto, bem como deixando de prestar contas de seus atos e balancetes ao Ministério Público, há que ser decretada a sua extinção, destinando-se ao seu patrimônio a uma entidade congênere. - Recurso não provido (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.364787-2/000. Relator: Des. Ediwal José de Morais, MG, 10 maio 2003).”

“FUNDAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADES. CONTRARIEDADE AO ESTATUTO. EXTINÇÃO. PERMITEM O ART. 30, DO CÓDIGO CIVIL, E 1.204, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO, QUANDO NOCIVA OU IMPOSSÍVEL A SUA MANUTENÇÃO, COM A INCORPORAÇÃO DO SEU PATRIMÔNIO A OUTRAS FUNDAÇÕES, QUE SE PROPONHAM A FINS SEMELHANTES. E DÃO OS REFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS LEGITIMIDADE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER A EXTINÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO, DE HÁ MUITO INATIVA, CONTRARIANDO SEU ESTATUTO E FINALIDADES (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Cautelar nº 4885698. Relator: Des. Mário Machado, *DJ*, 18 nov. 1998).”

“CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. FUNDAÇÃO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO POSTULADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA MANTIDA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Constatada a falta de condições para atendimento às finalidades para que foi constituída, assim como irregularidades na administração, tem-se por justificadas a dissolução e liquidação da fundação. 2. Apelo improvido. Unânime (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 2001.07.1011353-9. Relator: Des. Estevam Maia, *DJ*, 17 dez. 2008).”

“CIVIL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO EXTINGUIR FUNDAÇÕES - EXCLUSÃO DE BEM CONSTITUTIVO DE PATRIMÔNIO - IMPOSSIBILIDADE - IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. EXTINTA A FUNDAÇÃO, SEU PATRIMÔNIO SE TRANSFERE A ENTIDADE DE IGUAIS OU ASSEMELHADOS OBJETIVOS, SENDO INVIÁVEL A EXCLUSÃO DE ALGUM BEM SEM RAZÃO JURÍDICA QUE A JUSTIFIQUE. 2. APELO IMPROVIDO (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Cautelar nº 2000.01.500074-2. Relator: Des. Estevam Maia, *DJ*, 31 out. 2001).”

Ministério Público como "custos juris"

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FUNDAÇÃO PRIVADA. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. Tratando-se de execução fiscal ajuizada contra fundação privada e evidenciado o interesse público na causa, há previsão legal no sentido do Ministério Público ser intimado a acompanhar o processo. A ausência dessa intimação é vício grave cuja sanção a declaração da nulidade do processo a partir do momento que o órgão deveria ter sido intimado (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Cautelar nº 1.0024.99.015965-9/001. Relator: Des. Maria Elza, MG, 18 jul. 2006).”

“AÇÃO PROPOSTA POR FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO - INTERVENÇÃO MINISTERIAL EM TODAS AS INSTÂNCIAS - OBRIGATORIEDADE - PROCESSO ANULADO EM PARTE. A intervenção do Ministério Público em causas em que há interesse público, evidenciada pela qualidade da parte, é imperativa, não sendo a nulidade sanada pela intervenção do Ministério Público somente na fase recursal (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.302004-2/000. Relator: Des. Nepomuceno Silva, MG, 23 set. 2000).”

”[…] Desnecessária a intervenção do Ministério Público nos feitos em que, embora fundações estejam integradas à lide, a relação jurídica discutida seja de direito privado, puramente negocial, não havendo que se falar em nulidade absoluta pela sua não-intervenção, como ocorreu nesta seara. […] (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0024.05.729686-5/001. Relator: Des. Luciano Pinto, MG, 7 set. 2006).“

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO AUTORAL. CO-PROPRIEDADE DO EMPREGADO COM O EMPREGADOR. OBRA PRODUZIDA DURANTE A RELAÇÃO DE TRABALHO E POR DIVERSAS PESSOAS. EM SE TRATANDO DE QUESTÃO ENVOLVENDO RELAÇÃO NEGOCIAL DESENVOLVIDA POR FUNDAÇÃO, SEM QUALQUER IMPLICAÇÃO, AINDA QUE REMOTA OU IMPLICITA, EM SUA ESTRUTURA OU NA FILOSOFIA DE SUA RAZÃO FINALISTICA, E BASTANTE A CIENCIA FEITA AO MINISTERIO PUBLICO, SENDO DISPENSAVEL A PARTICIPAÇÃO DO CURADOR DE FUNDAÇÕES. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7.757/SP, Primeira Turma. Relator: Min. César Asfor Rocha, *DJ*, 12 dez. 1994)."

Invalidação de ato jurídico

> "Ação anulatória de escritura pública de compra e venda. Alienação de imóvel de fundação. Retorno de imóvel antes doado para o patrimônio do originário doador por procuração *in rem suam* e posterior alienação a terceiro. Impossibilidade. Ausência de autorização judicial. - A procuração in rem suam não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação. Caracteriza-se, em verdade, como negócio jurídico dispositivo, translativo de direitos que dispensa prestação de contas, tem caráter irrevogável e confere poderes gerais, no exclusivo interesse do outorgado. A irrevogabilidade lhe é ínsita justamente por ser seu objeto a transferência de direitos gratuita ou onerosa. - Para a validade da alienação do patrimônio da fundação é imprescindível a autorização judicial com a participação do órgão ministerial, formalidade que se suprimida acarreta a nulidade do ato negocial, pois a tutela do Poder Público - sob a forma de participação do Estado-juiz, mediante autorização judicial -, é de ser exigida (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 303.707/MG, Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi, *DJ*, 15 abr. 2002)."
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE NEGÓCIO JURÍDICO - CLÁUSULA PREJUDICIAL A INTERESSE DE FUNDAÇÃO PACTUADA SEM A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE. É de se manter a antecipação de tutela concedida em primeira instância quando a decisão agravada determinou a suspensão dos efeitos de um negócio jurídico entabulado em aparente prejuízo ao patrimônio de fundação sem a devida e necessária participação do Ministério Público (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0105.06.201401-1/001. Relator: Des. Adilson Lamounier, MG, 24 ago. 2007)."

Indisponibilidade relativa do patrimônio fundacional

> "FUNDAÇÃO. BENS. ALIENAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS. 1. OS BENS DA FUNDAÇÃO QUE NÃO SEJAM OS DESTINADOS A VENDA, SÃO INALIENÁVEIS, SOMENTE ADMITIDA A SUA ALIENAÇÃO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. 2. A ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS ASSIM OBTIDOS, E SUA APLICAÇÃO AOS FINS PROPOSTOS, E DA COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DIRETIVOS DA FUNDAÇÃO, SOB A FISCALIZAÇÃO DA MP. A ATIVIDADE JUDICIAL SE ESGOTA COM A AUTORIZAÇÃO DA VENDA, DEVENDO RECEBER, OPORTUNAMENTE, A PROVA DA CORRETA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. 3. CABE AOS ADMINISTRADORES DA FUNDAÇÃO A ESCOLHA DA MELHOR APLICAÇÃO FINANCEIRA A FAZER COM OS SEUS RECURSOS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 7.441/SP, Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ*, 11 nov. 1996)."
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. FUNDAÇÃO. ALVARÁ PARA A OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA. Tratando-se de imóveis alienados por fundação, com autorização de sua mesa administrativa, necessária a autorização judicial para a outorga de escritura definitiva de compra e venda. Realizada prova da regularidade das alienações, com anuência do Ministério Público, viável o acolhimento do pedido para a expedição dos competentes alvarás para a outorga das escrituras definitivas dos imóveis alienados (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cautelar nº 70020351482, 18. Câmara Cível. Relator: Des. Nelson José Gonzaga, *DJ*, 05 maio 2008)."

Poder requisitório e legitimidade do Ministério Público para propor ação exibitória

> ”[...] 1. O Ministério Público, nos termos dos arts. 129, VI, da Constituição Federal e 26, I, b, da Lei 8.625/93, detém a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*. [...] 3. Na medida em que o paciente não forneceu os documentos requisitados, tem o Ministério Público interesse para ajuizar ação cautelar de exibição de documentos públicos, considerados indispensáveis à formação da *opinio delicti* e à propositura de eventual ação penal. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 53.818/BA, Quinta Turma. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ*, 5 fev. 2008).“

Descabimento de mandado de segurança contra desaprovação de contas

> “MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA DE FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL - PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE - PROCESSO EXTINTO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 01. DÚVIDA NÃO HÁ QUE SE TRATA DE UMA EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR, COM CONTEÚDO DECISÓRIO DE REPROVAÇÃO DAS CONTAS APRESENTADAS. TAL FATO, PORÉM, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE A JUSTIFICAR O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, EIS QUE PARA DEMONSTRAR O DESACERTO DA CONCLUSÃO DO PARECER, SERIA NECESSÁRIO A DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCABÍVEL NA ESTREITA VIA DO MANDAMUS. [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Cautelar nº 20000110797583, Quinta Turma. Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva, *DJ*, 08 set. 2005).”

[1)] Súmula 481 do STJ.

8. Atuação especializada na saúde pública

[1)]

Autor/Organizador: Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Promotor de Justiça Gilmar de Assis

Introdução
Marco legal

A saúde, como direito, foi incluída na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 10.12.1948, nos seguintes termos:

> Art. XXV, 1 - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Depois, por meio da Resolução nº 2.200-A (XXI), de 16.12.1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que o Brasil subscreveu em 24.01.1992. A saúde figura assim:

> Art. 12 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.
> 2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
> a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.
> b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
> c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
> d) A criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A Constituição da República tratou da saúde no art. 6º, como Direito Social, e lhe dedicou uma seção no capítulo que trata da Seguridade Social, sob o título *Da Ordem Social*.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> [...]
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A ordem jurídica sanitária começa a ser detalhada na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde:

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

> Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A Constituição de Minas Gerais arrola a saúde como um dos objetivos prioritários do Estado (art. 2º, VII) e impõe a ele a obrigação de implementar políticas visando a sua promoção, proteção e recuperação.

> Art. 186 - A saúde é direito de todos, e a assistência a ela é dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à eliminação do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
> Parágrafo único - O direito à saúde implica a garantia de:
> I - condições dignas de trabalho, moradia, alimentação, educação, transporte, lazer e saneamento básico;
> II - acesso às informações de interesse para a saúde, obrigado o Poder Público a manter a população informada sobre os riscos e danos à saúde e sobre as medidas de prevenção e controle;
> III - dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento de saúde;
> IV - participação da sociedade, por intermédio de entidades representativas, na elaboração de políticas, na definição de estratégias de implementação e no controle das atividades com impacto sobre a saúde.

Histórico

Infância e juventude, meio ambiente, patrimônio público e defesa do consumidor foram as locomotivas que conduziram o Ministério Público na implementação das novas funções que lhe foram outorgadas pela Constituição. A saúde veio depois, crescendo a demanda à medida que o próprio SUS começou a tornar-se realidade. Os expoentes do Movimento Sanitário, responsáveis pela concepção e pelo processo de mobilização e luta que resultou em nosso modelo constitucional para a saúde, foram grandes incentivadores da criação das Promotorias de Saúde. As dificuldades enfrentadas pelos membros dos Conselhos Municipais de Saúde, e mesmo pelos gestores, na implementação de uma nova ordem sanitária levaram-nos a bater nas portas da promotoria rogando auxílio para enfrentar as enormes barreiras que ainda se opõem à idéia de um sistema universal e gratuito, com cuidado integral na promoção, na prevenção e na recuperação da saúde.

A incipiente atuação do Ministério Público brasileiro em relação ao SUS provocou a forte manifestação inserida no relatório final da X Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília entre os dias 2 e 6 de setembro de 1996. O apelo visando a uma ação institucional mais efetiva na saúde foi vocalizado pelos 1.260 delegados, escolhidos em Conferências Estaduais realizadas após quase 3.000 Conferências Municipais de Saúde, que se reuniram em torno da idéia de *Saúde, cidadania e políticas públicas*. Entendeu-se que os gestores do SUS e os Conselhos de Saúde deveriam exigir do Ministério Público a defesa do SUS *e das demais políticas que atuam na ampliação e na manutenção da qualidade de vida da população* bem como a criação de Promotorias de Saúde, sugerindo algumas linhas para a ação institucional. O texto foi aprovado nos seguintes termos:

> Os Gestores do SUS e os Conselhos de Saúde devem exigir do Ministério Público a defesa do SUS e das demais políticas que atuam na ampliação e manutenção da qualidade de vida da população. Para isso, os participantes da 10ª CNS deliberaram por:
> 10.1 Defender que o Ministério Público exerça seu papel constitucional e social (conforme prevêem os arts. 129 e 197 da Constituição Federal), com a democratização do acesso a ele, a garantia da informação e o compromisso deste com a defesa dos interesses dos cidadãos;
> 10.2 defender que o Ministério Público seja o tutor da legislação em saúde, da Assistência Social e do Estatuto da Criança e do Adolescente, fiscalizando sua implantação e sua execução nos setores público e privado, e tomando as providências cabíveis no caso de descumprimento do texto legal;
> 10.3 responsabilizar o Conselho Nacional de Saúde por cobrar da Procuradoria Geral da República que exerça seu papel constitucional em relação ao Inquérito Civil Público nº 08100.005215/94-81, sobre o financiamento do SUS e ao Inquérito Civil Público nº *08100.007014/94-09, sobre a implantação* e funcionamento do SUS, devendo divulgar os resultados parciais, encaminhar as medidas legais cabíveis e continuar com as apurações referentes aos mesmos;

> 10.4 responsabilizar os Conselhos de Saúde por encaminhar a todos os membros do Ministério Público Federal e Estaduais, as Resoluções das Conferências Nacionais de Saúde (3ª, 8ª, 9ª e 10ª CNS), Normas Operacionais Básicas, Portarias, Instruções e Leis Complementares relativas ao SUS, bem como as resoluções dos Conselhos de Saúde, para que o Ministério Público fiscalize seu cumprimento;
> 10.5 reivindicar ao Ministério Público a criação de Curadorias de Saúde (setor específico para cuidar das questões de saúde);
> 10.6 propor ao Ministério Público a inclusão da legislação do SUS nos cursos preparatórios e exames de seleção de Procuradores e Promotores.

No *Parquet* mineiro, a história das ações visando à implementação do SUS pode ser dividida em três fases. Na primeira, iniciada com a abertura democrática e a promulgação da Constituição Federal, coube aos expoentes do movimento pela Reforma Sanitária Brasileira o papel de atrair a atenção dos Promotores de Justiça para os problemas da saúde e as naturais dificuldades de implantação de um sistema universal e gratuito; formavam-se, assim, os Conselhos Municipais de Saúde. A necessidade de ampliação do controle social determinou a aproximação entre os tradicionais atores do sistema de saúde e os membros do Ministério Público.

Avolumando-se, gradativamente, tais relações, uma segunda fase tem início com a edição da Resolução PGJ nº 11, de 10 de abril de 1997, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público de Minas Gerais na fiscalização do Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts. 129, II, e 197 da Constituição Federal e da Lei nº 8.080/90. Do seio da Promotoria do Cidadão, que há muito cuidava das questões envolvendo a qualidade dos serviços médicos por meio de ações pioneiras na seara da responsabilidade profissional, de iniciativa dos Promotores da área de Direitos Humanos, nasceram as Promotorias de Saúde.

Vivemos hoje um terceiro movimento, marcado pela rápida ampliação da demanda do cidadão em relação ao direito às ações de assistência à saúde. Forçoso é reconhecer que quanto mais se aperfeiçoa o sistema de saúde pública, maior sua credibilidade e, em conseqüência, maior a demanda. O brasileiro hoje acredita que tem direito subjetivo público às ações e aos serviços de saúde e pede que o Ministério Público lhe garanta o acesso a esse direito, com qualidade e presteza. Podemos definir como marco e símbolo desta terceira fase a publicação da Resolução PGJ nº 100, de 18 de outubro de 2002, que criou o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, o CAO-Saúde.

Em sintonia com o Ministério Público brasileiro – da União (Federal, Militar e do Trabalho) e dos Estados –, o MPE mineiro está comprometido com a execução do Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em saúde, aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG) em 2006. O conteúdo do Plano foi ratificado em dezembro de 2007 pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos e constitui prioridade para a atuação no biênio 2008/2009. A meta nacional é a melhoria da atenção primária em todos os Municípios.

Instituições

A definição do papel do Ministério Público na saúde se dá em função das relações que a Instituição mantém com os demais atores do campo saúde, que não são poucos. A identificação desses atores e seu relacionamento com os vários órgãos do Ministério Público constituem um dos principais elementos que compõem o Plano Nacional de Atuação elaborado pelo CNPG. A solução dos problemas exige permanente contato com a gestão do SUS, a rede de assistência, os fornecedores de produtos e serviços de interesse da saúde, os usuários, organizados ou não em associações, os trabalhadores e sua estrutura sindical, o parlamento, o Poder Judiciário e os órgãos do Ministério Público Federal e do Trabalho.

O Plano sublinha que Ministério Público, como um todo, percebe que a atuação em relação à saúde exige maior articulação entre seus vários *braços* – Estadual, Federal, Militar e do Trabalho – e constata que a atual sistemática de abordagem, tanto judicial quanto administrativa,*tende à fragmentação e a resolução pontual de conflitos*, mostrando-se urgente a revisão crítica das ações desenvolvidas e a avaliação permanente de seu impacto sobre *os indicadores sociossanitários de cada Município, Estado e União*.

O Plano atribui ao Procurador-Geral de Justiça a tarefa de promover a integração entre seus vários órgãos de execução, ou seja, articular-se internamente em torno de uma política de atuação para a saúde bem como estimular e facilitar o diálogo permanente dos Promotores de Justiça com os membros do Poder Judiciário, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, *com os demais entes que tenham atribuição na área e*

com representações da sociedade civil.

A Comissão Permanente de Defesa da Saúde, instituída pelo CNPG, ficou encarregada de manter relações com o Conselho Nacional de Saúde (CNS), Tribunal de Contas da União (TCU), a OAB, os Conselhos Éticos, as entidades da sociedade civil organizada, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT),*compartilhando o conhecimento dos atos de interesse com os demais órgãos do Ministério Público.*

Para as relações com a Secretária de Estado da Saúde, o documento indica os Centros de Apoio Operacional (CAO),*ou órgãos congêneres*. Também cabe ao CAO da Saúde o acompanhamento da Comissão Intergestores Bipartite, assim integrada: Secretários Municipais de Saúde, Tribunal de Contas estadual, Conselhos Éticos de todas as categorias de profissionais da saúde e órgãos dos Poderes Legislativos estadual e municipal.

A Promotoria de Justiça é o núcleo para o qual convergem as teias de relações que se estabelecem a partir das ações do Procurador-Geral, da Copeds e do CAO-Saúde. No nível local, além do trato corrente com a Secretaria Municipal de Saúde e com os serviços de saúde, o Promotor de Justiça mantém relações institucionais com os Conselhos de Saúde, o Poder Legislativo e as entidades da sociedade civil organizada.

Campo de atuação

Não há como definir de forma apriorística o campo de atuação das Promotorias de Saúde. Mais adequado é reconhecer a forte necessidade de integração entre a saúde e as demais promotorias especializadas e buscar, conforme recomenda o Plano Nacional de Atuação em Saúde,*convergências de ação e não reservas de atuação*. O tema da saúde relaciona-se a vários outros: danos ambientais são potenciais causadores de agravos à saúde humana; a qualidade dos alimentos e medicamentos oferecidos ao consumidor interessa à saúde; a regularidade dos contratos em que as Secretarias de Saúde figuram como parte interessa tanto àqueles que zelam pela probidade administrativa quanto à boa execução das políticas de saúde. Da mesma forma se mostram os problemas relacionados à saúde do idoso, da criança, do adolescente e do deficiente.

Recursos humanos

O sistema de saúde deve *cuidar* das pessoas. E quem cuida são pessoas. Assim, não é por acaso que as diretrizes relacionadas aos recursos humanos figuram em primeiro lugar no Plano Nacional de Atuação. Como em outras áreas de atividade, a saúde sofre com a precarização das relações trabalhistas e a conseqüente insegurança dos profissionais. É importante lembrar a necessidade de maior articulação entre os órgãos de execução para que cidadão possa ter acesso a um sistema no qual sejam respeitados os direitos dos trabalhadores. As promotorias que cuidam da probidade administrativa e o Ministério Público do Trabalho são, neste ponto, os mais importantes parceiros das Promotorias de Saúde. Foram priorizadas, no Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, as seguintes tarefas:

> 5.1.1 Velar pela regularidade formal e execução de política de recursos humanos na área da saúde, que cumpra o objetivo de organizar um sistema de formação em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal (art. 27, LF nº 8.080/90);
> 5.1.2 Demandar pela concretização de Plano de Carreiras, Cargos e Salários por intermédio de lei, bem como fiscalizar o preenchimento dos cargos por meio de concurso público (art. 37, inciso II, CF); atentar para a regularidade do vínculo empregatício dos profissionais que atuam na área sanitária, independentemente dos programas que os mantêm; promover a responsabilização legal pelo recebimento de salários ou vencimentos por carga horária não trabalhada.
> 5.1.3 Reportar-se aos gestores públicos, prestadores e entidades da sociedade civil com atividade no âmbito da prestação de serviços de saúde para avaliar o cumprimento dos princípios inerentes à humanização no trato do usuário do SUS, adotando, eventualmente, as providências pertinentes.

Financiamento

Falta dinheiro para a saúde e os recursos disponíveis nem sempre são adequadamente empregados. Reconhecendo tal fato, as Promotorias de Saúde sempre estiveram atentas ao planejamento e à execução dos

orçamentos da saúde. No atual Plano, destacam-se os seguintes pontos:

> 5.2.1 acompanhar a elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, Estados e Municípios, e da Lei Orçamentária, observando sua fidelidade ao respectivo Plano de Saúde e o respeito aos pisos orçamentários constitucionais relativos ao Sistema Único de Saúde, atuando, administrativa e/ou judicialmente, para garanti-los.
> 5.2.2 fiscalizar a concentração de todos os recursos financeiros para a execução das ações e serviços de saúde nos respectivos Fundos de Saúde.
> 5.2.3 fiscalizar para que o gestor de saúde seja o administrador e responsável pela movimentação dos recursos depositados no Fundo de Saúde.

Planejamento

A avaliação crítica das políticas de saúde no Município e na região começa pela verificação dos instrumentos de planejamento. A falta de planejamento resulta na má qualidade dos serviços prestados e em desperdício dos escassos recursos financeiros destinados às ações e aos serviços de saúde. O principal instrumento, no âmbito municipal, é o Plano de Saúde, cuja elaboração deve ser acompanhada pela Promotoria e pelos Conselhos de Saúde.

Um bom planejamento exige que se faça um fiel diagnóstico da situação de saúde da população assistida. Quais as principais doenças que afetam a população do Município e região? Quais as principais causas de morte? O sistema está planejado em função do perfil epidemiológico ou atende a interesses de grupos econômicos que exploram serviços de saúde?

Uma maneira simples de avaliar a qualidade dos sistemas de informação é verificar a quantidade de mortes decorrentes de causas mal definidas no Município. Um índice elevado indica que as pessoas nem sequer têm acesso a cuidados médicos. Morrem e não há quem saiba dizer a causa da morte.

O diagnóstico da situação de saúde permite a elaboração de prognósticos, permite planejar e executar as políticas públicas de saúde.

Fiscalização dos instrumentos de gestão

Conhecida a realidade sanitária do Município e da região, e o planejamento elaborado para garantir saúde, com qualidade, para todos, a Promotoria acompanha a execução das políticas de saúde por meio da fiscalização dos instrumentos de gestão. Nesse sentido, as principais atividades consistem em acompanhar a constituição e a execução da Agenda de Saúde e dos Relatórios de Gestão, intervindo quando necessário, e fiscalizar a tempestividade e adequação de prestação de contas no âmbito do SUS (LF nº 8.689/93).

A Agenda de Saúde aponta e justifica os eixos prioritários de intervenção, os objetivos, os indicadores e as metas prioritárias da Política de Saúde em cada exercício anual. São resultantes de negociação e consenso entre gestores, Conselhos de Saúde e Comissões Intergestores. A Agenda de Saúde serve de base para os respectivos Planos de Saúde, os Quadros de Metas e os Relatórios de Gestão.

Fiscalização do sistema de informações

O Ministério da Saúde e a Secretaria de Estado da Saúde dispõem de dezenas de bancos de dados para acesso público com informações sobre os indicadores de saúde dos Municípios mineiros. Tais informações se transformam em conhecimento à medida que orientam as decisões daqueles que elaboram e executam as políticas e de todos os que, de alguma forma, intervêm no funcionamento do SUS.

Conforme diretriz estabelecida pelo Plano Nacional de Atuação, o CAO-Saúde auxilia os Promotores e Procuradores de Justiça na recuperação dessas informações e estimula seu uso como fundamento para identificar insuficiências de ações e serviços de saúde no SUS e instruir o comportamento ministerial, priorizando a atenção às populações mais vulneráveis.

Controle social

Na Constituição 1998, em relação à seguridade social como um todo e à Saúde em particular, o princípio democrático e a mais ampla participação popular são a regra. A institucionalização das Conferências e dos Conselhos de Saúde revela o claro objetivo de se garantir a todo cidadão o direito de participar do planejamento e da fiscalização do Sistema Único de Saúde. Nosso Plano Nacional de Atuação recomenda:

> 5.6.1 fiscalizar a regular instituição dos Conselhos de Saúde e suas condições de funcionamento, comparecendo, se possível, às suas reuniões, examinando suas atas de trabalhos e promovendo as medidas necessárias ao regular exercício de suas atribuições.
> 5.6.2 participação nas Conferências de Saúde, velando, quando cabível, pela observância de suas proposições de política de saúde pelos respectivos gestores. Manifestar, quando oportuno, a posição do Ministério Público.
> 5.6.3 contribuir para a informação e o aperfeiçoamento técnico de Conselheiros de Saúde.

Sociedade civil

É importante observar que a instituição formal dos Conselhos de Saúde e a realização de conferências nem sempre é suficiente para garantir a gestão democrática e participativa do SUS. A experiência tem demonstrado que muitas vezes a existência formal de um Conselho de Saúde não garante de fato a participação da comunidade nas decisões e na fiscalização do SUS. Os gestores do SUS exercem sua atividade sob permanente pressão dos agentes econômicos representados por prestadores de serviços de saúde, laboratórios farmacêuticos, indústria de equipamentos etc. Os sindicatos e as associações dos trabalhadores da saúde e os conselhos de fiscalização do exercício profissional também exercem sua influência. Falta, porém, o ator principal: o cidadão, usuário do SUS.

Na maior parte dos Municípios, os usuários são ainda pouco organizados e não contam com informação necessária e poder, político ou econômico, para interferir nas políticas de saúde. Por esse motivo, um dos mais importantes papéis da Promotoria de Saúde é o de garantir voz àqueles que mais necessitam do SUS, fortalecendo sua posição em relação aos demais atores. Assim, visando ao fortalecimento da sociedade civil, o Plano Nacional define como papel da Promotoria:

> 5.8.1 estabelecer aproximação com entidades *(lato sensu)* da sociedade civil organizada, colhendo subsídios para aprimorar e fundamentar atuação funcional.
> 5.8.2 realizar audiências públicas para identificar os vários segmentos de opinião da sociedade acerca de temas em que tal providência seja recomendável.

Ementário De Pareceres Emitidos Pelo CAO-Saúde/2009

PT 001-2009 Comarca de Pitangui. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Medicamentos Excepcionais. Spiriva 18 mg, Seretilde Diskus 50/250 mg e Duovent aerosol. Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Ausência de inclusão para CID 44.0. Responsabilidade estadual. GRS Divinópolis. ACP nº 0024.04.454.796-6 ajuizada pela PJ Saúde de Belo Horizonte. Inclusão de medicamentos para CID 44.0. Liminar deferida.

PT 002-2009 Comarca de Nanuque. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Inquérito Civil Público. Hospital Regional de Mucuri. Natureza privada. Medicamento hospitalar. Imunoglobina anti-rh (D). Procedimentos obstétricos. Fornecimento obrigatório durante internação hospitalar. Cessão pelo SUS. Ressarcimento ao patrimônio público. Necessidade. Responsabilização.

PT 003-2009 Comarca de Aiuruoca. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Política de Assistência Farmacêutica. Pesquisa-Ação (CD). Municípios integrantes da comarca. GRS Juiz de Fora. Respostas. Ausência de implantação de Comissão de Farmácia e Terapêutica. Descumprimento da Deliberação CIB-SUS/MG nº 415, de 21 de fevereiro de 2008. Comprometimento da programação anual de medicamentos pelos municípios.

PT 004-2009 Comarca de Varginha. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Hospital Regional do Sul de Minas. Natureza Jurídica. Fundação Pública de Direito Público. Necessidade de submissão às regras de direito administrativo. Divergência. Secretaria Estadual de Saúde.

PT 005-2009 Comarca de Três Corações. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Pacientes com transtornos decorrentes do uso e dependência de substâncias psicoativas. CAPSadII. Implantação. Requisitos legais. Portarias MS/GM nº 816/2002, 1.455/2003 e 245/2005. Incentivo financeiro. Possibilidade.

PT 006-2009 Comarca de Conselheiro Lafaiete. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Tomografia computadorizada. Prestador de serviços. Dúvida quanto à exigibilidade técnica do procedimento de contraste intravenoso. Posição da radiologia. Procedimentos (códigos) unificados. Custo financeiro incluído. Ausência de prejuízo para o SUS.

PT 007-2009 Comarca de Iguatama. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Hospital Municipal São Francisco. SUS. Procedimentos Oftalmologia. Cobrança pela realização dos procedimentos médicos. Fundo Municipal de Saúde. Depósito. Violação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais da saúde. Conduta ilegal. Impossibilidade.

PT 008-2009 Comarca de Bocaiuva. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Epilepsia. Medicamentos Trileptal (oxcarbazepina) e Depakote (divalproato de sódio). Medicamentos não incluídos na Política de Assistência Farmacêutica de Atenção Básica ou de Alto Custo. Constituição Federal. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponibilização. Possibilidade com observância de requisitos técnicos obrigatórios.

PT 009-2009 Comarca de Manhuaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Contrato Administrativo. Prestador de serviço hospitalar. Hemodiálise/Diálise. Débito com Seguridade Social. Ausência de CND. Constituição Federal (artigo 195, § 3º). Tratamento diferenciado para pessoas jurídicas hospitais e Santas Casas. Lei Federal nº 8.870/94 (artigo 14). Regulamento da Seguridade Social (Decreto nº 3.048/99, artigo 217, § 19). Compensação. Possibilidade, com observância obrigatória de cláusulas especiais na contratualização.

PT 010-2009 Comarca de Pitangui. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Transtorno Bipolar. Transtorno de Déficit de Atenção com Hiper-Atividade (TDHA). Medicamentos Carbolitium 450mg (carbonato de lítio), Zyprexa 2.5mg (olanzapina), Alcytam 20mg (citalpran). Medicamentos de alto custo (responsabilidade estadual). Medicamento Ritalina (multifinidato) da Atenção Básica (responsabilidade municipal). Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Não inclusão. Relatório Médico. Insistência clínica. Substituição dos fármacos. Judicialização.

PT 011-2009 (Atualização) **PARECER TÉCNICO JURÍDICO Nº 011/2009** Rafael Medina Machado Gilmar de Assis **Objeto**: Consulta. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Caratinga. Consórcio Intermunicipal de Saúde. Natureza privada. Lei Federal nº 11.107/2005. Decreto nº 6017/2007. Lei Estadual nº 18.036/2009. Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009. Instrução Normativa TCE/MG nº 09/2008. Irregularidades.

1. Relatório

Cuida-se de consulta, elaborada pelo Promotor de Justiça da Comarca de Caratinga, para a análise das condutas praticadas pelo Consórcio Público Intermunicipal de Saúde denominado CISMIRECAR.

2. Dos Fatos

A Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Caratinga contatou este Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde – CAO-SAUDE a respeito da necessidade de se refletir sobre alguns comportamentos praticados pelo referido consórcio, apontando os seguintes:

> * que o consórcio CISMIRECAR conta com a presença dos seguintes municípios: Caratinga, Entre Folhas, Santa Bárbara do Leste, Ubaporanga, Santa Rita de Minas, Bom Jesus do Galho, Inhapim, Imbé de Minas, São Domingos das Dores, São Sebastião do Anta, Vargem Alegre, Piedade de Caratinga Córrego Novo, Vermelho Novo. (esses municípios pertencem às Comarcas de Caratinga, Inhapim e Raul Soares);
>
> * que o consórcio, criado em 1996, é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, registrado no Cartório de Pessoas Jurídicas de Caratinga, tendo sua sede no município de Caratinga, na

Rua Raul Soares, n. 91;

* que apesar de ser uma pessoa jurídica de direito privado, o consórcio não está registrando suas atas regularmente, uma vez que a última ata registrada foi a de 31/05/2000;

* que o consórcio não celebrou com os municípios consorciados os instrumentos jurídicos exigidos pela Lei dos Consórcios Públicos (que exige contrato de rateio em cada exercício financeiro, protocolo de intenções, contrato de programa);

* que o consórcio recebe 1% (um por cento) do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de cada município, apoiado em uma lei autorizadora desse repasse (1996), gasto com a administração do consórcio, sem inclusão dos serviços médicos prestados por ele ou por outros prestadores;

* que os municípios consorciados repassam outros valores oriundos do Fundo Municipal de Saúde, sem qualquer autorização legislativa, deliberação do Conselho Municipal de Saúde ou outra formalidade legal. A título de exemplos, os município de Caratinga, um dos maiores consorciados, nos primeiros nove meses de 2002, repassou para referido consórcio os valores de R$ 81.894,90 (oitenta e um mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa centavos), a título de FPM e de R$ 1.778,579,16 (um milhão, setecentos e setenta e oito mil, quinhentos e setenta e nove reais e dezesseis centavos), a título de prestação de serviços hospitalares; e o município de Inhapim, no mesmo período, os valores correspondentes a R$ 52.384,32 (cinquenta e dois mil, trezentos e oitenta e quatro reais e trinta e dois centavos) a título de FPM, e R$ 346.225,76 (trezentos e quarenta e seis mil, duzentos e vinte e cinco reais e setenta e seis centavos) a título de serviços hospitalares.
que as notas fiscais emitidas pelo referido consórcio possuem a denominação genérica de “despesas hospitalares”;

* que referido consórcio não é fiscalizado pelo Tribunal de Contas do Estado (artigo 9º da Lei dos Consórcios), nem pelas Câmaras Municipais para prestação dos serviços médico-hospitalar na sua forma indireta, ou seja, funcionando apenas como intermediador;

* que referido consórcio não conta com Conselho Fiscal em sua estrutura orgânica, apesar de o Estatuto do Consórcio determinar sua existência (dois representantes de cada Conselho Municipal de Saúde);

* que não há prestação de contas junto ao Tribunal de Contas e aos Conselhos Municipais de Saúde dos municípios, como reflexo da inexistência de um Conselho Fiscal;

* que o consórcio possui as seguintes contas bancárias: Banco do Brasil, Ag 0177-5, conta 7017-3, conta n. 5967-6 (relativas ao recebimento de valores financeiros remetidos pelo REFORSUS para compra de aparelhos e medicamentos); conta n. 7516-7, conta n. 25.348-0, conta n. 25.530-0 (movimenta os valores do FPM) e Caixa Econômica Federal, ag 106-7, conta 03502359;

* que considerável parte dos recursos humanos empregados pelo referido consórcio, não obstante concurso público realizado em 2006, não é de empregados concursados;

* que na última reunião realizada entre os municípios consorciados, que ocorreu no dia 12/01/2009, foi apresentado pelo Diretor do Consórcio um Termo de Convênio que previa como o objeto do Convênio a consecução de todos os objetivos do SUS, inclusive o gerenciamento por parte do CISMIRECAR dos postos de saúde, implantação e gerenciamento do Programa de Saúde da Família e exames complementares em geral;
* que referido consórcio presta serviços da atenção básica, podendo, por exemplo, citar o caso da responsável pela Vigilância Sanitária do município de Bom Jesus do Galho como funcionária do consórcio;

* que não há qualquer pactuação programada integrada (PPI) entre os municípios e o consórcio, daí a impossibilidade de se conhecer as quotas pactuadas para cada um dos procedimentos médicos;

* que o Estatuto do Consórcio não prevê o número, forma de provimento e remuneração dos empregados

> públicos;
>
> * que os serviços prestados, de uma forma geral, não se encontram formalizados, com eventual infração à Lei Geral de Licitações;
>
> * que há necessidade de formalização de contrato de rateio em cada exercício financeiro, conforme exigência da Lei dos Consórcios;
>
> * Que há fundadas preocupações de alguns prefeitos e secretários municipais de saúde com a situação (forma de condução) do referido consórcio.

Dos consórcios públicos em geral

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 241, que

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, regulamentou o artigo 241 da Constituição Federal, dispondo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, destinados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de realizar procedimentos de interesse comum desses entes estatais e promovendo a gestão associada a que alude o citado mandamento constitucional.

Pois bem, o artigo 10 da Lei Federal nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde — prevê que os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam. A organização dos consórcios administrativos intermunicipais está também citada no artigo 18, inciso VII, como competência da direção municipal do SUS.

Posteriormente, com a publicação da Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde em 1996 (MS, 1997a), os Consórcios Intermunicipais de Saúde passaram a ser considerados, no contexto da regionalização e hierarquização da rede de serviços, como sendo estratégias para articulação e mobilização dos municípios, com coordenação estadual, de acordo com características geográficas, demanda, perfil epidemiológico, oferta de serviços e, principalmente, a vontade política expressa pelos diversos municípios de constituírem um consórcio ou estabelecer qualquer outra relação de caráter cooperativo (NOB - SUS no 01/1996).

Por sua vez, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) enfrentou a matéria através da publicação de Nota Técnica nº 12/2005, reconhecendo que

> O consórcio constitui-se em um instrumento para a resolução de problemas ou para alcançar objetivos comuns. Na área da saúde têm sido utilizados para o enfrentamento de problemas de diferentes natureza, seja para gerenciar unidades de saúde especializadas, aquisição de medicamentos e insumos básicos médico-hospitalares, entre outros. O Consórcio é sem dúvida um importante instrumento para a consolidação do SUS, principalmente quando pensamos na hierarquização e regionalização da assistência à saúde.

Referida Nota Técnica, apoiada na legislação federal nº 11.107/2005, traz algumas recomendações importantes para observância geral,*verbis*:

> O Consórcio Público será constituído por contrato cuja celebração dependerá de prévia subscrição de protocolo de intenções cujas cláusulas devem estabelecer:
> a) a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
> b) a identificação dos entes da federação consorciados;
> c) a indicação da área de atuação do consórcio;

> d) a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
> e) os critérios para em assuntos de interesse comum autorizar o consórcio público a representar os entes da federação consorciados perante outras esferas de governo;
> f) as normas de convocação e funcionamento da Assembléia Geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do Consórcio Público;
> g) a previsão de que a Assembléia Geral é a instância máxima do consórcio Público e o número de votos para as suas deliberações;
> h) a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do Consórcio Público que, obrigatoriamente, deverá ser o Chefe do Poder Executivo do ente da Federação consorciado; (no caso de consórcio entre estados, subentende-se que se refere ao Governador do estado);
> i) o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
> j) as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
> k) a autorização para a gestão associada de serviços públicos explicitando entre outras, as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
> l) o direito de qualquer dos contratantes.

Recentemente, no âmbito do estado de Minas Gerais, a matéria foi positivada pela Lei no 18.036, de 12 de janeiro de 2009, com a novidade de que

> […] a partir de 1º de janeiro de 2010, o Estado somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma se tenha convertido.

Ocorre que a Lei estadual nº 18.309, de 3 de agosto de 2009, em seu artigo 32, revogou essa previsão legal. Com isso, hoje não é mais necessário que o consórcio esteja constituído sob a forma de associação pública para celebrar convênios com o estado de Minas Gerais.[2)]

A doutrina também debate a problemática dos consórcios públicos. Nesse sentido, trago à colação a tese que dispõe sobre consórcios intermunicipais em saúde pública, aprovada no IV Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, promovido pela AMPASA – Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, de lavra dos autores Luciene Alice da Silva[3)] e Manoel Dias da Fonseca Neto[4)], denominada CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM SAÚDE – Estratégia para o fortalecimento regional e a descentralização das ações de saúde.

Referida tese reconhece a possibilidade de

> na área da saúde serem formalizados consórcios para assistência de saúde de média e alta complexidade, execução de projetos e programas de saúde, aquisição de medicamentos, materiais e equipamentos hospitalares, coleta de resíduos em serviços de saúde, manutenção preventiva e corretiva de equipamentos, realização de exames laboratoriais, de diagnóstico por imagem, educação permanente, entre outros. (grifo nosso).

Ainda, segundo a tese, os consórcios intermunicipais em saúde somente poderão prestar serviços de média e alta complexidade, não sendo a eles facultados prestar serviços de atenção básica, sendo este de atribuição privativa dos municípios. Aliás, é este também o entendimento que se extrai da NOAS-SUS 01/2001 em seu artigo 6º e seguintes.

Para a elaboração de um consórcio em saúde, prosseguem os articulistas, se faz necessário o cumprimento de algumas etapas que obrigatoriamente devem ser cumpridas, como, por exemplo:
a) articulação entre os gestores municipais e Coordenadorias Regionais de Saúde (CRES);
b) elaboração do Protocolo de Intenções;
c) ratificação do Protocolo de Intenção pelo Poder Legislativo de cada ente consorciado, o que o transforma na Lei do respectivo consórcio;

d) elaboração do Estatuto e do Regimento Interno;
e) pactuação do Contrato de Programa, obrigações referentes a encargos, serviços e bens necessários à implementação dos consórcios, transferência de bens, cessão de pessoal para o consórcio e outros compromissos não relacionados a recursos financeiros. Em relação à prestação de serviço de saúde é fundamental a elaboração de uma Programação Pactuada Consorcial - PPC;
f) contrato de Rateio, com a finalidade de estabelecer obrigações financeiras, ou seja, os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados;
g) definição da dotação orçamentária específica ou créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos no pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio;
h) estruturação e Organização do Consórcio.

Outro ponto a ser destacado consiste na observância do PDR – Plano Diretor de Regionalização -, que visa a adequação aos novos princípios adotados, como economia de escala, acessibilidade viária e geográfica. O objetivo de todo esse plano é garantir o acesso dos cidadãos, a todos os níveis, a partir do atendimento o mais próximo possível de sua residência, conforme seja o conjunto de ações e serviços necessários à solução de seus problemas de saúde, em qualquer nível de atenção.

Com isso, os consórcios em saúde, para uma melhor prestação de seus serviços, podem se organizar em municípios localizados em uma mesma microrregião sanitária. Exemplo dessa articulação geográfica foi dado pelo estado do Ceará que

> […] optou por estimular a formação de consórcios em saúde tomando por base os municípios localizados numa mesma microrregião de saúde, para facilitar o processo de estruturação de redes de atenção à saúde e tendo como referência o Plano Diretor de Regionalização.

Em Minas Gerais, a SES/MG tem externado sua preocupação pela adequação dos consórcios públicos às exigências legais[5] (federal e estadual), bem como ao Plano Diretor de Regionalização da SES. Segundo seu Secretário Estadual,

> […] o ideal é que haja um consórcio por microrregião […] Minas é um dos estados onde os consórcios mais avançaram. São 672 municípios em 64 consórcios intermunicipais de saúde, ou seja, 79% dos municípios mineiros fazem parte de consórcio.

Na recente obra editada pela SES/MG,[6] os autores Antônio Jorge de Souza Marques e Marta de Souza Lima, no artigo que trata sobre o Sistema Estadual de Transporte em Saúde, reconhecem que

> […] desde o início, considerou-se o Consórcio como o instrumento mais adequado para a organização dos municípios de menor porte em torno da gestão dos serviços de saúde. Assim, o SETS funciona por meio de parcerias estabelecida entre governo do Estado, Consórcios Intermunicipais de Saúde e prefeituras.

Segundo esses autores,

> O consórcio é a união ou associação de dois ou mais entes da mesma natureza para viabilizar a resolução de problemas ou o alcance de objetivos que sejam comuns às partes. Os consórcios de municípios têm se mostrado instrumentos eficazes para atender demandas específicas e solucionar problemas de saúde que não podem ser resolvidos individualmente pelos municípios. É um modelo de ação compartilhada para ofertar serviços de maior complexidade para os habitantes de vários municípios, incapazes, por si só, de estruturar os serviços. Tem-se, assim, uma maior racionalidade do uso de recursos financeiros, equipamentos, recursos humanos e instalações físicas. A experiência já está consolidada em Minas Gerais, que conta hoje com 64 consórcios intermunicipais de saúde, ocupando todas as microrregiões do Estado.

Aliás, a discussão sobre o papel técnico-jurídico assistencial dos Consórcios Intermunicipais de Saúde no SUS/MG se deu pela Resolução SES nº 67, de 11 de abril de 2003, a partir do Protocolo de Intenções nº

002/2003 celebrado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e Colegiado dos Secretários-Executivos dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais (COSECS-MG).

Como resultado dessas discussões, editou-se a Deliberação CIB-SUS/MG nº 417, de 21 de fevereiro de 2008, bem como a Resolução SES nº 1418, de 21 de fevereiro de 2008, que dispõe sobre o processo de credenciamento dos serviços de Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais. Definiu-se pela competência da SES/MG para o credenciamento dos referidos consórcios, mediante prévia aprovação da Comissão Intergestores Bipartite Microrregional (no caso de municípios consorciados localizados em uma mesma microrregião), da Comissão Intergestores Bipartite Macrorregional (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma microrregião, mas dentro de uma mesma macrorregião) e da Comissão Intergestores Bipartite Estadual (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma macrorregião).

Importa aqui destacar, da indigitada Resolução nº 1418/2008, seu artigo 8º,*verbis*:

> Art. 8° Somente serão credenciados pela SES/MG os serviços dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que atuem em consonância estrita com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde e que redundarem em aumento do atendimento à população.

Há precedente judicial sobre essa complexa matéria versando sobre consórcios intermunicipais de saúde, conforme se extrai da lide travada entre a Secretaria Estadual de Saúde do estado do Espírito Santo e o município de Marataízes, enfrentada pelo voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, nos autos do RMS Nº 25.012-ES (2007/0205209-8). No acórdão, a segurança foi negada por entender que o ato apontado como coator não teve o condão de excluir o impetrante do Consórcio Intermunicipal de Saúde e, em consequência, do rateio de 1% da parcela do produto de arrecadação do ICMS.

Da situação concreta do CISMIRECAR

Conforme se observa, o CISMIRECAR, com suporte na legislação federal - artigo 6º, inc. II - se constituiu na forma de pessoa jurídica de direito privado.

A legislação é expressa em determinar que os entes (municípios) que integram o consórcio somente poderão entregar recursos ao mesmo mediante contrato de rateio, sendo este obrigatório para que haja o repasse de verbas.

Assim, extreme de dúvidas o descumprimento da legislação federal pelo CISMIRECAR,*verbis*:

> Art. 8o Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.
> § 1o O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

No que tange à necessária fiscalização dos consórcios públicos pelo órgão do Tribunal de Contas, a matéria encontra-se pacificada em norma legal e doutrina.

Assim, nossa legislação mineira (consórcio público) é expressa em dizer, em seu artigo 6º, que:

> Art. 6º. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

E, também a doutrina sanitária não discrepa desse entendimento:

> […] o consórcio também será fiscalizado pelo tribunal de contas correspondente ao nível da entidade pública que o integra, por força do disposto no artigo 71, VI, da Constituição e artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11. 107.[7)]

Aliás, o próprio Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais já se posicionou a respeito, conforme art. 1º da Instrução Normativa nº 09/2008,*verbis*:

> Art. 1º - As contas anuais prestadas pelos dirigentes das autarquias, fundos previdenciários e fundações municipais regidas pela Lei Federal 4.320/64 e pelos representantes legais dos consórcios públicos municipais, para fins de julgamento, deverão conter os balanços gerais, nos quais constarão dados relativos à execução financeira, patrimonial e orçamentária.

Ora, a falta de prestação de contas pelo consórcio (CISMIRECAR) junto ao Tribunal de Contas evidencia sua conduta reprovável, passível de desdobramentos (providências) nas áreas administrativas e judicial.

Outro aspecto importante para uma ação refletiva (jurídica) consiste no fato de que referido consórcio, embora pessoa jurídica de direito privado, vem dando tratamento equivocado para admissão de seus empregados.

Pois bem, conforme se extrai da redação do artigo 6º, § 1º da lei federal – este (consórcio) deverá atender, em alguns casos, às normas de direito público, como as que se referem à admissão de pessoal, nos termos dessa mesma legislação. Vale trazer à colação a lição de José dos Santos Carvalho Filho[8)]:

> Nesse caso, seu quadro de pessoal terá regime trabalhista, razão pela qual se aplicam as normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. O regime jurídico geral, entretanto, será híbrido: incidem, de um lado, normas de direito privado e, de outro, normas de direito público, como as que se referem a licitações, contratos, prestações de contas e admissão de pessoal. (grifo nosso).

Importante lembrar que o regime público para admissão de pessoal é o contido no artigo 37, II, da Constituição Federal, que preconiza que a investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

No mesmo sentido, conforme comentamos, nossa legislação mineira (Lei no 18.036/2009), em seu artigo 14 dispõe que

> […] a partir de 1º de janeiro de 2010, o Estado somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma se tenha convertido.

Portanto, no caso específico do CISMIRECAR - consórcio público de direito privado - importante que seja, desde logo, recomendado pelo Ministério Público para o fiel cumprimento do dispositivo legal referido, ou seja, sua adequação em consórcio público de direito público, haja vista que, vencido o lapso temporal, não mais poderá celebrar convênios, seja com a União ou com o Estado, o que, induvidosamente, poderia inviabilizar o seu funcionamento.

Da improbidade administrativa

Conforme determinação legal, o consórcio deve ter contrato de rateio estabelecendo os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados. E também definição da dotação orçamentária específica ou créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos no pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio.

Com isso, ressalta-se que a Lei federal nº 11.107/2005 (acrescenta incisos XIV e XV na lei de improbidade administrativa) debate esse tema da seguinte maneira:

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
> XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Portanto, o CISMIRECAR, por não possuir contrato de rateio, nem uma definição de sua dotação orçamentária, se encontra, em tese, na prática de condutas vedadas pela Lei de Improbidade Administrativa, desde que presentes um dos elementos subjetivos do tipo – o dolo e a culpa.

Conclusão

Em razão das análises acima descritas, alicerçadas pelas informações repassadas pela Promotoria de Justiça solicitante, conclui-se:

> * o CISMIRECAR viola grande parte dos mandamentos legais, entre eles: falta de contrato de rateio, falta de dotação orçamentária, falta de concurso público para contratação de pessoal, ausência de fiscalização e de prestação de contas pelo TCE;
>
> * o consórcio intermunicipal de saúde não pode prestar serviços de atenção básica [9], conforme se extrai da NOAS-SUS 01/2001 e da doutrina sanitária;
>
> * as condutas praticadas pelos integrantes do CISMIRECAR podem, em tese, configurar improbidade administrativa, se configurado o dolo ou a culpa na conduta dos agentes públicos.

Por todo o exposto, comprovadas as irregularidades praticadas pelo referido consórcio público de natureza privada, recomenda-se a adoção das seguintes providências:

> * instauração de Inquérito Civil Público, nos termos do artigo 8º, § 1º da Lei Federal nº 7.347/85, Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007 e Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007 para adoção das providências cabíveis;
>
> * que seja oficiado o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para que possa manifestar quanto à in(existência) de prestação de contas pelo referido consórcio, inclusive com tomada de providências, se for o caso [10];
>
> * que seja oficiado a Secretaria Estadual de saúde em Minas Gerais para que possa manifestar-se quanto aos fatos, haja vista sua competência legal e administrativa nos processos de coordenação estadual (credenciamento) dos consórcios intermunicipais de saúde;
>
> * que sejam oficiados cada um dos representantes de cada município que faça parte do CISMIRECAR para que tomem conhecimento da instauração do Inquérito Civil Público, com tomada de prestação de informações, com possibilidade de formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta que contemple as exigências de observância dos requisitos legais para instituição, instrumentalização e operacionalização do consórcio, se for o caso;
>
> * que seja averiguado se todos os municípios que fazem parte do CISMIRECAR fazem parte da mesma microrregião sanitária, conforme preconizado pelo PDR- Plano Diretor de Regionalização.

- 8.1. Ementário de pareceres

- 8.2. Ementário de legislação pertinente
- 8.3. Referências bibliográficas

[1] Na 1a edição desta obra o autor desta seção foi o Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto

[2] Procedida, em 26/02/2010, alteração do Parecer Técnico Jurídico nº 011/2009 em razão da promulgação posterior da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009.

[3] Farmacêutica. Mestre em Marketing Organizacional. Responsável pela Vigilância de Saúde do Estado do Ceará.

[4] Médico. Mestre em Gerenciamento dos Sistemas Locais de Saúde. Coordenador de Promoção e Proteção à saúde no Ceará.

[5] Palestra proferida pelo Secretário Estadual de Saúde de Minas Gerais no Seminário realizado em 06/03/2009 na cidade de Viçosa, durante o IV Seminário Macrorregional.

[6] "O Choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais", organizado por Antônio Jorge de Souza Marques, Belo Horizonte; SES/MG, 2009.

[7] Santos, Lenir. Sistema Único de Saúde. São Paulo: Unicamp, 2006. p. 101.

[8] Carvalho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 192.

[9] Atenção básica à saúde consiste no primeiro nível de atenção à saúde, englobando um conjunto de ações de caráter individual e coletivo que envolvem a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação de pacientes (Ministério Público Federal – 2005).

[10] Poderá, se for o caso, ser oficiado diretamente a Assessoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Contas do Estado, com endereço na Avenida Raja Gabáglia 1315, Luxemburgo, Belo Horizonte, Minas Gerais, cep. 30.380-435

8.1. Ementário de pareceres

PT 012-2009 Comarca de Manhumirim. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Saneamento básico. Água. Consumo Humano. Relatório de Desenvolvimento Humano 2006 (RDH) da Organização das Nações Unidas. Portaria nº 518/2004 do Ministério da Saúde. Lei do Saneamento (Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007). Necessidade de tratamento adequado. Exigência de padrões de qualidade. Necessidade de divulgação (mensal) dos resultados da análise da qualidade da água para consumo humano.

PT 013-2009 Comarca de Bocaiúva. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. IPSEMG. Assistência farmacêutica. Oncologia. Prescrição médica. Medicamento Bortezomibe. Medicamento não fornecido pela política interna do IPSEMG. Sistema Único de Saúde. INCA. Rede de Atenção Oncológica. Neoplasias malignas. Unidade de Assistência em Alta Complexidade em Oncologia (UNACON). Centro de Assistência em Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Clínicas autorizadas para Serviços Isolados de Radioterapia ou Quimioterapia. Ausência de relação de medicamentos antineoplásicos no SUS. Esquema terapêutico e fornecimento de medicamentos de responsabilidade direta dos hospitais ou clínicas credenciadas para a prestação dos serviços oncológicos no SUS.

PT 014-2009 Comarca de Guarani. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Concurso público. Contratação temporária. Programa Saúde da Família (PSF). Agentes Comunitários de Saúde (ACS). Agentes Comunitários de Combate a Endemias (ACE). Atenção primária da saúde. Vedação ao retrocesso. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 19/98. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135/DF de 02/08/2008. Emenda Constitucional nº 51/2006. Lei Federal nº 11.350/2006. Natureza jurídica. Regime jurídico.

PT 015-2009 Comarca de Carlos Chagas. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. SUS. Serviço de Controle e Avaliação. Ausência. Prejuízo para toda Microrregião sanitária (Nanuque, Carlos Chagas e Serra dos Aimorés). Afetação da Política de Programação Pactuada (PPI). Obrigação legal definida pela Portaria GM nº 399/2006 (Pacto pela Saúde). Necessidade de elaboração de diagnóstico epidemiólogico coletivo. Planejamento de quotas microrregionais de exames, procedimentos e cirurgias para as diversas especialidades médicas.

PT 016-2009 Comarca de Itapagipe. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Sistema Único de Saúde. Assistência Básica Farmacêutica. Obrigatoriedade de planejamento trimestral pelos Gestores. Responsabilidade exclusivamente municipal. Exigência de exibição de título eleitoral pelos usuários como condicionante para fornecimento do fármaco. Impossibilidade legal. Violação ao princípio da universalidade. Possibilidade de criação de instrumentos de compensação entre os entes federados.

PT 017-2009 Comarca de Jacinto. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Controle Social. Diretriz constitucional da participação popular. Conselho Municipal de Saúde. Lei municipal que modifica a situação (composição) do Conselho Municipal de Saúde em plena vigência do mandato dos conselheiros. Impossibilidade. Contrariedade às disposições da Lei Federal nº 8.080/90, Lei Federal nº 8.142/90, Decreto nº 5.839/2006 e Resolução CNS nº 333/2003.

PT 018-2009 Comarca de Iturama. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Fundação Delfina Alves Barbosa. Prestador conveniado ao SUS. Programa de Fortalecimento de Melhoria da Qualidade dos Hospitais do SUS/MG (PRO-HOSP). Urgência e Emergência. Finalidade dos recursos repassados. Destinação exclusiva para hospitais públicos e privados (sem fins lucrativos).

PT 019-2009 Comarca de Betim. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Inquérito Civil Público. Procedimentos médicos especializados. Média e Alta Complexidade. Deliberação CIB-SUS/MG nº 36]76/07. Reformulação de quotas e aportes financeiros por decisão da CIB-SUS/MG. Alteração da PPI/MG. Afetação dos serviços na microrregional de Betim. Deliberação CIB-SUS/MG nº 404/07. Possibilidade de ressarcimento e de interposição de recurso administrativo.

PT 020-2009 Comarca de Estrela do Sul. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. DPVAT. Vítimas de acidente de trânsito. Ressarcimento. SUS. Medida Provisória nº 451 de 2008. Lei Federal nº 6.194/74. Lei Federal nº 8.212/91. Lei Federal nº 9.503/97. Lei Federal nº 11.945/2009. Recursos. Repasses financeiros feitos pelo DPVAT ao Fundo Nacional de Saúde. Afetação dos municípios com maior atendimento de acidentes automobilísticos. Câmara Técnica SES/COSEMS. Discussão. Recursos SUS. Remanejamento. Possibilidade.

PT 021-2009 Comarca de Pirapora. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Medicamento GABAPENTINA. Lupus Eritematoso. CID M32. Ausência de Protocolo Clínico pelo SUS. Medicamento padronizado para Epilepsia Refratária (CID G40). CID principal e secundário. Alterações neurológicas. Exigência de fundamentação técnica (médica) adequada. Gerência Regional de Saúde. Possibilidade concessão administrativa.

PT 022-2009 Comarca de Manhuaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Agentes Comunitários de Saúde (ACS). Aferição de pressão arterial. Questionamento sobre possibilidade realização dessa atribuição. Possibilidade. Lei Federal nº 11.350/2006. Recomendação. Prévia capacitação. Supervisão. Equipe Saúde Família.

PT 023-2009 Comarca de Conselheiro Lafaiete. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Gestor SUS. Licitação. Contratação de serviços de saúde. Instituições privadas. Saúde complementar. Tabela de procedimentos SUS. Preço inferior. Impossibilidade. Recomendação Administrativa.

PT 024/2009 Comarca de Paraguaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Paraguaçu. Convênio Administrativo nº 007/2009. Município de Paraguaçu e Fundação Hospitalar de Paraguaçu. Unidade hospitalar privada, sem fins lucrativos. Transferência da gestão dos serviços públicos de saúde. Pronto socorro municipal. Participação complementar. Terceirização dos serviços de saúde pública. Impossibilidade.

PT 025-2009 PARECER TÉCNICO JURÍDICO Nº 025/2009 Juliana Cristimans Moreira de L Cardoso Gilmar de Assis **Assunto**: Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Comarca de Iturama. SUS. Política Nacional de Regulação. Sistema Estadual de Regulação Assistencial de Minas Gerais. SUS FÁCIL. Urgências e Emergências. Internações hospitalares. Procedimentos de Emergência e Vaga Zero. Lei Federal nº 8.080/90 (artigo 24). Lei Estadual nº 15.474/2005. Decreto Estadual nº 44.099/2005. Portaria n. º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002; Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006 – Pactos pela Saúde (Sexto Volume). Resolução CFM nº 1.451/1995.

1. DOS FATOS

Cuida-se de consulta elaborada pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Iturama, para os fins de esclarecimento técnico sobre o procedimento eletrônico denominado SUS-FÁCIL, assim como em relação aos procedimentos emergenciais de leito zero, bem como quanto à (in)existência de norma específica para que pacientes em estado grave de saúde possam ser imediatamente transferidos para uma unidade hospitalar de maior complexidade.

Segundo consta, os fatos tiveram início quando da suposta negligência médica hospitalar prestada no tratamento da usuária A. M. C. A, de 58 anos de idade, com quadro de aneurisma cerebral, em data de 28/07/2008, no Pronto Socorro Municipal de Iturama. Consta que a usuária não conseguiu seu adequado atendimento médico, tendo sido transferida primeiramente para o Hospital Ensino de Uberaba e, posteriormente para o Hospital Universitário de Uberaba, evoluindo seu quadro para óbito, em data de 04/08/2009.

Houve requisição de Inquérito Policial (autos nº 034409050768-4) pelo Ministério Público visando a apuração de suposta ocorrência de homicídio culposo pelos responsáveis.

2. A POLÍTICA NACIONAL DE REGULAÇÃO

A proposta da Política Nacional de Regulação está focada em três eixos estruturantes: a garantia da alocação de recursos para a implantação dos Complexos Reguladores da Assistência; o desenvolvimento de instrumentos que operacionalizem as funções reguladoras e; o desenvolvimento de um programa de capacitação permanente de recursos humanos.

O sexto volume da série Pactos pela Saúde, elaborado a partir da publicação da Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga as Diretrizes Operacionais do Pacto em seus três componentes: Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão, visa orientar os gestores quanto a um dos eixos fundamentais da Política Nacional de Regulação, a regulação do acesso por meio dos complexos reguladores, apresentando conceitos e estratégias que orientam a estruturação desses nas esferas gestoras estaduais e municipais.

Segundo a NOAS, a estruturação das ações de regulação assistencial deve ocorrer por meio da implantação de

complexos reguladores, entendidos como uma ou mais centrais de regulação, que por sua vez, desenvolvem ações específicas como a regulação das urgências, das consultas especializadas, de exames, de leitos, de equipamentos, etc.

A regulação assistencial estabelecida na NOAS define que esta deva estar “voltada para a disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão, de forma equânime, ordenada, oportuna e qualificada”.

A PORTARIA/SAS nº. 423, de 09 de Julho de 2002 estabelece requisitos para a regulação assistencial, contudo, o tema referido está restrito aos aspectos de um macro-processo de planejamento orientando necessidades gerais, sem detalhar as especificidades da construção da lógica de organização, estruturação e operacionalização das ações.

O Pacto pela Saúde (PORTARIA/GM nº. 399 de 22 de fevereiro de 2006) no seu componente de gestão define a Regulação como uma diretriz e, **(1)** configura uma linha de financiamento de custeio específico através do bloco de financiamento da Gestão; **(2)** conceitua as principais estruturas regulatórias; **(3)** lista os princípios orientadores do processo de Regulação, define metas e **(4)** explicita as responsabilidades dos gestores municipais, estaduais, do Distrito Federal e do gestor federal.

A Política de Regulação da Atenção à Saúde deve ter como objetivo implementar uma gama de ações meio que incidam sobre os prestadores, públicos e privados, de modo a orientar uma produção eficiente, eficaz e efetiva de ações de saúde, buscando contribuir na melhoria do acesso, da integralidade, da qualidade, da resolubilidade e da humanização destas ações. Deve, portanto articular e integrar mecanismos que permitam aos gestores regular as ações e serviços de saúde, tais como: fazer dos contratos pactos entre gestores e prestadores; reformular as atividades de controle assistencial e da avaliação da atenção à saúde; desenvolver os protocolos assistenciais e implementar a regulação do acesso por meio dos complexos reguladores.

A Política de Regulação da Atenção à Saúde, para criar as condições de resposta às necessidades reais por serviços de saúde, deve enfrentar a questão da demanda real e da demanda artificial, considerando a oferta potencial e a oferta existente. Em síntese, deve regular de maneira mais efetiva a oferta de serviços de saúde e a demanda por estes.

Uma estratégia para regular a oferta e a demanda em saúde é a constituição de Complexos Reguladores, que consiste numa organização do conjunto de ações da Regulação do Acesso à Assistência, de maneira articulada e integrada, buscando adequar a oferta de serviços de saúde à demanda que mais se aproxima às necessidades reais em saúde.

Assim, a constituição de Complexos Reguladores permite, aos gestores, articular e integrar dispositivos de Regulação do Acesso como Centrais de Internação, Centrais de Consultas e Exames, Protocolos Assistenciais com outras ações de controle, avaliação e auditoria assistencial, assim como com outras funções da gestão como programação e regionalização.

A implantação de centrais de internação, consultas e exames, para gerenciar os leitos disponíveis e a agenda de consultas especializadas e SADTs, demanda um pacto com prestadores, formalizado nos contratos, e a atualização dos cadastros de estabelecimentos, profissionais e usuários. Para padronizar a solicitação de internações, consultas, exames e terapias especializadas, exigem-se protocolos para encaminhamentos, que devem estar de acordo com os mais recentes e seguros consensos científicos. Para criar fluxos ágeis de referência, exige-se a integração com as ações de solicitação e de autorização de procedimentos. Ao criar o canal para a referência de uma unidade a outra, segundo fluxos e protocolos padronizados, permite-se a utilização mais adequada dos níveis de complexidade e viabiliza-se a atenção de forma oportuna e adequada à necessidade do usuário. Todos os municípios devem organizar a Regulação do Acesso dentro das diretrizes da Regulação da Atenção à Saúde, mas nem todos contarão com complexos reguladores. Assim, no mínimo, todos os municípios devem organizar uma atenção básica resolutiva que faça solicitações padronizadas pelos protocolos, encaminhamentos responsáveis e adequados aos demais níveis de assistência, segundo os fluxos de referência desenhados, ainda que os estabelecimentos não estejam localizados em seu território (definições do PDR e da PPI). Nesta situação, o município desempenhará ao mesmo tempo, o papel de autorizador e de unidade solicitante dentro de um complexo regulador, localizado no município que é seu pólo de referência.

As Centrais de Regulação atuam em áreas assistenciais inter-relacionadas como a assistência pré-hospitalar e inter-hospitalar de urgência, as internações, além das consultas e procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e são classificadas em:

(a) Central de Regulação de Urgência: sua ação é executada conforme disposto na Portaria n. º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002. Regula o atendimento pré-hospitalar de urgência, que é realizado pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU. A partir do momento em que o paciente necessita de uma internação será acionada a Central de Regulação de Internações.

(b) Central de Regulação de Internações: é responsável pela regulação dos leitos hospitalares dos estabelecimentos de saúde vinculados ao SUS, próprios, contratados ou conveniados. O escopo da central de internações hospitalares deve ser configurado com os leitos das diversas clínicas, de UTI e de retaguarda aos prontos-socorros.

© Central de Regulação de Consultas e Exames: é responsável pela regulação do acesso dos pacientes às consultas especializadas, aos Serviços de Apoio Diagnose e Terapia – SADT, bem como aos demais procedimentos ambulatoriais especializados ou não.

O processo de autorização de procedimentos, realizado por meio da ação regulatória, é prévio, baseado nos protocolos clínicos e protocolos de regulação pré-estabelecidos. Nos casos de urgência, a autorização dar-se-á no menor espaço de tempo após a realização do procedimento, respeitando os prazos definidos. A autorização prévia de procedimentos está vinculada aos instrumentos denominados Autorização de Internação Hospitalar – AIH e Autorização de Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade/Custo – APAC.

O processo de autorização é realizado por equipe de médicos autorizadores, orientados por meio de regras, previamente definidos para o exercício da função. Esta ação visa garantir o acesso ordenado, respeitando critérios clínicos, de necessidade dos pacientes e de disponibilidade de oferta, evitando que sejam criados outros fluxos que não àqueles preconizados pela ação regulatória. Porém, compete à gestão local determinar a inclusão do processo de autorização de procedimentos na estrutura de regulação.

A gestão local deve definir a estratégia de implementação de informação e informática para as centrais de regulação. Contudo, a opção por utilizar um fluxo informatizado requer atenção especial para o sistema de informações que irá operacionalizar este fluxo. O sistema informatizado deve ser compatível e estar em consonância com a Política Nacional de Informação em Saúde, com o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, com a Programação Pactuada e Integrada – PPI, com o Cartão Nacional de Saúde – CNS, com o Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA e com o Sistema de Informações Hospitalares - SIH, além de permitir todos os tipos de consultas e relatórios possíveis e necessários para o gerenciamento dos Complexos Reguladores.

3. DO SISTEMA ESTADUAL DE REGULAÇÃO ASSISTENCIAL DE MINAS GERAIS

Assim, a partir das Diretrizes para a Implantação de Complexos Regulatórios, conforme volume 6 dos Pactos pela Saúde, os Estados passaram a ser responsáveis pela Regulação Assistencial, assumindo um papel de coordenador da Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde (PPI).

A Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde (PPI Assistencial) foi

> […] pautada na regionalização da assistência de saúde, por meio de um pacto solidário (intergestores). Trata-se de um instrumento de gestão e planejamento da assistência, para execução dos serviços de saúde de Média e Alta Complexidade. A PPI Assistencial reorienta a alocação dos recursos federais, estaduais e municipais e define limites financeiros para todos os municípios do Estado, independentemente da condição de gestão, buscando identificar as necessidades de saúde da população e definir quantos e quais são os serviços de saúde que a população terá acesso no próprio município e quais serão referenciados para outros municípios. A PPI Assistencial deve ser coerente com estratégias de regionalização, visando a melhoria do acesso e resolubilidade na atenção à saúde nos diferentes níveis de complexidade [1)] .

Conforme o Plano Diretor de Regionalização (PDR), o estado de Minas Gerais foi dividido em 13 (treze) macrorregiões sanitárias. Em cada uma delas foi instalada uma Central de Regulação Assistencial, com atribuições e funcionalidades específicas, que a caracterizam como pólo de macrorregião. A macrorregião compreende, por sua vez, um conjunto de microrregiões compostas pelos municípios. As centrais pólo de macro devem funcionar com médicos reguladores durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e 7 (sete) dias por semana, sem interrupção.

O *SUS-FACIL* MG é um software de regulação regional desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Qualidade & Gestão Pública e voltado para o aprimoramento da atuação da Secretaria de Estado de Saúde, no que diz respeito às suas atividades de regulação. Criado para garantir rapidez e confiabilidade das atividades de regulação dos serviços de saúde no Estado, com simplicidade e agilidade na operação. Seu objetivo é agilizar a troca de informações de regulação entre as unidades administrativas e executivas dos serviços de saúde, visando garantir, acima de tudo, a melhoria no acesso da população a esses serviços.

O *SUS-Fácil* iniciou-se com o Módulo Funcional de Regulação de Internações de Urgência/Emergência (solicitação de internação, regulação de acesso, transferência de pacientes entre hospitais, transferência de pacientes para outros municípios) e caminhou também para os Módulos de Regulação de Consultas, Exames e Internações Eletivas.

4. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O conceito de saúde inicia no art. 196 da Constituição Federal de 1988, como

> A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste sentido o art. 200 do mesmo diploma, inciso II, consta como atribuição do Sistema Único de Saúde a execução das ações de **vigilância sanitária e epidemiológica**, bem como as de saúde do trabalhador.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, no seu artigo 6º, incluiu no campo de atuação do SUS a execução de ações na área de **vigilância sanitária** e epidemiológica.

A Lei Estadual nº 15.474, de 28 de janeiro de 2005, alterou o Código de Saúde do Estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 13.317/909) definindo, no seu artigo 7º, § único, que

> Poder de polícia sanitária é a faculdade de que dispõem a Secretaria de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde ou órgãos equivalentes, por meio de suas autoridades sanitárias, de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à saúde, à segurança, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado e ao exercício da atividade econômica dependente de concessão ou autorização do poder público.

Importante destacar da nova redação do Código Estadual de Saúde, no seu artigo 96-B, dada pela Lei Estadual nº 15.474/2005, que constituem ações dos serviços de regulação da assistência à saúde, dentre outros, **(1)** decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial do paciente em atendimento pré-hospitalar, de acordo com a planilha de hierarquias e condições de atendimento dos serviços de urgência na região, garantindo o atendimento das urgências, inclusive nas situações em que inexistam leitos vagos para internação; **(2)** requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme instrumento jurídico específico de pactuação a ser realizada com as autoridades competentes.

Por obviedade, o Decreto nº 44.099/2005, que regulamentou as funções de Regulador Assistencial de Saúde, seguiu os mesmos ditames da Lei Estadual nº 15.474/2005.

Nesse sentido, referido Decreto reafirmou ao servidor designado para o exercício da função de autoridade sanitária as prerrogativas, de durante a atividade de regulação da assistência à saúde, poder:

a) requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais e de calamidade pública, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme pactuação a ser realizada com as autoridades competentes;

b) ter acesso a todas as Centrais de Regulação do Sistema Estadual de Regulação, de forma a possibilitar a obtenção de todas as informações necessárias para o exercício de suas atividade;

c) exercer a função gestora para a alocação dos meios de assistência de saúde disponíveis, acionando-os de acordo com a necessidade.

A vigilância da saúde é tomada, aqui, no seu conceito restrito e não como um novo paradigma de prática sanitária, significando um conjunto de ações voltadas para o conhecimento, previsão, prevenção e enfrentamento continuado de problemas de saúde selecionados e relativos aos fatores e condições de risco, atuais e potenciais, e aos acidentes, incapacidades, doenças e outros agravos, bem como a certos fatores do meio ambiente (Teixeira, Paim e Vilasbôas, 1998).

5. DA EMERGÊNCIA e DA VAGA ZERO

A emergência, e, até mesmo a urgência são termos de difícil conceituação, pois é a partir deles que os médicos reguladores poderiam definir as situações excepcionais de requisição de recursos privados, com pagamento ou contrapartida a *posteriori*.

Para tanto, valemos-nos da conceituação estabelecida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.451, de 1995, *verbis*:

> Artigo 1º. [...]
> Parágrafo Primeiro - Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

> Parágrafo Segundo - Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

Não são raras as ocorrências de pacientes, com entrada em unidades pré-hospitalares ou mesmo internadas em hospitais não incluídos no sistema do *SUS-FACIL*, devidamente cadastradas no referido software, com pedido médico de transferência para outra unidade hospitalar com suporte de resolubilidade clínica, que deixaram de ser atendidas adequadamente, algumas, inclusive, evoluindo para óbito.

Evidentemente que tais indesejadas ocorrências não fazem parte da Política Nacional de Regulação e do Sistema Estadual de Regulação Assistencial em Minas Gerais.

Ora, a Lei Federal nº 8.080/90, no seu artigo 24, reza que quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

O conceito de “VAGA ZERO” corresponde à obediência de uma política gerada pela interpretação conjunta da Constituição Federal, da Lei Orgânica da Saúde e da Portaria MS nº 2.048, de 5 de novembro de 2002.

Referida Portaria Ministerial, ao tratar dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência, em seu Regulamento Técnico (Anexo), definiu expressamente que o Sistema Estadual de Urgência e Emergência deve se estruturar a partir da leitura ordenada das necessidades sociais em saúde e sob o imperativo das necessidades humanas nas urgências. O diagnóstico destas necessidades deve ser feito a partir da observação e da avaliação dos territórios sociais com seus diferentes grupos humanos, da utilização de dados de morbidade e mortalidade disponíveis e da observação das doenças emergentes. Deve-se também compor um quadro detalhado dos recursos existentes, levando-se em consideração sua quantidade, localização, acesso, complexidade, capacidade operacional e técnica. Do confronto das necessidades diagnosticadas com as ofertas existentes, poderemos visualizar as deficiências do sistema e projetar suas correções, num processo de planejamento ascendente e dinâmico, sustentado por políticas públicas orientadas pela eqüidade e permeadas pela idéia da

promoção intersetorial da saúde, como forma de manter e aumentar a autonomia dos indivíduos, através das ações de prevenção das doenças, educação, proteção e recuperação da saúde e reabilitação dos indivíduos já acometidos por agravos que afetaram, em alguma medida, sua autonomia. É imprescindível que estes diagnósticos sejam amplamente discutidos com todos os atores sociais envolvidos na promoção, prevenção, atenção e recuperação aos agravos à saúde, como conselhos de saúde, gestores de saúde, trabalhadores da saúde, prestadores de serviços, usuários, conselhos de classe, educação, promoção social, segurança social, transportes e outros. O Sistema Estadual de Urgência e Emergência deve ser implementado dentro de uma estratégia de **"Promoção da Qualidade de Vida"** como forma de enfrentamento das causas das urgências. Deve valorizar a **prevenção dos agravos e a proteção da vida**, gerando uma mudança de perspectiva assistencial – de uma visão centrada nas conseqüências dos agravos que geram as urgências, para uma visão integral e integrada, com uma abordagem totalizante e que busque gerar autonomia para indivíduos e coletividades. Assim, deve ser englobada na estratégia promocional a proteção da vida, a educação para a saúde e a prevenção de agravos e doenças, além de se dar novo significado à assistência e à reabilitação. As urgências por causas externas são as mais sensíveis a este enfoque, mas não exclusivamente. As urgências clínicas de todas as ordens também se beneficiam da estratégia promocional.

E o mesmo Regulamento Técnico, ao tratar, no seu capítulo II, da Regulação Médica das Urgências e Emergências, define que

> Ao médico regulador devem ser oferecidos os meios necessários, tanto de recursos humanos, como de equipamentos, para o bom exercício de sua função, incluída toda a gama de respostas pré-hospitalares previstas neste Regulamento e portas de entrada de urgências com hierarquia resolutiva previamente definida e pactuada, com atribuição formal de responsabilidades.

Importante ressaltar que, além das atribuições técnicas para o médico regulador, definidas naquele Regulamento, também lhe competem as funções **gestoras** de: **(1)** tomar a decisão gestora sobre os meios disponíveis, devendo possuir delegação direta dos gestores municipais e estaduais para acionar tais meios, de acordo com seu julgamento; **(2)** decidir sobre qual recurso deverá ser mobilizado frente a cada caso, procurando, entre as disponibilidades a resposta mais adequada a cada situação, advogando assim pela melhor resposta necessária a cada paciente, em cada situação sob o seu julgamento; **(3)** decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial dos pacientes atendidos no pré-hospitalar; **(4)** decidir os destinos hospitalares **não aceitando a inexistência de leitos vagos** como argumento para não direcionar os pacientes para a melhor hierarquia disponível em termos de serviços de atenção de urgências, ou seja, garantir o atendimento nas urgências, mesmo nas situações em que inexistam leitos vagos para a internação de pacientes (a chamada "vaga zero" para internação). Deverá decidir o destino do paciente baseado na planilha de hierarquias pactuada e disponível para a região e nas informações periodicamente atualizadas sobre as condições de atendimento nos serviços de urgência, exercendo as prerrogativas de sua autoridade para alocar os pacientes dentro do sistema regional, comunicando sua decisão aos médicos assistentes das portas de urgência; **(5)** o médico regulador de urgências regulará as portas de urgência, considerando o acesso a leitos como uma segunda etapa que envolverá a regulação médica das transferências inter hospitalares, bem como das internações; **(6)** acionar planos de atenção a desastres que estejam pactuados com os outros interventores, frente a situações excepcionais, coordenando o conjunto da atenção médica de urgência; **(7)** requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme pactuação a ser realizada com as autoridades competentes; **(8)**exercer a autoridade de regulação pública das urgências sobre a atenção pré-hospitalar móvel privada, sempre que esta necessitar conduzir pacientes ao setor público, sendo o pré-hospitalar privado responsabilizado pelo transporte e atenção do paciente até o seu destino definitivo no Sistema; **(9)** contar com acesso às demais centrais do Complexo Regulador, de forma que possa ter as informações necessárias e o poder de dirigir os pacientes para os locais mais adequados, em relação às suas necessidades.

Foi assim, conforme comentado anteriormente, o estado de Minas Gerais editou a Lei Estadual nº 15.474/2005 (modifica o Código Estadual de Saúde) e seu Decreto nº 44.099/2005, regulamentando as funções do Regulador Assistencial de Saúde e definindo-lhe competências técnicas específicas, inclusive, de autoridade **gestora**.

A utilização do software SUS FÁCIL foi otimizada pela publicação da Nota Técnica nº 15, de abril de 2008, exarada pela Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, direcionada diretamente para os Coordenadores

Macrorregionais e médicos das Centrais de Regulação Assistencial, Gestores Municipais e Diretores dos Estabelecimentos Hospitalares. Nesse sentido, podemos destacar de seu corpo os seguintes: **(1)** que todos os médicos reguladores devem exigir do estabelecimento solicitante o preenchimento dos campos dos protocolos disponíveis no link UTILIZAR PROTOCOLO ao final da tela RESUMO DO PROTOCOLO; **(2)** que o tempo limite para resposta às pendências de dados clínicos será de 3 horas, após o qual caberá ao médico regulador, esgotadas todas as possibilidades de comunicação (contato por chat e por telefone), cancelar a solicitação e registrar em GERENCIAR OCORRÊNCIAS - INCLUIR OCORRÊNCIA, o motivo do cancelamento; **(3)** que as pendências de dados clínicos complementares solicitados pelo médico regulador devem ser respondidas pelo estabelecimento solicitante da internação/transferência em: ACOMPANHAR SOLICITAÇÃO DE INTERNAÇÃO/MUDANÇA DE LEITO/LEITO COMPLEMENTAR - LISTA DE PENDÊNCIAS – OBSERVAÇÕES A SEREM RESPONDIDAS; **(4)** que as solicitações com pendências não respondidas ou reenviadas sem respostas às Centrais Macrorregionais de Regulação Assistencial, esgotadas todas as possibilidades de comunicação (contato por chat e por telefone), deverão ser canceladas e registradas em GERENCIAR OCORRÊNCIAS – INCLUIR OCORRÊNCIA, com o motivo do cancelamento; **(5)** que a evolução clínica do paciente que está aguardando reserva de leito é da responsabilidade do médico solicitante/assistente, devendo ser informada de 12 em 12 horas ou sempre que houver mudança do quadro clínico. A evolução deve ser incluída em: ATENDIMENTO HOSPITALAR – INFORMAR EVOLUÇÃO DO PACIENTE. **(6)** Esgotadas todas as possibilidades de obter a evolução do paciente (contato por chat e por telefone), após 72 horas, a respectiva solicitação poderá ser cancelada e registrada pelo médico regulador em GERENCIAR OCORRÊNCIAS – INCLUIR OCORRÊNCIA, com o motivo do cancelamento.

6. CONCLUSÃO

Diante da análise técnica jurídica acima descrita, possível apresentar as seguintes conclusões e sugestão:

(1) No caso concreto da paciente A. M. C. A, considerando a providência adotada pelo Ministério Público, versando sobre requisição de instauração de Inquérito Policial para apuração de eventual crime de homicídio, este Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-SAUDE) se coloca à disposição para eventual solicitação de Parecer Técnico Médico.

(2) A comprovação da ocorrência de não cadastramento da usuária no SUS-FÁCIL pelos profissionais médicos responsáveis, lotados no Pronto Socorro Municipal, quando do seu primeiro atendimento e, provavelmente da confirmação do quadro clínico de aneurisma cerebral, constituiu-se em circunstância relevante para apuração de responsabilidades.

(3) De modo geral, uma vez cadastrado o usuário no sistema eletrônico, conhecido como SUS FÁCIL, por solicitação de seu médico assistente, nas situações confirmadas de urgência ou emergência, compete ao Regulador Coordenador Macrorregional, no exercício de seu poder de polícia sanitário, dentre outras, propor adequações e ajustes que se fizerem necessários, de forma a avaliar e decidir sobre a gravidade do caso que lhe está sendo comunicado, estabelecendo um grau de gravidade presumida e o grau de priorização do atendimento e, por último decidindo o destino ambulatorial ou hospitalar do paciente.

(4) Por força de uma interpretação sistêmica entre os normativos previstos no artigo 196 da Constituição Federal; artigo 24 da Lei Federal nº 8.080/90; Lei Estadual nº 15.474/2005; Decreto Estadual nº 44.099/2005; Portaria n. º 2048/GM, de 5 de novembro de 2002; Portaria 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006 – Sexto Volume da Série Pactos pela Saúde e, na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.451/1995, possível se chegar à conclusão de que compete ao Regulador Coordenador da Macrorregião Sanitária, no exercício de sua competência legal sanitária, decidir, em tempo e modo próprios, pelo destino hospitalar dos pacientes, regularmente cadastrados no sistema eletrônico, mesmo naquelas situações de inexistência de leitos vagos (a chamada “vaga zero” para internação).

PT 026/2009 Comarca de Paraguaçu. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. Fundação Hospitalar de Paraguaçu. Natureza privada. Convênio Administrativo nº 007/2009. Transferência da gestão do pronto socorro municipal. Tercerização. Violação de preceitos legais e constitucionais. Impossibilidade.

PT 028/2009 PARECER TÉCNICO JURIDICO Nº 028/2009 Laís de Souza Piuzana
Gilmar de Assis

Objeto: Consulta. Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Bom Despacho. Unidade de Pronto-atendimento. Especialidades médicas disponíveis. Hospital de Santa Casa de Bom Despacho. Regime de plantão e estado de disponibilidade (sobreaviso) dos médicos. Portaria GM n° 1.020, de 13 de maio de 2009. Portaria GM n° 2048, de 5 de novembro de 2002. Resolução SES n° 1924, de 17 de junho de 2009. Portaria n° 985/GM, de 05 de agosto de 1999. Portaria GM/MS n° 569 de 01 de junho de 2000. Parecer Técnico SAS/GAS/CASMCA n° 018/2009. Resolução CFM n° 1.834/2008. Resolução RP CRMMG n° 280/2006.

1. Relatório

Cuida-se de consulta, elaborada pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Bom Despacho, consubstanciada em seu ofício nº 233/2009 -1ª PJ, para a análise técnica-jurídica sobre os serviços prestados pela unidade de saúde qualificada como pronto atendimento, as especialidades médicas necessárias e o regime de plantão ou sobreaviso para atendimento. Num segundo momento, a consulta diz respeito ao Hospital Santa Casa de Bom Despacho, no tocante à maternidade, requisitando informações referentes à equipe necessária para a realização de partos (normais ou cesários) e a adequação do regime de plantão ou sobreaviso nesta instituição.

Segundo as informações preliminares, os serviços não têm funcionado a contento. Há notícias de que os partos têm sido realizados por técnicas de enfermagem, uma vez que os médicos e as poucas enfermeiras obstetras permaneciam em sobreaviso, sendo difícil o seu comparecimento no hospital.

2. Da Unidade de Pronto-atendimento – UPA

As UPAs fazem parte da política nacional de Urgência e Emergência do Ministério da Saúde, que tem o objetivo de organizar e qualificar este nível de atenção à saúde. O modelo pretende modificar a lógica de atendimento à população, desafogando os hospitais. Embora o sistema já exista há tempos nos entes estaduais da federação, regulamentado pela Portaria 2.048 GM, de 5 de novembro de 2002, que prevê o Sistema Estadual de Urgência e Emergência, na esfera federal é relativamente novo.

A Coordenação-Geral de Urgência e Emergência do Ministério (SAS/MS) enumera três componentes da Política Nacional de Atenção às Urgências: 1) Atendimento Pré-Hospitalar Móvel (Rede Samu 192);
2) Atendimento Pré-Hospitalar Fixo (UPAs 24 horas);
3) Emergência Hospitalar (Qualisus).

De acordo com a Portaria n° 2.048/GM, de 5 de novembro de 2002 “o Atendimento Pré-Hospitalar Fixo é aquela assistência prestada, num primeiro nível de atenção, aos pacientes portadores de quadros agudos, de natureza clínica, traumática ou ainda psiquiátrica, que possa levar a sofrimento, seqüelas ou mesmo à morte, provendo um atendimento e/ou transporte adequado a um serviço de saúde hierarquizado, regulado e integrante do Sistema Estadual de Urgência e Emergência.”

As UPAs, por sua vez, fazem parte da estratégia das TEIAS (Territórios Integrados de Atenção à Saúde), que fortalecem e articulam a rede de serviços já existentes e complementam as lacunas que ainda persistem. Elas possuem um importante potencial de resposta à enorme demanda que hoje se dirige às portas hospitalares de urgência, além do papel ordenador de seus fluxos.

A Portaria GM n° 1.020 de 13 de maio de 2009 ao estabelecer diretrizes para a implantação do componente pré-hospitalar fixo para a organização de redes locorregionais de atenção integral às urgências em conformidade com a Política Nacional de Atenção às Urgências, em seu art. 2° resolve:

> Art. 2°: Definir como Unidade de Pronto Atendimento – UPA – o estabelecimento de saúde de complexidade intermediária entre as Unidades Básicas de Saúde/Saúde da Família e a Rede Hospitalar, devendo com estas compor uma rede organizada de atenção às urgências.

Assim, nos termos do § 1° da referida Portaria, foram definidas as seguintes competências/responsabilidades das UPAs:

I- funcionar nas 24 horas do dia em todos os dias da semana;
II- acolher os pacientes e seus familiares sempre que buscarem atendimento na UPA;
III- implantar processo de Acolhimento com Classificação de Risco, considerando a identificação do paciente que necessite de tratamento imediato, estabelecendo o potencial de risco, agravos à saúde ou grau de sofrimento em sala específica para tal atividade e garantindo atendimento ordenado de acordo com o grau de sofrimento ou a gravidade do caso;
IV- estabelecer e adotar protocolos de atendimento clínico, de triagem e de procedimentos administrativos;
V- articular-se com a Estratégia de Saúde da Família, Atenção Básica, SAMU 192, unidades hospitalares, unidades de apoio diagnóstico e terapêutico e com outros serviços de atenção à saúde do sistema locorregional, construindo fluxos coerentes e efetivos de referência e contrarreferência e ordenando os fluxos de referência através das Centrais de Regulação Médica de Urgências e complexos reguladores instalados;
VI- possuir equipe interdisciplinar compatível com seu porte;
VII- prestar atendimento resolutivo e qualificado aos pacientes acometidos por quadros agudos ou agudizados de natureza clínica, e prestar primeiro atendimento aos casos de natureza cirúrgica ou de trauma, estabilizando os pacientes e realizando a investigação diagnóstica inicial, definindo, em todos os casos, a necessidade ou não, de encaminhamento a serviços hospitalares de maior complexidade;
VIII- fornecer retaguarda às urgências atendidas pela Atenção Básica;
IX- funcionar como local de estabilização de pacientes atendidos pelo SAMU 192;
X- realizar consulta médica em regime de pronto atendimento aos casos de menor gravidade;
XI- realizar atendimentos e procedimentos médicos e de enfermagem adequados aos casos críticos ou de maior gravidade;
XII- prestar apoio diagnóstico (realização de Raios-X, exames laboratoriais, eletrocardiograma) e terapêutico nas 24 horas do dia;
XIII- manter pacientes em observação, por período de até 24 horas, para elucidação diagnóstica e/ou estabilização clínica;
XV- encaminhar para internação em serviços hospitalares os pacientes que não tiverem suas queixas resolvidas nas 24 horas de observação acima mencionada por meio do Complexo Regulador;
XVI- prover atendimento e/ou referenciamento adequado a um serviço de saúde hierarquizado, regulado e integrado à rede locorregional de Urgência a partir da complexidade clínica e traumática do usuário;
XVII- contrarreferenciar para os demais serviços de atenção integrantes da rede proporcionando continuidade ao tratamento com impacto positivo no quadro de saúde individual e coletivo;
XIX- solicitar retaguarda técnica ao SAMU, sempre que a gravidade/complexidade dos casos ultrapassarem a capacidade instalada da Unidade; e
XX- garantir apoio técnico e logístico para o bom funcionamento da Unidade.

As UPAs são classificadas em (3) diferentes portes, levando-se em conta a população da região a ser coberta, a capacidade instalada – área física, número de leitos disponíveis, recursos humanos e a capacidade diária de realizar atendimentos médicos, conforme definido no quadro abaixo:

UPA	População da região de cobertura	Área Física	Número de atendimentos médicos em 24 horas	Número mínimo de médicos por plantão	Número mínimo de leitos de observação
Porte I	50.000 a 100.000 hab.	700 m²	50 a 150 pacientes	2 médicos, um pediatra e um clínico geral	5 - 8 leitos
Porte II	100.001 a 200.000 hab.	1.000 m²	151 a 300 pacientes	4 médicos, entre pediatras e clínicos gerais	9 - 12 leitos
Porte III	200.001 a 300.000 hab.	1.300 m²	301 a 450 pacientes	6 médicos, entre pediatras e clínicos gerais	13 - 20 leitos

De acordo com a Portaria n° 2048/GM, de 05 de novembro de 2002, estas unidades deverão contar, obrigatoriamente, com os seguintes profissionais: (1) Coordenador ou gerente; (2) Médico clínico geral; (3) Médico pediatra; (4) Enfermeiro; (5) Técnico/auxiliar de enfermagem; (6) Técnico de radiologia; (7) Auxiliar de serviços gerais; (8) Auxiliar administrativo.

Quando houver laboratório na unidade, também deverão contar com bioquímico, técnico de laboratório e auxiliar de laboratório.

Outros profissionais poderão compor a equipe, conforme definição do Gestor local ou Gestores loco-regionais, como: assistente social, odontólogo, cirurgião geral, ortopedista, ginecologista, motorista, segurança e outros.

Portanto, estes números e mesmo a composição das equipes poderão variar, de forma complementar, de acordo com a realidade loco-regional, tomando-se em conta, inclusive, a sazonalidade apresentada por alguns tipos de afecções, como por exemplo, o aumento de demanda de doenças respiratórias, verificado na clínica pediátrica e na clínica de adultos/idosos durante o inverno ou o aumento do número de acidentes em estradas nos períodos de férias escolares.

Com relação à necessidade de manter-se um Obstetra para atendimento à gestante no Pronto Atendimento, o Parecer-Consulta n° 3.664/2009 do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais – CRMMG – diz ser obrigação do Gestor Municipal considerar a demanda mensal e avaliar, juntamente com a sociedade organizada, os prós e contras de tal decisão. Porém, é clara a necessidade do obstetra para plantão presencial nas dependências do Hospital de referência.

O art. 6°, §2°, II, da Portaria n° 1.020/2009 dispõe como sendo de responsabilidade dos gestores a definição de estratégias que visem garantir retaguarda médica, de enfermagem nas 24 horas e de pessoal técnico e de apoio administrativo, possibilitando o primeiro atendimento/estabilização a pacientes acometidos por qualquer tipo de urgência.

O Ministério da Saúde definiu incentivos financeiros para implantação das respectivas unidades, compreendendo áreas físicas e mobiliários, materiais e equipamentos mínimos, de acordo com o respectivo porte.

Para a habilitação aos recursos de incentivo financeiro de investimento para a implantação de UPA, os gestores do SUS deverão submeter ao Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde, proposta de implantação dessas unidades. Tal proposta deve ser elaborada pelos respectivos gestores do SUS, tendo como base as diretrizes estabelecidas pelo Plano Estadual de Atendimento às Urgências e Emergências, pela Política Nacional de Atenção às Urgências e pela Portaria n° 1.020, de 13 de maio de 2009.

Neste sentido, a Resolução SES/MG n° 1.924, de 17 de junho de 2009, dispõe sobre a implantação e implementação das Unidades de Pronto Atendimento/UPA no Estado de Minas Gerais, conforme Portaria MS 1.020, de 13 de maio de 2009, e aprova os projetos de incentivos a serem encaminhados ao Ministério da Saúde (tratando do assunto de forma idêntica, a Deliberação CIB-SUS/MG n° 545, de 17 de junho de 2009). 2. Do Hospital Santa Casa de Bom Despacho – do atendimento obstétrico

Em consulta feita ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, o Hospital Santa Casa de Bom Despacho é de gestão dupla, ou seja, municipal/estadual. É cadastrado como Hospital Geral e Entidade Beneficente sem fins lucrativos.

A humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição para o adequado acompanhamento do parto e puerpério. Receber com dignidade a mulher e o recém-nascido é uma obrigação das unidades. A adoção de práticas humanizadas e seguras implica a organização das rotinas, dos procedimentos e da estrutura física, bem como a incorporação de condutas acolhedoras e não-intervencionistas.

De acordo com as Normas do Sistema Único de Saúde no que diz respeito à municipalização, sendo um hospital referência em determinada especialidade, não pode prescindir do plantão do médico especialista na respectiva especialidade.

A especialidade médica obstetrícia atende em caráter de urgência/emergência. Os hospitais de referência têm

que contar com plantonista 24 horas.

Fato este confirmado pelo Parecer-Consulta n° 3.578/2008 do CRMMG, que esclarece:

> O Diretor Técnico da Instituição deve garantir o plantonista obstetra. Não sendo possível, o hospital não pode ser referência em obstetrícia. Como o Diretor Clínico é o responsável pelas escalas de plantão, nos dias em que não contar com o plantonista deverá suspender o atendimento obstétrico, ficando o outro especialista para atender as urgências/emergências, no caso, o trabalho de parto iminente. Como a obstetrícia é considerada urgência, na ausência do obstetra, o clínico faz o acolhimento e encaminha a paciente para o hospital já previamente pactuado para o atendimento. Poderá ocorrer caso de parto em período expulsivo, os quais, qualquer médico tem condição de atender.

O acesso das gestantes e recém-nascidos a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto, puerpério e período neonatal são direitos inalienáveis da cidadania.

A Portaria GM/MS n° 569, de 1 de junho de 2000 instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Em seu anexo II encontram-se os princípios gerais e condições para a adequada assistência ao parto.

Para a adequada assistência à mulher e ao recém-nascido no momento do parto, todas as Unidades Integrantes do SUS têm como responsabilidades:

> 1. atender a todas as gestantes que a procurem;
> 2. garantir a internação de todas as gestantes atendidas e que dela necessitem;
> 3. estar vinculada à Central de Regulação Obstétrica e Neonatal de modo a garantir a internação da parturiente nos casos de demanda excedente;
> 4. transferir a gestante e/ou neonato em transporte adequado, mediante vaga assegurada em outra unidade, quando necessário;
> 5. estar vinculada a uma ou mais unidades que prestam assistência pré-natal, conforme determinação do gestor local;
> 6. garantir a presença de pediatra na sala de parto;
> 7. realizar o exame de VDRL na mãe;
> 8. admitir a visita do pai sem restrição de horário; [...]

Com relação à obrigatoriedade ou não de profissional pediatra nos serviços de saúde obstétricos, o Parecer Técnico SAS/GAS/CASMCA n° 018/2009 dispõe:

> De acordo com a Portaria n° 569/GM, de 1 de junho de 2000, do Ministério da Saúde, que institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, a equipe profissional mínima para as Unidades Mistas, Hospitais Gerais e Maternidade para a realização de parto conta com pediatra ou neonatologista (Anexo II), excluindo-se as Casas ou Centros de Parto Normal – CPN, criados a partir da Portaria GM/MS n° 985, de 05 de agosto de 1999, que não inclui profissional médico em sua equipe mínima. Sabemos que, tratando-se de Mortalidade Infantil, o maior número de mortes concentra-se no período perinatal e que a assistência ao parto é fator crucial na morbimortalidade neonatal, sendo recomendada a presença de pessoa capacitada em reanimação neonatal na sala de parto, pela OMS (Essential Newborn Care Course 2007/WHO).

Na conclusão do referido parecer (acima mencionado), as SAS/GAS/CASMCA entenderam que a presença de pediatra ou outro profissional capacitado em reanimação neonatal em toda sala de parto é recomendada e de extrema importância, mas é obrigatória a presença de pediatra ou neonatologista em sala de parto nas instituições previstas na Portaria n° 569/GM de 1 de junho de 2000 do Ministério da Saúde.

3. Do Estado de Disponibilidade ou Disponibilidade Médica em Sobreaviso

A disponibilidade de médicos em regime de sobreaviso é prática adotada nos diversos serviços de assistência médica, natureza públicos ou privados, em todo país.

O Conselho Federal de Medicina – CFM – define como Disponibilidade Médica em Sobreaviso

> […] a atividade do médico que permanece à disposição da instituição de saúde, de forma não presencial, cumprindo jornada de trabalho preestabelecida, para ser requisitado, quando necessário, por qualquer meio hábil de comunicação, devendo ter condições de atendimento presencial, quando solicitado, em tempo hábil.

O médico em disponibilidade de sobreaviso, quando acionado, está obrigado a se deslocar até o hospital para atender casos de emergência, realizar cirurgias, procedimentos diagnósticos e internações clínicas, devendo ser devidamente remunerado, quer pelo SUS, por convênios em geral ou, mesmo, por clientes particulares.

Poucos hospitais, em geral localizados nos grandes centros urbanos, conseguem manter em seus plantões de emergência um contingente de 20 a 25 especialistas. Para a esmagadora maioria das unidades, uma decisão desse tipo inviabilizaria a prestação dos serviços, tanto do ponto de vista econômico quanto pela inexistência de profissionais disponíveis em todas as localidades.

Geralmente, as especialidades médicas não exigidas “in locum” são aquelas que atuam num segundo momento, após a ação do plantonista que presta o atendimento imediato ao paciente visando manter as condições de suporte de vida. Esta característica de médico de segunda linha na atenção a uma emergência é que permite a adoção de disponibilidade em sobreaviso, objetivando a otimização do atendimento. Assim sendo, a obrigatoriedade da presença de médico no local nas vinte e quatro horas, com o objetivo de atendimento continuado dos pacientes, independe da disponibilidade médica em sobreaviso nas instituições de saúde que funcionam em sistema de internação ou observação.

No Parecer do CFM n° 19, de 12 de dezembro de 1993, assim pronuncia-se o conselheiro Nilo Fernando Rezende Vieira:

> As características de cada cidade, de cada hospital e o número de especialistas disponíveis tornam heterogênea a organização deste tipo de trabalho. Um hospital de grande porte, de uma grande cidade, geralmente mantém médicos de diversas especialidades de plantão. Já uma pequena cidade, como faria para manter tal leque de especialistas de plantão? A existência de “plantão a distância” - sobreaviso – é decorrência desta heterogeneidade de formas de organização. Estes plantões, naturalmente, não podem ser impostos e obrigatórios. O acordo entre profissionais e a administração das instituições é o modo de estabelecer estas formas de prestação de serviços.

Acerca do assunto, o Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais - CRMMG - promulgou resolução específica para regulamentar os plantões de sobreaviso (Resolução CRMMG n° 280/2006). Denominando-os como “estado de disponibilidade”, define-os como

> […] a atividade do médico que permanece à disposição da instituição, cumprindo jornada de trabalho pré-estabelecida, para ser requisitado por intermédio de pager, telefone ou outro meio de comunicação, tendo condições de atendimento pronto e pessoal.

Decide, ainda, no seu art. 1° que

> Compete ao Diretor Clínico, ao Diretor Técnico e a Comissão de Ética das Instituições de Saúde, no âmbito do Estado de Minas Gerais, definirem as especialidades que devem constituir escalas de disponibilidade e quais devem manter médicos de plantão no local, considerando o porte dos hospitais, a demanda pelos serviços, a complexidade do atendimento, a Portaria MS/GM 2.048/02 e a Resolução CFM 1.451/95.

O médico de sobreaviso deverá ser acionado pelo médico plantonista ou por membro da equipe médica da instituição, que informará a gravidade do caso, bem como a urgência e/ou emergência do atendimento, e anotará a data e hora desse comunicado no prontuário do paciente.

Importante ressaltar que em caso de urgência e/ou emergência, o médico que acionar o plantonista de sobreaviso deverá, obrigatoriamente, permanecer como responsável pelo atendimento do paciente que ensejou a chamada até a chegada do médico de sobreaviso, quando ambos decidirão a quem competirá a responsabilidade pela continuidade da assistência.

Ressalte-se, ainda, que compete ao Diretor Técnico do hospital providenciar para que seja afixada, para uso interno da instituição, a escala dos médicos em disponibilidade de sobreaviso e suas respectivas especialidades e áreas de atuação.

Há resoluções outras sobre o assunto – tais como as do CRM-RJ, CRM-CE, CRM-SP, CRM-PR e CRM-ES – que, pelo exposto, possibilitam verificar que a disponibilidade em sobreaviso é uma realidade nacional e tem o condão de suprir as necessidades de diferentes localidades no tocante à assistência médica.

4. Conclusão

Diante da análise técnica jurídica acima descrita, possível apresentar as seguintes conclusões e sugestões:

4.1) Instauração de Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil Público, nos termos da Resolução PGJ/CGMP nº 03, de 20 de agosto de 2009, para, se for o caso, adotar as providências administrativas ou judiciais necessárias, notadamente o instrumento da RECOMENDAÇÃO, devidamente fundamentada, nos termos do artigo 22 da Resolução PGJ/CGMP nº 03 de 20 de agosto de 2009 e artigo 67, inciso VI da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994.

4.2) As UPA's, pelas suas características e importância assistencial, devem os gestores desenvolver esforços, no sentido de que cada município sede de módulo assistencial disponha de, pelo menos, uma dessas Unidades, garantindo, assim, assistência às urgências com observação de 24 horas para sua própria população ou para um agrupamento de municípios para os quais seja referência. Diante da política Nacional de Atenção às Urgências do Ministério da Saúde, estabelecendo incentivos financeiros para a implementação e funcionamento de Unidades de Pronto-Atendimento, sugere-se ao Município de Bom Despacho a sua adesão ao programa, conforme Portaria MS 1.020, de 13 de maio de 2009 e Resolução SES n° 1.924, de 17 de junho de 2009.

4.3) Sugere-se Recomendação ao Gestor Municipal no sentido de providenciar avaliação, considerando a demanda mensal, acerca da necessidade de se manter um profissional médico obstetra 24 horas por dia no Pronto-Atendimento do município, ou se a obrigatoriedade da sua presença no Hospital de referência cobriria a demanda. Posteriormente, conforme o resultado da avaliação, providenciada Recomendação ao Gestor Municipal e ao Diretor Técnico do referido hospital para garantia de plantonista obstetra todos os dias da semana e nas 24 horas do dia e, inclusive sobre a obrigatoriedade da presença do médico pediatra nas salas de parto de todas as Instituições conveniadas aos SUS.

4.4) Sendo o plantão de sobreaviso uma forma ética de organização dos serviços de assistência médica, deve ser adotado sob normas rígidas para evitar prejuízos no atendimento à população. Para que as instituições de saúde possam ter um correto parâmetro para eventual adoção dessa modalidade de prestação de serviços devem observar as Resoluções n° 1.834/2008 do Conselho Federal de Medicina e n° 280/2006 do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, que regulamentam o plantão de sobreaviso.

PT 029/2009 Procedimento Administrativo nº 101/2009. Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Direito à Saúde. SUS. Ministério Público. Atuação judicial e extrajudicial. Interesse individual indisponível. Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil Público. Sistema de Registro Único (SRU). Enunciados CSMP nº 09 e 16. Resolução CNMP nº 23/2007. Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 03/2007.

[1)] O Choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais, Regulação Assistencial, Myriam Araújo Coelho *et al.*

8.2. Ementário de legislação pertinente

Atualizado até 03/03/2008

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Normas principais

Saúde na CF/88 – § 1º do art. 5º; art.6º, 23, II; 30, VII; e 196 a 200.
EC 29/2000 – Vinculação de recursos orçamentários para a saúde.
EC 51/2006 – Contratação de Agente Comunitário de Saúde e outros.
Lei nº 11.350/2006 – regulamenta a EC 51/06 – ACS.
Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde.
Lei nº 8.142/1990 – Conselho de Saúde, Conferência de Saúde e transferência de recursos financeiros do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Estadual de Saúde e o Fundo Municipal de Saúde.
Lei nº 8.689/1993 – SNA, art. 12: prestação trimestral de contas pelo gestor do SUS, estadual e municipal.
Lei nº 9.452/1997 – Notificação à Câmara Municipal de liberação de recursos federais. Lei nº 11.107/2005 – Consórcios Públicos.
Decreto nº 6.017, de 17/01/2007: regulamenta a Lei nº 11.107/2005 – Consórcios Públicos.
Normas locais: leis (estaduais e municipais) que criaram o Conselho de Saúde e o Fundo de Saúde; Regimento Interno do Conselho de Saúde; Decreto que designou os Conselheiros do Conselho de Saúde; cópia das atas das reuniões do Conselho de Saúde; cópia da ata da audiência pública de prestação trimestral de contas da execução do orçamento da saúde aos cidadãos pelo gestor do SUS, estadual e municipal; relação dos medicamentos financiados pelo IAFAB e que devem existir nas Unidades Básicas de Saúde do Município (UBS), cópia do Plano de Saúde (de 4 em 4 anos) aprovado pelo Conselho de Saúde e inserido no PPA; cópia da PPI da Assistência em Saúde; cópia do Termo de Compromisso de Gestão; cópia do Plano de Carreiras, Cargos e Salários do SUS; cópia dos contratos com os prestadores de serviços ao SUS (art. 199, § 1º, da CF/88); cópia dos convênios com as outras Pessoas Políticas; cópia da Programação Anual de Saúde (o que vai ser realizado na área da saúde durante o ano); cópia do Relatório Anual de Gestão (o que foi feito na área da saúde no ano anterior); prova da alimentação dos bancos de dados nacionais do Ministério da Saúde (SIOPS, SIAB, SINAN, SIFAB, etc) pelos Estados e Municípios, cópia da ata das reuniões do Conselho gestor das Unidades de Saúde do Estado local etc.
Plano Nacional de Saúde – PNS 2008/2011.
Plano Estadual de Saúde 2008/2011.
PPA 2008/2011 – Plano Plurianual de Aplicação do Estado, contendo o Plano Estadual de Saúde 2008/2011.
Plano Municipal de Saúde 2006/2009.
PPA 2006/2009 – Plano Plurianual de Aplicação do Município, contendo o Plano Municipal de Saúde 2006/2009.
Portaria nº 1.101/GM, de 12/06/2002 – Parâmetros de Cobertura Assistencial.
Programação Anual de Saúde – (do Estado e do Município): Portaria nº 3.332/GM/MS, de 28/12/2006, o que vai ser executado na área da saúde durante o ano (revogou a Portaria nº 548/GM/MS, de 2001).
Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) (do Estado e do Município), contendo a Programação Anual de Saúde.
Lei Orçamentária Anual (LOA) (do Estado e do Município), contendo a Programação Anual de Saúde.
Relatório Anual de Gestão (do Estado e do Município) – Portaria nº 3.332/GM/MS, de 28/12/2006 (o que foi executado na área da saúde no ano anterior); prazo para submeter ao Conselho de Saúde: até o final do primeiro trimestre do ano subseqüente.
Portaria nº 2.528/GM, de 19 de outubro de 2006 – Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.
Portaria nº 1.571/GM, de 29/06/2007 – Estabelece incentivo financeiro para implantação e/ou implementação de Complexos Reguladores.
Portaria nº 1.996/GM, de 20/08/2007 – Dispõe sobre as diretrizes para a implementação da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde.
Portaria nº 2.488/GM, de 02/10/2007 – Conceder reajuste da Tabela SUS, a partir da competência setembro de 2007.

Portarias reestruturantes

Pacto pela Saúde

Portaria nº 399/GM, de 22/02/06, p. no DOU, Seção 1, de 23/02/2006 – Pacto Pela Saúde 2006
Portaria nº 699/GM, de 30/03/06, p. no DOU, Seção 1, de 03/04/2006 – Regulamenta a Portaria nº 399/GM.
Art. 8º da Portaria nº 91/GM, de 10/01/2007 – Altera as cláusulas 3ª e 4ª dos Termos de Compromisso de Gestão dos Municípios e Estados da Portaria nº 699/GM, de 30/03/2006.
Art. 40 da Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Altera a Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006, no Anexo II.
Portaria nº 372/GM, de 16 de fevereiro de 2007 – Altera a Portaria 699/GM, que regulamenta as Diretrizes dos Pactos pela Vida e de Gestão.
Portaria nº 153/GM, de 17 de janeiro de 2007 – Prorroga o prazo para assinatura (setembro de 2007) do Termo de Compromisso de Gestão por Municípios, Estados e Distrito Federal.
Portaria nº 1.510, de 25 de junho de 2007 – Desvincula o repasse do incentivo financeiro para a organização do Sistema de Planejamento do SUS da adesão ao Pacto pela Saúde.

Sistema de Planejamento do SUS

Portaria nº 3.085/GM, de 01/12/2006 – Regulamenta o Sistema de Planejamento do SUS;
Portaria nº 3.332/GM, de 28 de dezembro de 2006 – Aprova orientações gerais relativas aos instrumentos do Sistema de Planejamento do SUS (Plano de Saúde;
PPA com inserção do Plano de Saúde; Programação Anual de Saúde; inserção da Programação Anual de Saúde na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e na Lei Orçamentária Anual (LOA); Relatório Anual de Gestão).
Portaria nº 376/GM, de 16 de fevereiro de 2007 – Institui incentivo financeiro para o Sistema de Planejamento do SUS.
Portaria nº 1.229/GM, de 24/05/2007 – Aprova as orientações gerais para o fluxo do Relatório Anual de Gestão dos Municípios, Estados, DF e da União.

Financiamento e Transferência de Recursos Federais para as ações e os serviços de saúde

Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento (revogados os § 1º ao § 7º dessa portaria, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007).A Portaria nº 204/GM revogou a Portaria nº 698/GM/2006.
Portaria nº 1.497/GM de 06/07/07 – Operacionalização do repasse dos recursos federais que compõem os blocos de financiamento.
Portaria nº 1.624/GM, de 10/07/2007 – Regulamenta, para o ano de 2007, a transferência dos incentivos financeiros referentes à Compensação de Especificidades Regionais (CER), componente da parte variável do Piso da Atenção Básica.

Plano de Carreiras, Cargos e Salários (PCCS) no SUS

Lei nº 8.142/1990.
Portaria nº 1.318/GM, de 05/06/2007: Diretrizes Nacionais para a Instituição ou Reformulação de Planos de Carreiras, Cargos e Salários, a título de subsídios técnicos.
Portaria nº 1.963/GM, de 15/08/2007: Institui Comissão para assessorar os órgãos e as instituições integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) na elaboração ou na reformulação de Planos de Carreiras, Cargos e Salários.

Programa de Educação pelo Trabalho para a Saúde (PET – Saúde)

Portaria Interministerial nº 1.507 de 22 de junho de 2007 – Institui o Programa de Educação pelo Trabalho para a Saúde (PET – Saúde).
Portaria Interministerial nº 40, de 11/05/2008 – Altera a Portaria Interministerial nº 1.507, de 22/06/2007.

Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo

Industrial da Saúde Portaria nº 374/GM, de 28/02/2008 – Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo Industrial da Saúde.
Portaria nº 375/GM, de 28/02/2008 – Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Programa Nacional para Qualificação, Produção e Inovação em Equipamentos e Materiais de Uso em Saúde no Complexo Industrial da Saúde.

Média e alta complexidade

Portaria nº 1.606/GM, de 11/09/2001 – Diretrizes para os Estados, o DF e os Municípios adotarem tabela diferenciada para remuneração dos serviços assistenciais de saúde (complementação financeira com recursos próprios estaduais e/ou municipais).
Art. 199, § 1º, da CF/88 e Portaria nº 3.277/GM, de 22/12/2006 – Dispõem sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS.
Portaria nº 598/GM, de 23/03/2006 – Define que os processos administrativos relativos à gestão do SUS sejam definidos e pactuados no âmbito das Comissões Intergestores Bipartite (CIB).
Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006, Anexo II: "As decisões das Comissões Intergestores que versarem sobre matéria da esfera de competência dos Conselhos de Saúde deverão ser submetidas à apreciação do Conselho respectivo." *Termo de Compromisso de Gestão* assinado pelo Estado e por cada Município. Portaria do Ministro da Saúde, homologando o *Termo de Compromisso de Gestão* do Estado e de cada Município. *Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde* (PPI), pactuada pelo Estado e por cada Município (deve estar de acordo com o *Plano Diretor de Regionalização*, com o *Plano Diretor de Investimento e com o Termo de Compromisso de Gestão*).
Portaria nº 1.097/GM, de 22.05.2006, p. no DOU, Seção 1, de 23/05/2006 – Define o processo da *Programação Pactuada e Integrada da Assistência em Saúde* no SUS.
Portaria nº 1.569/GM, de 28/06/2007 – Institui diretrizes para a atenção à saúde, com vistas à prevenção da obesidade e assistência ao portador de obesidade.
Portaria nº 1.273/GM, de 21/11/2000 – Queimados.
Portaria nº 1.274/GM, de 22/11/2000 – Queimados.
Portaria nº 055/SAS, de 24/02/1999 – Tratamento Fora do Domicílio (TFD).

Contratação de serviços da rede privada pelo SUS

Portaria nº 1.606/GM, de 11/09/2001 – Diretrizes para os Estados, DF e Municípios adotarem tabela diferenciada para remuneração dos serviços assistenciais de saúde (complementação financeira com recursos próprios estaduais e/ou municipais).
Art. 199, § 1º, da CF/88 – De forma complementar, mediante contrato, com preferência para as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.
Portaria nº 3.277/GM, de 22/12/06 – Dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no SUS.

Internação domiciliar no âmbito do SUS

Portaria nº 2.529/GM, de 19 de outubro de 2006 – Institui a Internação Domiciliar no âmbito do SUS.
Portaria nº 2.818, de 8 de novembro de 2006 – Restabelece, na Tabela do Sistema de Informação Hospitalar do Sistema Único de Saúde (SIH/SUS), o grupo de código 85.100.12-9 - Internação Domiciliar e seus respectivos procedimentos.
Portaria nº 1.589, de 3 de julho de 2007 – Altera a redação dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 2.818/GM, de 8 de novembro de 2006.
Portaria nº 49, de 15 de janeiro de 2008 – Altera para 30 de junho de 2008, o prazo definido pela Portaria nº 1.589/GM, de 3 de julho de 2007.

Saúde bucal

I – Na atenção básica Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 – Equipe de saúde bucal (ESB).
Portaria nº 1.625/GM, de 10/07/2007 – Altera atribuições dos profissionais das Equipes de saúde da família (ESF).
Portaria nº 822/GM, de 17/04/2006 – Altera parte das Portarias nº 648/GM e nº 650/GM.
Portaria nº 649/GM, de 28/03/2006 – Define valores de financiamento para o ano de 2006, com vistas à estruturação de Unidades Básicas de Saúde para as equipes Saúde da Família, como parte da Política Nacional de Atenção Básica.
Portaria nº 650/GM, de 28/03/2006 – Define valores do PAB fixo e variável, mediante a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a estratégia de Saúde da Família e para o PACS, instituídos

pela Política Nacional de Atenção Básica.
Portaria nº 1.230GM, de 25/05/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.

II – Centros de Especialidades Odontológicas (CEOs) e Laboratórios Regionais de Prótese Dentária (LRPDs)

Portaria nº 599/GM, de 23/03/2006 – Define a implantação de CEOs e de LRPDs e estabelece critérios, normas e requisitos para o seu credenciamento.
Portaria nº 600/GM, de 23/03/2006 – Institui o financiamento dos CEOs.
Portaria nº 283/GM, de 22/02/2005 – Antecipa o incentivo financeiro para os CEOs em fase de implantação.
Portaria nº 566/SAS, de 06/10/2004 – Revisão e atualização das tabelas dos Sistemas de Informações do SUS (SIA/SUS e SCNES).
Portaria nº 562/SAS, de 30/09/04 – Alteração na Tabela Serviço/Classificação dos Sistemas de Informações (SCNES, SIA e SIH/SUS).
Portaria nº 1.572/GM, de 29/07/2004 – Estabelece o pagamento de próteses dentárias totais em Laboratórios Regionais de Próteses Dentárias (LRPD).
Portaria nº 930/GM, de 02/05/2006 – Prorroga, em caráter excepcional, até a competência setembro de 2006, a autorização para os estabelecimentos de saúde com produção na SAI/SUS, no período de janeiro a julho de 2005, dos procedimentos de Prótese Total Mandibular, Prótese Total Maxilar e Próteses Parciais Removíveis Maxilar ou Mandibular, que apresentarem produção de procedimentos de próteses dentárias pelo Subsistema PAC/SIA; revoga o anexo da Portaria nº 1.572/GM, de 29/07/2004 e o art. 11 da Portaria nº 411/SAS, de 19/08/2005.
Portaria nº 2.304/GM, de 28/11/2005 – Autoriza, em caráter excepcional, os estabelecimentos de saúde, devidamente cadastrados no SCNES, que tiveram produção SIA/SUS, no período de janeiro a julho de 2005, dos procedimentos de códigos 10.082.10-7 – Prótese Total Mandibular, 10.082.11-5 – Prótese Total Maxilar e 10.083.02-2 – Próteses Parciais Removíveis Maxilar ou Mandibular (vigentes na tabela do SIA/SUS até a competência julho de 2005), a apresentarem produção a partir da competência outubro 2005.
Portaria nº 411/SAS, de 09/08/2005 – Identifica no Sistema do Cadastro dos Estabelecimentos de Saúde (SCNES), o serviço de odontologia com as suas respectivas classificações e inclui no Subsistema de autorização dos Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade/Custo – APAC/SAI, a operacionalização dos procedimentos realizados nos LRPDs.

Atenção Básica

Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 – Política Nacional de Atenção Básica, PSF e PACS.
Portaria nº 2.527 GM, de 19/10/2006 – Define os conteúdos mínimos do Curso Introdutório para profissionais da Saúde da Família.
Portaria nº 822/GM, de 17/04/2006 – Alterou a Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006, na parte das exigências de enquadramento das Equipes Saúde da Família (ESFs) na modalidade 1.
Portaria nº 1.625/GM, de 10/07/2007 – Altera atribuições dos profissionais das Equipes de saúde da família (ESF).
Portaria nº 650/GM, de 28/03/2006, p. no DOU, Seção 1, de 29/03/2006 (PAB) fixo e variável, PSF e PACS.
Portaria nº 1.696/GM, de 17/07/2007 – Atualiza os valores do Piso da Atenção Básica (PAB) para Municípios e DF para o ano de 2007, com efeitos financeiros a partir da competência financeira junho de 2007.
Portaria nº 1.761, de 24/07/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.
Portaria nº 1.230/GM, de 25/05/2007 – Fixa o valor do incentivo de custeio referente à implantação de Agentes Comunitários de Saúde.
Portaria nº 91/GM, de 10/01/2007 – Regulamenta a unificação do processo de pactuação de indicadores e estabelece os indicadores do Pacto pela Saúde, a serem pactuados por municípios, estados e Distrito Federal. (revogou a Portaria nº 493/GM, de 10/03/2006).
Emenda Constitucional nº 51/2006 – Contratação do ACS e de agentes de combate às endemias (regulamentada pela Lei nº 11.350/2006).
Portaria nº 971/GM, de 03/05/2006 – Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) no SUS (acupuntura, homeopatia, plantas medicinais e fitoterapia, termalismo social/crenoterapia).
Portaria nº 1.602/GM, de 17/07/2006 – Institui em todo o território nacional os calendários de vacinação da

criança, do adolescente, do adulto e do idoso.
Portaria nº 154/GM, de 24/01/2008, p. no DOU, Seção 1, p. 47/50 – Cria Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF).

Componente Básico do Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica

Portaria nº 3.916/GM, de 30/10/1998, Trata da Política Nacional de Medicamentos.
Resolução 338, do Conselho Nacional de Saúde, Aprova a Política Nacional de Medicamentos.
Portaria 2.012/GM, de 25/09/2008, Aprova a 6ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).
Portaria nº 156/GM, de 19/01/2006 – Dispõe sobre o uso da penicilina na atenção básica e nas demais unidades do SUS. § 7º do art. 25 da Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007.

> Os recursos destinados ao medicamento Insulina Humana, do grupo de medicamentos do Programa Hipertensão e Diabetes, serão executados centralizadamente pelo Ministério da Saúde, conforme pactuação da Comissão Intergestores Tripartite, retificando a Portaria nº 399 de 22/02/2006 (revogados os § 1º ao § 7º dessa portaria, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007).

Portaria nº 1.077/GM, de 24/08/1999 – Programa para a Aquisição dos Medicamentos Essenciais para a Área de Saúde Mental (revogada, a partir de 01/02/2008, pela Portaria nº 3.237/GM, de 24/12/2007).
Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Do bloco da assistência farmacêutica (financiamento).
Portaria nº 2.583, de 10/10/2007 – Define elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº 11.347, de 2006, aos usuários portadores de diabetes *mellitus* (Ver Lei nº 11.347, de 27/09/2006).
Decreto nº 5.813, de 22 de junho de 2006, que aprova a Política Nacional de Plantas Medicais.
Portaria 2.982/GM, de 26/11/2009, Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Componente Especializado da Assistência Farmacêutica

Portaria nº 2.981/GM, de 26/11/2009 – Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.
Protocolos Clínicos – Relação dos medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde: http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/index.htm. **Oncologia: hospitais são credenciados para a oncologia** Portaria nº 2.439/GM, de 08/12/2005 – Institui a Política Nacional de Atenção Oncológica.
Portaria nº 741/SAS, de 19/12/2005 – Definir as Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia, os *Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)* e os Centros de Referência de Alta Complexidade em Oncologia e suas aptidões e qualidades.
Portaria nº 1.344/GM, de 21/06/2006 – Autoriza repasse financeiro do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais de Saúde, visando ao custeio das atividades desenvolvidas pelo Registro de Câncer de Base Populacional (RCBP).
Portaria nº 304/SAS, de 03/05/2006 – Estabelece que do total dos leitos dos hospitais gerais com alta complexidade e/ou habilitados na área de oncologia. www.inca.gov.br

Programa de atenção integral a usuários de álcool e outras drogas

Portaria nº 2.197/GM, de 14/10/2004 – Redefine e amplia a atenção integral para usuários de álcool e outras drogas no âmbito do SUS.
Portaria nº 1.612/GM, de 09/09/2005 – Aprova as normas de funcionamento e credenciamento/habilitação dos serviços hospitalares de referência para a atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas.
Decreto nº 6.117, de 22/05/2007 – Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool.
Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001 – Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.
Lei 11.802, de 18 de janeiro de 1995, Dispõe sobre a promoção de saúde e da reintegração social do portador de sofrimento mental; determina a implantação de ações e serviços de saúde mental substitutivos aos hospitais

psiquiátricos e a extinção progressiva destes; regulamenta as internações, especialmente a involuntária, e dá outras providências.
Decreto nº 42.910, de 26 de setembro de 2002 – Contém o Regulamento da Lei nº 11.802, de 18 de janeiro de 1995, alterada pela Lei nº 12.684, de 1º de dezembro de 1997, que dispõe sobre a promoção da saúde e da reintegração social do portador de sofrimento mental e dá outras providências.
Portaria/GM nº 336, de 19 de fevereiro de 2002 – Define e estabelece diretrizes para o funcionamento dos Centros de Atenção Psicossocial. Estes serviços passam a ser categorizados por porte e clientela, recebendo as denominações de CAPS I, CAPS II, CAPS III, CAPSi e CAPSad. Documento fundamental para gestores e trabalhadores em saúde mental.
Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.
Lei Delegada SEEJ – Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Esportes e da Juventude – SEEJ.
Lei nº 16.276 – Dispõe sobre a atuação do estado na prevenção, no tratamento e na redução de danos causados à saúde pelo uso abusivo de álcool e outras drogas e altera o art. 3º da Lei nº 12.296, de 13 de setembro de 1996.
Lei n.º 11.754, de 23 de julho de 2008 – Cresce, altera e revoga dispositivos da Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, cria a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, cria cargos em comissão; revoga dispositivos das Leis nos 10.869, de 13 de maio de 2004, e 11.204, de 5 de dezembro de 2005; e dá outras providências.
Lei n.º 11705, de 19 de junho de 2008 – Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que "institui o Código de Trânsito Brasileiro", e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4o do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.
Lei nº 10.702, de 14 de julho de 2003 – Altera a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4o do art. 220 da Constituição Federal.
Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003 – Dispõe sobre a Organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.
Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 – Dispõe sobre a Prevenção, o Tratamento, a Fiscalização, o Controle e a Repressão à produção, ao uso e Tráfico Ilícito de Produtos, Substâncias ou Drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.
Lei nº 10.167, de 27 de novembro de 2000 – Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.
Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999 – Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.
Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4° do art. 220 da Constituição Federal.
Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências.
Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

DECRETOS

Decreto nº 44.107 – Cria o Programa Rede Complementar de Suporte Social na Arenção ao Dependente Químico.
Decreto Legislativo 162.

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas
Decreto-Lei 891. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes.
Decreto nº 6.489, de 19 de junho de 2008 – Regulamenta a Lei no 11.705, de 19 de junho de 2008, no ponto em que restringe a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais.
Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008 – Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito.
Decreto nº 6.366, de 30 de janeiro de 2008 – Regulamenta a Medida Provisória no 415, de 21 de janeiro de 2008, que proíbe a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais. Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007 – Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências.
Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 –Regulamenta a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências.
Decreto nº 5.772, de 08 de maio de 2006 – Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Gratificações de Exercício em Cargo de Confiança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, e dá outras providências.
Decreto nº 4.513, de 13 de dezembro de 2002 – Altera os arts. 3º, 4º e 6º do Decreto n.º 3. 696, de 21 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas.
Decreto nº 3.696, de 21 de dezembro de 2000 – Institui o Sistema Nacional Antidrogas.
Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986 – Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.
Decreto nº 85.110, de 02 de setembro de 1980 – Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências.

POLÍTICAS

Política Saúde Drogas
Política Nacional sobre Álcool
Política de Atenção Integral
Política de Saúde Mental
Política Estadual Antidrogas
Política Nacional Antidrogas

PORTARIAS

Portaria nº 2.197 – Redefine e amplia a atenção integral para usuários de álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.
Portaria SVS 344. As substâncias incluídos nesta Portaria estão enquadrados nas Convenções Internacionais de 1961, 1971, 1988. As substâncias e medicamentos que as contenham possuem ação sobre o Sistema Nervoso Central.
Portaria Interministerial nº 10, de 31 de março de 2004 – Instalar a Câmara Técnica Temática de Tratamento e a Câmara Técnica Temática de Redução de Danos, coordenadas pelo Ministério da Saúde, até 30 dias após aprovada, pelo CONAD, a indicação de seus membros.
Portaria nº 001, de 17 de fevereiro de 2000 – Reconhece os Centros de Excelência nas áreas de prevenção, tratamento e/ou pesquisa, integrando-os ao SISNAD.
Portaria nº 002, de 17 de fevereiro de 2000 – Dispõe sobre as condições para a aprovação de projetos e liberação de recursos financeiros do FUNAD.
Portaria nº 004, de 13 de novembro de 2000 – Estabelece normas para o cadastramento de Instituições com atuação nas áreas de prevenção, pesquisa, tratamento e reinserção social de dependentes químicos.

RESOLUÇÕES

Resolução – RDC nº 101, de 30 de maio de 2001 – Estabelece Regulamento Técnico disciplinando as exigências mínimas para o funcionamento de serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas, segundo modelo psicossocial, também conhecidos como Comunidades Terapêuticas, parte integrante desta Resolução.

Resolução – RDC nº 26, de 15 de fevereiro de 2005. Publica a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Diário Oficial da União de 1º de fevereiro de 1999.
Resolução nº 02 de CONAD, de 04 de fevereiro de 2005 – Estabelece o Regimento Interno das Câmaras Técnicas, das Câmaras de Assessoramento e das Câmaras Especiais do Conselho Nacional Antidrogas.
Resolução nº 5 CONAD, de 04 de novembro de 2004 – Dispõe sobre o uso religioso e sobre a pesquisa da ayahuasca.
Resolução nº 01 e nº 02 do CONAD, de 06 de outubro de 2003 – Estabelece orientações estratégicas e diretrizes para o Sistema Nacional Antidrogas e Estabelece orientações sobre a organização interna do Conselho Nacional Antidrogas.
Resolução nº 26, de 31 de dezembro de 2002 –Define grupo de trabalho objetivando submeter à deliberação do Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, normas de controle social referente o uso do "chá ayahuasca".

HIV e outras DST

Portaria nº 1.626/GM, de 10/07/2007 – Regulamenta os procedimentos e condutas para a abordagem consentida a usuários que procuram os serviços de saúde com vistas a realizar testes de HIV e outras DST.

Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde

Portaria nº 675/GM, de 30/03/2006 – Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde. Obs.: uma cópia deve estar afixada na portaria de todas as unidades de saúde, públicas e privadas, que prestam serviços ao SUS.

Conselho Nacional de Saúde

Resolução nº 333/2003/CNS – Aprova diretrizes para criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.
Resolução nº 322/CNS, de 08/05/2003 – Diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000 (o que pode e o que não pode ser considerado como despesa de saúde).
www.conselho.saude.gov.br

Plano Diretor de Vigilância Sanitária

Portaria nº 1.052, de 08/05/2007.
Portaria nº 3.252/2009 – Aprova as diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pelo União, Estados, Distrito Federal e Municípios e dá outras providências.

Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal

Portaria nº 1.067/GM, de 04/07/2005 – Aprova a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.
Lei nº 11.634, de 27/12/2007, p. no DOU, Seção 1, de 28/12/2007 – Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e à vinculação prévia à maternidade onde receberá assistência no âmbito do SUS.
Lei nº 11.105, de 07/04/2005 – Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
Portaria nº 2.418/GM, de 02/12/2005 – Regulamenta, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde (SUS).
RDC ANVISA 36/2002, Dispõe sobre Regulamento Técnico para funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal.
Portaria nº 72, de 11 de janeiro de 2010 – Estabelece que a vigilância do óbito infantil e fetal é obrigatória nos serviços de saúde (públicos e privados) que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).

Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário

Portaria Interministerial nº 1.777/GM/MS e MJ, de 09/09/2003 – Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário e revoga a Portaria Interministerial nº 628/GM/MS e MJ, de 02/04/2002.
Portaria Interministerial nº 3.343, de 28/12/2006 – Altera os valores do Incentivo para Atenção à Saúde no

Sistema Penitenciário e dá outras providências.
Portaria nº 268/SAS/MS, de 17/09/2003 – Incluir, na Tabela de Serviços/Classificação do SCNES e do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS), os códigos relacionados aos serviços prestados no sistema penitenciário.
Portaria nº 1.552/GM, de 28/07/2004 – Custeio do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.
Portaria nº 240/GM, de 31/01/2007 – Publica novos valores de custeio do Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário.
Portaria nº 2.831/GM, de 01/11/2007 – Atualiza o elenco e o quantitativo de medicamentos para o atendimento das pessoas presas vinculadas às equipes de saúde do Sistema Penitenciário Brasileiro inscritas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) (Serviço/Classificação 065), dos Estados qualificados ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.
Portaria nº 648/GM, de 28/03/2006 – Plano Nacional de Atenção Básica, PSF e PACS.
Portaria nº 204/GM, de 29/01/2007 – Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle.
Portaria nº 399/GM, de 22/02/2006 – Pacto Pela Saúde 2006.
Portaria nº 749/SAS, de 10/10/2006 – Ficha Complementar de Cadastro de Equipes no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde (SCNES).

Translado de restos mortais humanos

Resolução RDC nº 68, de 10/10/2007 – Dispõe sobre o controle e fiscalização do translado de restos mortais humanos.

Povos indígenas

Portaria nº 2.656/GM, de 17/10/2007 – Dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas no Ministério da Saúde e regulamentação dos Incentivos de Atenção Básica e Especializada aos Povos Indígenas.
Portaria nº 2.759/GM, de 25/10/2007 – Estabelece diretrizes gerais para a Política de Atenção Integral à Saúde Mental das populações indígenas e cria o comitê gestor.
Portaria nº 14/GM, de 08/10/2008 – Dispõe sobre a criação do Grupo de Trabalho Tripartite para o monitoramento da implantação e implementação das disposições previstas na Portaria nº 2.656/GM, de 17 de outubro de 2007.

Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Renal

Portaria nº 1.168/GM, de 15/06/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Renal, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.
Portaria nº 432/SAS, de 06/06/2006 – Determinar que as Secretarias de Estado da Saúde adotem as providências necessárias para organizar e implantar as Redes Estaduais de Assistência em Nefrologia na alta complexidade.

Política Nacional de Atenção Cardiovascular de Alta Complexidade

Portaria nº 1.169/GM, de 15/06/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção Cardiovascular de Alta Complexidade, e dá outras providências.
Portaria nº 210/SAS, 15/06/2004 – Definir Unidades de Assistência em Alta Complexidade Cardiovascular e os Centros de Referência em Alta Complexidade Cardiovascular e suas aptidões e qualidades.

Política Nacional de Atenção em Oftalmologia

Portaria nº 866/GM, de 09/05/2002 – Organização e implantação de Redes Estaduais de Assistência em Oftalmologia.
Portaria nº 867/GM, de 09/05/2002 – Programa de Assistência aos Portadores de Glaucoma.
Portaria nº 338/SAS, de 17/05/2002 – Glaucoma.
Portaria nº 339/SAS, de 05/06/2002 – Centros de Referência em Oftalmologia.

Projeto Olhar Brasil

Portaria Normativa Interministerial MEC/MS nº 15, de 24/04/2007 – Institui o Projeto Olhar Brasil, que tem como objetivo identificar e corrigir problemas visuais relacionados à refração, visando reduzir as taxas de evasão escolar e facilitar o acesso da população idosa à consulta oftalmológica e aquisição de óculos.
Portaria Interministerial MEC/MS nº 140, de 23/01/2008 – Altera a redação do § 2º do art. 1º da Portaria Interministerial MEC/MS nº 15, de 24/04/2007 (a execução do projeto ocorrerá de forma progressiva, durante o período de três anos, a partir de janeiro de 2008).
Portaria nº 33/SAS, de 23/01/2008 – Define os objetivos específicos para o Projeto Olhar Brasil.

Serviços de Atenção à Saúde Auditiva

Portaria nº 2.073/GM, de 28/11/2004 – Institui a Política Nacional de Atenção à Manual de Atuação Funcional do Ministério Público Saúde Auditiva.
Portaria nº 587/SAS, de 07/10/2004 – Determina a organização e a implantação de Redes Estaduais de Atenção à Saúde Auditiva.
Portaria nº 589/SAS, de 08/10/2004 – Trata dos mecanismos para operacionalização dos procedimentos de atenção à saúde auditiva no SUS.
Lei nº 11.291, de 26/04/2006 – Dispõe sobre a inclusão nos locais indicados de aviso alertando sobre os malefícios resultantes do uso de equipamentos de som em potência superior a 85 decibéis, acarretando ao infrator as sanções e as penalidades previstas na Lei nº 8.078, de 11/09/1990.
Portaria nº 308/SAS, de 10/05/2007 – Altera o Anexo II da Portaria nº 589/SAS, de 08/10/2004.
Decreto nº 6.215, de 26/09/2007 – Estabelece o compromisso pela inclusão das Pessoas com Deficiência e entre suas diretrizes, no seu art. 2º, II, ampliar o acesso das pessoas com deficiência à política de concessão de órteses e próteses.
Portaria nº 389/GM, de 03/03/2008 – Redefine os Serviços de Atenção à Saúde Auditiva e os limites físicos e financeiros dos Estados, DF e Municípios.

Dengue

Portaria nº 044/GM, de 03/01/2002 – Definir as atribuições do Agente Comunitário de Saúde – ACS – na prevenção e no controle da malária e da dengue.
Portaria nº 29/SVS, de 11/07/2002 – Define parâmetro que caracteriza situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor da Dengue.
Portaria nº 5/SVS, de 21/02/2002 – Inclui doenças na relação nacional de notificação compulsória, define doenças de notificação imediata, relação dos resultados laboratoriais que devem ser notificados pelos Laboratórios de Referência Nacional ou Regional e normas para notificação de casos.
Portaria nº 040/SVS, de 25/10/2007 – Definir as atribuições dos consultores do Programa Nacional de Controle da Dengue (PNCD) que atuam nas Secretarias de Estado de Saúde (SES), no apoio e assessoria à implantação dos componentes do Programa.

Tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais – OPM do SUS

Portaria nº 2.848/GM, de 06/11/2007 – Publica tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais – OPM do SUS.
Portaria nº 321/GM, de 08/02/2007 – Institui a tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do SUS.
Portaria nº 1.541/GM, de 27/06/2007 – Estabelece a implementação da tabela de procedimento medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do SUS.
Portaria nº 07/SAS, de 04/01/2008 – Incluir os procedimentos, conforme anexo I desta Portaria, na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, com vigência a partir da competência janeiro de 2008 (OBS.: contém anexos: I ao XII).
Portaria nº 30/SAS, de 18/01/2008 – Estabelecer, conforme anexo desta Portaria, os procedimentos da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS que permanecerão financiados pelo Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC), até a efetivação do cronograma a ser definido, conforme art. 15 da Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007.
http://portal.saude.gov.br/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=28510

Hospital Amigo da Criança integrante do SUS

Portaria nº 756/SAS, de 16/12/2004 – Estabelece as normas para o processo de habilitação do Hospital Amigo da Criança integrante do Sistema Único de Saúde (SUS).
Portaria nº 09/SAS, de 10/01/2008 – Alterar a redação do critério nº 8 constante das Normas para o Processo de Habilitação do Hospital Amigo da Criança, integrante do SUS, aprovadas pela Portaria SAS/MS nº 756, de 16 de dezembro de 2004, publicada em 17 de dezembro de 2004, no Diário Oficial da União nº 242, p. 99, que passa a vigorar da seguinte forma:

> 8. Apresentar taxa de cesarianas conforme o estabelecida pelo Gestor Estadual/Municipal, tendo como referência as regulamentações procedidas do Ministério da Saúde (MS).
> 8.1 - Os hospitais cujas taxas de cesarianas estão acima das estabelecidas pelo gestor estadual/municipal deverão apresentar redução dessas taxas pelo menos no último ano e comprovar que o hospital está adotando medidas para atingir as taxas estabelecidas.

Infecção Hospitalar

É aquela infecção desenvolvida após a admissão do paciente na unidade de saúde e que se manifesta durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares.
Lei nº 9.431, de 06/01/1997 – Dispõe sobre a obrigatoriedade dos hospitais manterem um Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH) e criarem uma Comissão de Controle de Infecções Hospitalares (CCIH) para execução deste controle.
Portaria nº 2.616/GM, de 12/05/1998 – expedir, na forma dos anexos I, II, III, IV e V, diretrizes e normas para a prevenção e controle das infecções hospitalares.
Lei nº 9.782, de 1999 – Criação da ANVISA.
Resolução RDC nº 48/ANVISA, de 02/06/2000 – Aprova o Roteiro de Inspeção do Programa de Controle de Infecção Hospitalar, anexo a esta Resolução.
Sistema Nacional de Informação para o Controle de Infecções em Serviços de Saúde (Sinais) é um programa gratuito desenvolvido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para – em tempo real – obter de forma fácil, ágil e padronizada os indicadores de infecção nos serviços de saúde, alimentando um banco de dados nacional, que será acessível a Municípios, Estados e governo federal.

Arquitetura e engenharia em saúde

Nesta seção estão disponíveis os regulamentos técnicos, as portarias e as resoluções elaboradas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa, pertinentes à elaboração e à análise de projetos de edifícios de saúde.
Resolução - RDC nº 306, de 07/12/2004 – Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde.
Resolução – RDC nº 189, de 18/07/2003
Todos projetos de arquitetura de estabelecimentos de saúde públicos e privados devem ser avaliados e aprovados pelas vigilâncias sanitárias estaduais ou municipais previamente ao início da obra a que se referem os projetos.
Resolução – RDC nº 33, de 25/02/2003 Revogada e substituída pela Resolução – RDC nº 306, de 07/02/2004 – Aprova o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde.

Diretrizes Gerais

Resolução – RE nº 9, de 16 de janeiro de 2003 – Orientação técnica revisada contendo padrões referenciais de qualidade de ar interior em ambientes de uso público e coletivo, climatizados artificialmente. A Resolução recomenda o índice máximo de poluentes de contaminação biológica e química, além de parâmetros físicos do ar interior. A resolução prevê ainda métodos analíticos e recomendações para controle e correção, caso os padrões de ar forem considerados regulares ou ruins.
Resolução – RDC nº 307, de 14/11/2002 – Retificou a Resolução - RDC nº 50, de 21/02/2002. As considerações da Resolução - RDC nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:“Art. 2º O Regulamento Técnico contido na Resolução - RDC nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, passa a vigorar com a

seguinte redação: [...]".
Resolução – RDC nº 50, de 21/02/2002 (PDF Alterada pela Resolução - RDC nº 189, de 18/07/2003
Atualizada pela Resolução – RDC nº 307, de 14/11/2002 – Substitui a Portaria MS nº 1.884, de 11/11/1994 – Dispõe sobre o Regulamento Técnico para planejamento, programação, elaboração e avaliação de projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde. Normas para projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde Normaliza a elaboração de projetos físicos de Estabelecimentos Assistenciais de Saúde (EAS). Apresenta orientações aos planejadores, projetistas e avaliadores de estabelecimentos de saúde. Cada EAS construído ou reformado deverá estar em consonância com as definições e informações contidas neste documento, independente de ser um estabelecimento público ou privado.)
Arquivo atualizado em 22/07/2003
Portaria MS nº 1.884, de 11/11/1994
Revogada pela GABIN MS n° 554, de 19/03/2002.
Resolução RE nº 176, de 24/10/2000
Substituída pela Resolução RE n° 9, de 16/01/2003.
Orientação técnica contendo padrões referenciais de qualidade de ar interior em ambientes de uso público e coletivo, climatizados artificialmente. A Resolução recomenda o índice máximo de poluentes de contaminação biológica e química, além de parâmetros físicos do ar interior. A resolução prevê ainda métodos analíticos e recomendações para controle e correção, caso os padrões de ar forem considerados regulares ou ruins.
Portaria Interministerial nº 482, de 16/04/1999 – Regulamento técnico contendo disposições sobre o funcionamento e instalação de unidades de esterilização por óxido de etileno e de suas misturas, bem como estabelece as ações de inspeção sob responsabilidade do Ministério da Saúde e Ministério do Trabalho e Emprego.
Portaria MS nº 3.523, de 28/08/1998 – Regulamento técnico contendo medidas básicas referentes aos procedimentos de verificação visual do estado de limpeza, remoção de sujidades por métodos físicos e manutenção do estado de integridade e eficiência dos componentes dos sistemas de climatização, para garantir a qualidade do ar de interiores e prevenção de riscos Manual de Atuação Funcional do Ministério Público à saúde aos ocupantes de ambientes climatizados.

Obs.: GM Gabinete do Ministro (da Saúde) As Portarias do Ministério da Saúde podem ser encontradas nos seguintes endereços: http://dtrs2001.saude.gov.br/sas(Portarias-GM) ou www.in.gov.br/imprensa/in (pesquisa nos jornais oficiais, diariamente).

A Constituição Federal e as leis federais atualizadas: www.presidencia.gov.br

Ministério da Saúde: www.saude.gov.br

Conselho Nacional de Saúde: http://conselho.saude.gov.br

8.3. Referências bibliográficas

Doutrina Geral

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Curso de Direito Sanitário:** a proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ASSIS, Araken de, SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco (Coord.). **Elementos de direito à saúde**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2006.

BERLINGUER, Giovanni. **Medicina e saúde**. São Paulo: Hucitec, 1996.

COSTA, Albertina de Oliveira (Org.). **Direitos tardios:** saúde, sexualidade e reprodução na América Latina. São Paulo: PRODIR/FCC, 1997.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito Sanitário na Constituição brasileira de 1988:** normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: OPAS, 1994.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova Disciplina: O Direito Sanitário. **Revista Saúde Pública**, 22(4), p. 327-334. 1988.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde** – Parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro. Trabalho, saúde e ambiente. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, v.3, n.9, p.75-82. jan./mar. 2007.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Manual do Curador da Saúde. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2004.

NIGRE, André Luis; TEIXEIRA DE ALMEIDA, Álvaro Henrique (coords.). **Direito e Medicina**, um estudo interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

ROSEN, George. **Uma história de saúde pública**. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994.

SCHWARTT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003b.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde:** Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social:** a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

Assistência Farmacêutica

BARROS, José Augusto Cabral de. **Políticas Farmacêuticas:** a serviço dos interesses da saúde? Brasília. Unesco: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2004.

BARTOLO, Alice Teixeira; CUNHA, Bruno Almeida. **Assistência Farmacêutica:** Lei nº 5.991/73 anotada e comentada. São Paulo: Atheneu, 1989.

BASSO, Maristela. et al. **Direitos de propriedade intelectual & saúde pública:** o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. São Paulo: IDCID, 2007.

BONFIM J. R. A; MERCUCCI V. L. **A construção da política de medicamentos**. Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos. São Paulo: Hucitec, 1997.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Audiência Pública: assistência farmacêutica no âmbito do SUS. Brasília: Senado Federal, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Assistência farmacêutica no SUS. Brasília: Conass, 2007.

ESHER, Ângela; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. (Orgs.). **Acesso a medicamentos:** derecho fundamental, papel del Estado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

LAPORTE, Joan Ramon et.al. **Epidemiologia do medicamento**. São Paulo: Hucitec, 1989.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Suely Gandolfi. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. **Revista de direito sanitário:** Journal of health law, v. 6, p. 10-15, 2006.

NEIVA, Paula. Estamos tomando remédio demais? **Veja**, v. 38, n.5, p. 62-77, 2 fev. 2005.

POZETTI, Gilberto Luiz. **Assistência farmacêutica**. 2 ed. Araraquara: CRF-8, 1988.

SOUZA, Fernando Alves de. Remédio de Graça. **Consulex:** revista jurídica, v. 11, n. 259, p. 54-58, out. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Indústria farmacêutica e regulação. O caso dos medicamentos similares. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 2, n. 5, 2004. p. 29-41, jan./mar.

Biodireito/Bioética

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991.

COSTA, Sérgio Ibiapina F.; GARRAFA, Volnei (orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: UnB, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais:** uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

GERRA, Arthur Magno Silva e (coord.). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

JOTA, Rossini Lopes. Fertilização assistida – Considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte de depositante. Conseqüências jurídicas. **Revista de Direito Privado**, n. 7, p. 128-137, jul./set. 2001.

LUZ, Dioclésio; PINHEIRO, Sebastião. **Ladrões de natureza** - Uma reflexão sobre a biotecnologia e o futuro do planeta. Fundação Juquira Candiru, 1998.

MENDES, Antonio Carlos Mendes. et al. Bioética e Direito. **Bioética**, v. 4, n. 1, p. 107-112, 1996.

Controle social na Saúde Pública

BÓGUS, Maria Cláudia. **Participação popular em saúde formação política e desenvolvimento**. São Paulo: Annablume Fapesp, 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. **A prática do controle social:** conselhos de saúde e financiamento do SUS. Brasília: MS, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Coletânea de comunicação e informação em saúde para o exercício do controle social. Brasília: Ministério da Saúde, Conselho Nacional da Saúde, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Guia de referência para criação e organização de conselho de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1994.

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (Org.).**A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do.**Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Elizabeth M. de. et al.**Prevenir e curar:** o controle social através dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PETRIS, Airton José. et al. Controle Social em Saúde. In: ANDRADE, Selma Maffei de. et al. (orgs).**Bases da Saúde Coletiva**. Londrina: UEL, 2001. p. 93-109.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. A presença da mulher no controle social das políticas de saúde: anais da capacitação de multiplicadoras em controle social das políticas de saúde. Belo Horizonte: Mazza, 2003.

SIQUEIRA, Cláudia. O município e a saúde: reflexões sobre as balizas impostas pelo ordenamento jurídico vigente para a atuação do poder público local. **Revista de Administração Municipal**, v. 48, n. 243, p. 12-16, set./out. 2003.

WOLMER, Luiz Geraldo Santos. Disponibilidade e uso de informações para Controle Social: o caso do direito sanitário III di Recufe.**Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 37, n. 107, p. 83-94, jan./dez. 2006.

Crimes contra a Saúde Pública

BARBOSA, Carlos Cezar. Crimes contra a saúde pública e contra as relações de consumo: atacadista de gêneros alimentícios; depósito e venda ao comércio varejista de produtos deteriorados, adulterados, corrompidos e com prazo de validade vencido; caracterização de dano moral difuso.**Revista de Direito do Consumidor**, n. 38, abr./jun. p. 231-243, 2001.

CAPEZ, Fernando.**Curso de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a Saúde Pública. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.).**Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: MS, 2003c. p.113-124 (PGR).

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da.**Aborto na rede hospitalar pública:** o estado financiando o crime. Anápolis: Múltipla, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza.**Manual de direito penal:** parte geral; parte especial. São Paulo: RT, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Crimes contra a saúde pública: Lei nº 9.677/98 e Lei nº 9.695/98.**Revista da ADPESC**, n. 3, p. 48-69, jan./jun. 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública.**Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, p. 190-196, jan./jun. 2004.

WALDOW, Carla Liliane; PRADO, Robervani Pierin. O conteúdo do bem jurídico nos crimes contra a saúde pública, especialmente em matéria de fraude alimentar. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **Direito penal contemporâneo:** estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

ZANELLATO, Marco Antonio. A iniciativa exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e o recurso de

ofício nos crimes contra a economia popular e saúde pública.**Revista de direito do consumidor**. n. 13, jan./mar., 1995.

DIREITO SANITÁRIO INTERNACIONAL

BRASIL. Ministério da Saúde - VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Direito Internacional Sanitário. Brasília: MS, 2003, v. 1, p. 261-299.

ETTORE, Jorio. **Diritto sanitário**. Milano: Giuffrè, 2005.

FONSECA, Valéria Simões Lira da. **O direito internacional face à saúde e às moléstias transmissíveis**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. 156p.

MENUCCI, Daniel Lins. O regulamento sanitário internacional (2005) e a vigilância em saúde.**Revista de direito sanitário:** Journal of health law, 7, n. 1/3, p. 54-87 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO. Normas internacionales para medidas fitosanitarias: directrices para la vigilancia. Roma: FAO, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Informe mundial sobre el conocimiento orientado a mejorar la salud: fortalecimento de los sistemas sanitarios: resumen. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Regulamento Sanitário internacional (2005). Genebra: OMS, 2006.

SOARES, Guido. O Direito Internacional Sanitário e seus Temas: Apresentação de sua Incômoda Vizinhança. **Revista de direito sanitário:** Journal of health law, v. 1. n. 1, p. 49-88, nov. 2000.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARZT, Germano (Org.).**A saúde sob os cuidados do direito.** Passo Fundo: UPF, 2003.

Direitos de Personalidade

BERTI, Silma Mendes.**Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto.**Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CALDAS, Pedro Frederico.**Vida privada, Liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHAVES, Antonio.**Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). São Paulo: RT, 1986.

CUPIS, Adriano de.**Os direitos da personalidade:** o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo), o direito à identidade pessoal (o direito ao nome, ao título e ao sinal pessoa), o direito moral do autor. 1 ed. Campinas: Romana, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. In: CORRÊA, Elidia Ap., GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo. (Coord.).**Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2006.

FARINA, Roberto. **Transexualismo**. São Paulo: Novalunar. [s.d.]

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civi**l. São Paulo: RT, 1972.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **Aspectos jurídicos do transexualismo**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1997. p. 51.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.

Direitos do Paciente

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Direitos do paciente. In: SALAZAR, Andréa et al. **Planos de Saúde**. São Paulo: Globo, 2002 (cidadania).

GAUDERER, Christian. **Os direitos do paciente:** guia de cidadania na saúde. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.

SPAGNOL, Rosangela Paiva. Os direitos do portador de câncer no estado de direito: uma questão de cidadania. **Revista nacional de direito e jurisprudência**, v. 8, n. 90, p. 61-64, jun. 2007.

Direitos Humanos

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira. Direitos Humanos e direito à saúde. **Unijus:** revista jurídica, v. 10, n. 12, p. 151-174, maio 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? In: **Revista de Direito Constitucional e internacional**, v. 11, n. 42, p. 252-257, jan./mar. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.) **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.).**Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna de. Direito à saúde: direito social ou direito fundamental? Implicações éticas da definição.**Debates em direito público:** Revista de Direito dos Advogados da União, v. 3, n. 3, p. 150-160, out. 2004.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. O critério censitário para acesso a direitos humanos: acesso à saúde no estado democrático de direito.**De Jure:** revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 6, p. 353-372, jan./jun. 2006.

Doação de órgãos/transplantes

BORTOLOTI, Marcelo. O corpo à venda.**Veja**, v. 40, n. 20, p. 108, maio 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação brasileira sobre doação de órgãos humanos: lei n. 9.434, de 04 de fev de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e legislação correlata. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

CICCONE, Lino.**Bioética e transplante de órgãos**. Bauru: Edusc, 1999.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)disponibilidade da vida?.**Revista de Direito Privado**, n. 24, p. 89-111, out./dez. 2005.

FIRMEZA, Felipe. Vida nova: transplante de órgãos e a real necessidade de autorização para sua realização. **Justilex**. v. 6, n.70, out. 2007. p. 56-58

GAUER, Ruth Maria Chittó; MARINHO JUNIOR, Inezil; GAUER, Gabriel José Chittó. Entre a autonomia pessoal e a proteção estatal: sobre a vedação da comercialização de órgãos humanos e os limites à livre disposição do bem jurídico penal individual no direito brasileiro.**Revista da Ajuris:** doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 106, p223-241, jun. 2007.

LEITE, Rita de Cássia Curvo.**Transplante de órgãos e tecidos e direitos de personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

LIMA, Lucas Rister de S. O direito à burla na fila para transplante de órgãos.**Revista IOB de Direito Administrativo**, v.1, n.175, p. 17-19, jun. 2007.

MARIA RIOPÉREZ, Pablo.**El jurista ante el trasplante de órganos humanos: régimen jurídico-administrativo**. Granada: Universidad de Granada, 2006.

MOURA, Elizabeth Maria de. Eutanásia, ortonásia e doação de órgãos.**Revista de direito constitucional e internacional**, v. 15, n. 58, p. 39-50, jan./mar. 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal n. 9434/97 e da constituição federal. **Direito civil constitucional:** cadernos 1, São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 213-253.

PEDRA, Adriano Sant'ana. Transplante de órgãos e o biodireito constitucional.**Revista de Direito constitucinal e internacional**, v. 15, n. 61, p. 7-24, out./dez. 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de.**Biodireito e direito ao próprio corpo:** doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9434, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SADALA, Maria Lúcia Araújo.**Doação de órgãos:** a experiência de enfermeiras, médicos e familiares de doadores. São Paulo: Unesp, 2004.

SÉGUIN, Elida. Transplantes de órgãos e membros doadores e receptores. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, KOSOVSKI, Éster. (Orgs.)**Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 151-172.

VITA, Wagner Luiz de Souza. A questão dos transplantes e suas interfaces.**Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 2, n. 22, p. 69-78, out. 2001.

Epidemologia

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. **Epidemiologia e emancipação**. São Paulo: Hucitec, 1995.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Guia de Vigilância Epidemiológica**. Brasília: MS, Departamento de Vigilância Epidemiológica, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual integrado de vigilância epidemiológica do botulismo**. Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: MS, 2006

COIMBRA JR., Carlos E. A.; SANTOS, Ricardo Ventura; ESCOBAR, Ana Lúcia (org.). **Epidemiologia e saúde dos povos indígenas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

DEVER, Alan G. E. **A epidemiologia na administração dos serviços de saúde**. São Paulo, Livraria Pioneira, 1988.

DRUMMOND JR., Marcos. **Epidemiologia nos municípios: muito além das normas**. São Paulo: Hucitec, 2003.

DUARTE, Carmen. et al. **Epidemiologia das desigualdades em saúde no Brasil:** um estudo exploratório. Brasília: OPAS, 2002.

FORATINI, E.P. **Epidemiologia Geral**. 2 ed. São Paulo: Artes Médicas, 1996.

MOTA, Eduardo; CARVALHO, Déa Mara T. Sistemas de Informação em Saúde. In: ROUQUAYROL, M.Z.;

ALMEIDA FILHO, N. A. **Epidemiologia e Saúde**. 6 ed. Rio de Janeiro: Medsi, 2003.

PEREIRA, Maurício Gomes. **Epidemiologia:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Guanabara-Loogan, 2000.

VERAS, Renato Peixoto et al (org.). **Epidemiologia:** contextos e pluralidade. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

WALDMAN, E. **Vigilância epidemiológica como prática de Saúde Pública**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública da USP, Departamento de Epidemiologia, São Paulo, 1991.

Financiamento

ABREU, Ricardo Vidal. Financiamento da saúde pública no Brasil: a situação atual e o impacto da vinculação constitucional de recursos (EC 29/2000).**Res pública:** revista de políticas públicas e gestão governamental, v. 3, n. 5, p. 59-85, nov. 2004.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. O financiamento da saúde. **Revista de direito sanitário:** Journal of health law, v. 4, n. 1, p. 60-62, mar. 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. O financiamento da saúde. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes operacionais dos pactos pela vida, em defesa do SUS e de gestão. Brasília: MS, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fluxos de recursos financeiros para a pesquisa e desenvolvimento em saúde no Brasil: 2000 – 2002. Brasília: MS, 2006.

COSTA, Ricardo César da Rocha. Descentralização, Financiamento e Regulação: A Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil Durante a Década de 1990.**Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p.49-71, jun. 2002.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz e. Tratamento médico e bloqueio de contas públicas.**Revista IOB de Direito Administrativo**, v. 1, n. 4, p. 216-223, abr. 2006.

CUNHA, Fernando Henrique. PPP: saída para a saúde pública. **L&C:** Revista de Administração Pública e Política, v. 10, n. 104, p. 42, fev. 2007.

FALEIROS, Vicente de Paula. Prioridade versus escassez de recursos em saúde.**Bioética**, v. 5, n. 1, p. 35-40, 1997.

LAZZARI, João Batista.**Fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde**. São Paulo: LTr, 2003.

MARQUES, Rosa Maria.**O financiamento do sistema público de saúde brasileiro**. Santiago: Cepal, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza. Serviços de saúde. Relevância pública independente do regime de prestação. Participação da iniciativa privada em caráter complementar ao SUS. Direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e/ou convênios celebrados com a administração. Reajuste e recomposição de preços. Exigência constitucional e da legislação ordinária para que os valores repassados reflitam os impactos da inflação e do aperfeiçoamento tecnológico dos procedimentos: parecer.**Revista IOB de direito administrativo**, v. 2, n. 14, p. 100-117, fev. 2007.

MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. A saúde pública e o seu financiamento.**Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo. v. 3, n. 12, p. 202-9, jul./set. 1995.

Patentes

ARANHA, Márcio Iorio; PICARELLI, Márcia Flávia Santini (org.). **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 192-253.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamento**. São Paulo: Atlas, 2007

GUISE, Mônica Steffen. **Comércio Internacional, patentes e saúde pública**. Curitiba: Juruá, 2007.

PROVEDEL, Letícia. A interferência da Anvisa nos direitos de propriedade industrial e farmacêutica: Comentários

à resolução nº 351.**Revista da ABPI**, p. 61-64, maio/jun. 2006.

Responsabilidade profissional

ARRUDA JUNIOR, Antônio Carlos Metteis de. **Responsabilidade civil pela venda de medicamentos sujeitos à prescrição médica**. São Paulo: Método, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: RT, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil; teoria & prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Fabrício Veiga.**Bioética:** a responsabilidade penal do médico no comércio de órgãos humanos.**Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 29, n. 1/2, p. 259-301, dez. 2000.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas.**Revista de Direito Privado**, n. 12, p. 81-91, out./dez. 2002.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade Médico-Hospitalar em face do Direito do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, n. 11, p. 128-140, abr./jun. 2002.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade.**Revista de Direito Privado**, n. 9, p. 119-141, jan./mar. 2002.

Saúde complementar

BAHIA, Ligia. Planos e seguros de saúde: padrões e mudanças nas relações entre o público e o privado no Brasil. **Tese de Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública**. Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1999.

BAÚ, Marilise Kostelnaki.**O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

SCHAEFER, Fernanda.**Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. Curitiba: Juruá, 2004.

Saúde mental

AMARAL, Marcela C. Martins. Saúde mental e cidadania no Brasil: reforma psiquiátrica e emancipação.**Revista dos Procuradores da República**. v. 1, n. 2, p. 21-23, set. 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde.**Saúde mental e economia solidária:** inclusão pelo trabalho. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRUNETTA, Cíntia Menezes. O direito das pessoas portadoras de transtornos mentais.**Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 835, p. 59-72, maio 2005.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direito e saúde mental.**Revista de Direitos Difusos**, v. 4. n. 19, p. 2245-2552, maio/jun. 2003.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e saúde mental. In: SUANNES, Adauto Alonso Silvinho et al.**Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 151-162.

COHEN, Cláudio; FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marco (org.).**Saúde Mental**, crime e justiça. Campinas: Edusp, 2006.

FIGUEIREDO, Ana Cristina; SILVA FILHO, João Ferreira da.**Ética e saúde mental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001.

FONTENELLE, Jaqueline. A Experiência do Instituto de Saúde Mental. In: PITTA, Ana (org.).**Reabilitação Psicossocial no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira (org.).**Saúde Mental e o direito:** ensaios em homenagem ao professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004.

MELLO, Marcelo Feijó; MELLO, Andréa de Abreu; KOHN, Robert (org.).**Epidemiologia da saúde mental no Brasil**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

REIS, Selma Negrão Pereira dos. Saúde mental e atuação do Ministério Público: notas sobre a inclusão das pessoas portadoras de transtorno mental e a defesa de seus direitos. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos. (Coord).**Questão de direito civil e o novo código**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2004. p. 438-477.

SANTOS, Nelson Garcia.**Do hospício à comunidade:** políticas públicas de saúde mental. Santa Cataria: Letras Contemporâneas, 1994.

SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (org.).**A instituição sinistra:** mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

SARRACENO, Benedetto.**Psiquiatria e saúde mental – Libertando Identidades**. Rio de Janeiro: Te Corá /Instituto Franco Basaglia, 1999. p. 143-159.

SUS

ACIOLE, Giovanni Gurgel.**A saúde no Brasil:** cartografias do público e do privado. Sindicato dos Médicos de Campinas e Região. Campinas: Hucitec, 2006.

AMORIM, Maria Cristina Sanches, PERILLO, Eduardo Bueno da, (org.).**Para entender a saúde no Brasil**. São Paulo: LCTE, 2006.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O direito sanitário no federalismo brasileiro: da legalidade da edição de normas sanitárias pelas diversas esferas de poder e a inexistência de conflito entre elas.**Revista de direito sanitário:** Journal of Health Law, v. 7, n. 1/3, p. 88-110, 2006.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Aspectos históricos e normativos da política pública de saúde no Brasil.**FMU Direito:** revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, v. 20, n. 28, p. 126-135, 2006.

BERCOVICI, Gilbert. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro.**Revista de direito sanitário:** Journal of health law, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Saúde para todos: orientações sobre os seus direitos e garantias. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2006.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. 100 anos de saúde pública: a visão da Funasa. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública. Brasília: MS: Síntese, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Normas Gerais sobre saúde: cabimento e limitações. In:**Programa nacional de controle de Dengue**: Amparo Legal à execução das ações de campo. Brasília, Funasa/Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Questões Atuais de Direito Sanitário. Brasília: MS, 2006.

CAMPOS, Sandra Lúcia Furquim de.**A Responsabilidade na Gestão da Saúde Pública**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2006.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir.**SUS Sistema Único de Saúde**, Comentários à Lei Orgânica da Saúde Lei nº 8.080/90 e nº 8.142/90. 4 ed. Campinas: Unicamp, 2006.

CASTRO, José Nilo de. Responsabilidade do município e execução da política pública de saúde.**Revista brasileira de direito municipal:** RBDM, v. 7, n. 20, p. 11-23, 2006.

COHN, A et al.**A Saúde como Directo e como Serviço**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. A realidade da saúde no Brasil. **L&C:** Revista de Administração Pública e Política, v. 9, n.99, p. 31, set. 2006.

CRUZ, José Francisco das Graças. **Assistência à Saúde no Brasil:** evolução e o sistema único de saúde. Pelotas: EDUCAT, 1998.

CURY, Ieda Tatiana.**Direito fundamental à saúde:** evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Sanitário aplicado às áreas contaminadas.**Revista de direito sanitário:** Journal of health law, v. 7, n. 1/3, p. 44-53, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado?**São Paulo em Perspectiva**, v. 16, n.2, p. 53-63, 2002.

DALLARI, Sueli.Gandolfi.**Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DIAS, Hélio Pereira.**A responsabilidade pela saúde: aspectos jurídicos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

DIAS, Hélio Pereira.**Direitos e Obrigações em Saúde**. Brasília: ANVISA, 2002.

DIAS, Hélio Pereira.**Flagrantes do Ordenamento Jurídico-Sanitário**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2000.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Brasília, UnB, 2002.

FAMURS. Guia do administrador municipal: orientações e procedimentos para uma gestão eficiente. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

FANUCK, Lia. Justiça na Saúde: Quem Age na Defesa do Povo?**Saúde em Debate**, n.19, p.12-14, 1987.

GANDRA, Edmundo. O que chamamos de saúde coletiva atualmente? We call collective healfh currently? **Revista de direito sanitário**: Journal of health law. v. 5, n. 2, p. 43-63, jul. 2004.

GUERRIERO, Iara Coelho Zito.**Aspectos éticos das pesquisas qualitativas em saúde**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

IYDA, Manako.**Cem anos de saúde pública:** a cidadania negada. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1994.

KIYAMA, Pámela Sumi. Gastroplastia: acesso à saúde garantido somente através do poder judiciário?**Revista de direito social**, v. 7, n. 26, p. 105-115, abr./jun. 2007.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias: uma análise de EC 51 e da Lei nº 11.350, de 2006.**Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF:** IDAF, v. 6, n. 65, p. 433-444, dez. 2006.

MALIK, Ana Maria. Quem é o responsável pela qualidade na saúde?**Revista de administração pública**, v. 39, n. 2, p. 351-364, mar./abr. 2005.

MAUÉS, A.G.M; SIMÕES, S. A. de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. In **Curso de Direito Público Sanitário Constitucional**. Publicado no Curso de Extensão a distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde, 2002. p. 46 -47.

MELO, Adriana Zawada. Desafios da implementação do direito fundamental à saúde no Brasil.**Revista Mestrado em Direito**, Unifieo, v. 6, n.2, p. 55-82, jul./dez. 2006.

MENDONÇA, Antonio Penteado. Pensando a saúde pública brasileira.**L&C:** Revista de Administração Pública e Política, v. 10, n. 103, p. 31, jan. 2007.

MORAES, Décio Monteiro. Direito à saúde da criança: incumbência do poder público, intervenção do Ministério Público e o papel do poder judiciário.**De Jure:** revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 7, p. 406-411, jul./dez. 2006.

NOGUEIRA, Roberto Passos. As agências reguladoras da saúde e os direitos sociais.**Políticas sociais: acompanhamento e análise**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n.5, p. 101-105, ago. 2002.

PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho.**A saúde pública em face do código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira Pereira.**Direito Sanitário** – A Relevância do controle das ações e Serviços de Saúde. Fórum, 2004.

ROSINHA, Dr. **SUS:** fique por dentro do Sistema Único de Saúde. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

SANTOS, Lenir.**Conhecendo seus Direitos na Saúde Pública**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS): Campinas. 2006.

SANTOS, Lenir. O círculo vicioso da fraude na saúde. São Paulo:**Boletim Scivesp**. v. 1. 1º trim., 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A terceirização nos serviços de saúde pública.**IOB- Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, São Paulo, n. 6, p. 141-138, mar. 1997.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. A responsabilidade do prefeito na concretização do direito fundamental à saúde. **Ciência Jurídica**. v. 21, n. 134, p. 155-257, mar./abr. 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes.**Saúde Pública e Improbidade Administrativa**. v. I - Série E. Legislação de Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Ministério da Saúde. Brasília, 2003. p.125-42.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho. (Coord.). **Ação Civil Pública:** 20 anos da lei nº 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 507-531.

WEICHERT, Marlon Alberto.**O Sistema Único de Saúde no federalismo brasileiro**. Cadernos de Direito Internacional e constitucional. São Paulo: RT, 2000.

WEICHERT, Marlon Alberto.**Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WESTPHAL, Márcia Faria, ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de. (Org.).**Gestão de serviços de saúde:** descentralização; municipalização do SUS. São Paulo: Edusp, 2001.

Vigilância Sanitária

BRASIL. Ministério da Saúde. Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde. Brasília: MS, 2006.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti.**Direito sanitário brasileiro:** vigilância sanitária, processo sanitário, infrações sanitárias, taxas sanitárias. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade médico-sanitária e AIDS.**Revista Brasileira de Ciências**

Criminais, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 7-30, jul./set. 1993.

COSTA, Ediná Alves.**Vigilância Sanitária:** proteção e defesa da saúde. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito Sanitário como campo fundamental para a Vigilância Sanitária. In: MARQUES, M.C.C.; CARVALHO, M.L.; SILVEIRA, D.; CASTRO, P.C de. Ibañez (Org.).**VISA - da gestão ao risco sanitário**. São Carlos: Rima, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Vigilância Sanitária, Direito e Cidadania. In:**Conferência Nacional de Vigilância Sanitária**. Cadernos de Textos. Brasília, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2001, p. 109-127.

DURAN, C. A segurança sanitária num mundo global: os aspectos legais. O Sistema de Segurança Sanitária na França.**Revista de direito sanitário:** Journal of health law, p. 60-78, 2001,

EDUARDO, Maria Bernadete de Paula.**Vigilância sanitária**. São Paulo: Instituto para o Desenvolvimento da Saúde Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.

FAGUNDES, Maria José Delgado. A publicidade de alimentos e o direito à saúde – Food publicity and right to health.**Revista de direito sanitário**: Journal of health law, v. 8, n.2, p. 34-53, jul./out. 2007.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Saúde e biossegurança.**Revista de direito e política**, v. 4, n. 12, p. 93-108, jan./jun. 2007.

MUKAI, Toshio. (Coord.). **Saneamento básico:** diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROZENFELD, Suely (org.).**Fundamentos da vigilância sanitária.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

SANTOS, Carlos Lopes dos. Riscos químicos e biológicos para a saúde pública relacionados ao reuso de água e o princípio da precaução.**Revista de direito ambiental**, v. 11, n. 43, p. 66-82, jul./set. 2006.

SETA, Marismary Horsth de, PEPE, Vera Lúcia Edais, OLIVEIRA, Gisele O´Dwyer de (org.).**Gestão e Vigilância sanitária:** modos atuais do pensar e fazer. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

SOUTO, Ana Cristina.**Saúde e política:** a vigilância sanitária no Brasil 1976-1994. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais.**Revista de direito sanitário:** Journal of health law, v. 3, n. 2, p. 90-106, jul. 2002.

WALDMAN, Eliseu Alves.**Vigilância em saúde pública**. São Paulo: Instituto para o Desenvolvimento da Saúde Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.

9. Atuação especializada na defesa do patrimônio público

[1]

Autor/Organizador: Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva

A defesa do patrimônio público compreende a adoção das medidas cabíveis pelo membro do Ministério Público, no campo *extrajudicial* e na área *judicial(cível e criminal)*, visando à preservação do erário, à responsabilização dos agentes autores da prática de atos de improbidade administrativa e ao efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos princípios constitucionais da administração pública e à ordem jurídica considerada como um todo.

O *aparato normativo* básico aplicável inclui: os arts. 37, 127 e 129, III, da Constituição da República Federal Brasileira; a Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública); a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa); a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007 (que regulamenta, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o inquérito civil e o procedimento preparatório na área dos interesses difusos e coletivos e institui o Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios – SRU); a Resolução CNMP nº 23/2007 (que regulamenta os arts. 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93, e os arts. 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil); e, ainda, os arts. 312 a 337-A e 359-A a 359-H do Código Penal Brasileiro; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 348/2005.

A *legitimidade do Ministério Público* para a defesa do patrimônio público tem assento constitucional, pois o art. 129, inciso III, da Constituição da República, prevê a *promoção do inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem utilizado como paradigma o julgamento do Recurso Extraordinário nº 208.790-4, que indica a legitimidade extraordinária do Parquet para defesa do patrimônio público:

> CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido.

Dessa forma, a Constituição instituiu o Ministério Público como *substituto processual de toda a coletividade, posto que agirá na defesa de um interesse que toca a todos, indistintamente, revestindo, consequentemente, a natureza de interesse difuso.*[2]

Nessa tarefa no âmbito civil, o Ministério Público terá como principais instrumentos os seguintes diplomas legais: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Quanto à Lei da Ação Civil Pública (LACP), torna-se indubitável ser um meio idôneo para a defesa de bens e valores do patrimônio público por expressa previsão constitucional (art. 129, inciso III, da CF/88).

Nesta seara,

> […] a amplitude da expressão patrimônio público e social, permite conduzir à interpretação de que tudo aquilo que diga respeito aos interesses da coletividade – seja remotamente, como ocorre com os bens patrimoniais do Estado, seja em sentido estrito, para alcançar aqueles que lhe ensejam diretamente o desfrute […].[3]

Por outro lado, tem-se a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que dispõe sobre a respectiva ação civil por ato de improbidade administrativa, na qual se observa um rito diverso da ação civil pública.

Insta frisar que a titulação da referida ação é motivo de controvérsia doutrinária. Geralmente se utiliza o termo ação civil pública, ação de responsabilidade civil ou *ação civil pública por ato de improbidade administrativa.* Optamos pela última designação, pois, desta forma, fica evidenciado o procedimento especial em relação à ação civil pública, evitando-se a confusão entre os ritos.[4)]

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa resguarda o patrimônio público por meio de um procedimento especial e sanções específicas, como bem ressalta Francisco Octávio de Almeida Prado:

> Seu objeto imediato é a declaração da existência de um ato de improbidade administrativa tipificado em lei. Seu objeto mediato é o ressarcimento do dano, o perdimento de bens, o pagamento de multa civil, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos ou, ainda, a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos.[5)]

Por outro lado, na ação civil pública:

> Já a ação civil pública regida pela Lei nº 7.347/85 é procedimento especial que tem como objeto imediato o direito à proteção de valores específicos prefigurados pelo legislador, que são, respectivamente, o meio ambiente, os direitos do consumidor, a integridade do patrimônio cultural e natural, outros interesses difusos ou coletivos, bem como a ordem econômica. Seu objeto mediato será a reparação pecuniária, em favor de um fundo especial, ou imposição de obrigação de fazer ou não fazer.

Além desses dois instrumentos jurídicos, o Ministério Público poderá lançar mão de outros, tais como o termo de ajustamento de conduta e a recomendação, que serão analisados adiante.

- 9.1. Improbidade administrativa
- 9.2. Atuação extrajudicial do Ministério Público
- 9.3. Atuação judicial do Ministério Público
- 9.4. Ementário de legislação pertinente
- 9.5. Jurisprudência

---

1) Na 1a edição da obra, os autores desta seção foram: Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva, Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Promotor de Justiça Daniel de Sá Rodrigues e Promotora de Justiça Paula Ayres Lima Damasceno.

2) Trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão no RE nº 208.790-4.

3) CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

4) Segue trecho: *"É necessário observar que não há erro em se designar essa demanda também de ação civil pública. Isso porque, originariamente, a expressão ação civil pública era empregada para corresponder a toda e qualquer ação não-penal proposta pelo Ministério Público. Nessa linha, toda a ação civil proposta pelo Ministério Público deve ser considerada como ação civil pública."* (Manual de Atuação do Ministério Público do Rio Grande do Sul).

5) PRADO, Francisco Otávio de Almeida. Improbidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 194.

9.1. Improbidade administrativa

A defesa do patrimônio público na atualidade tem como linha de atuação as seguintes vertentes: a) o combate à improbidade administrativa; b) o ressarcimento ao erário; e c) o respeito aos princípios constitucionais.

Historicamente, a primeira Constituição a prever o sequestro e o perdimento de bens em razão de enriquecimento ilícito por abuso de cargo ou função pública foi a Carta Magna de 1946, que ensejou a elaboração da Lei Pitombo-Godói (Lei nº 3.164/57).

Passada essa primeira fase, o Congresso Nacional aprovou a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), que estabelecia medidas de combate ao enriquecimento ilícito na administração pública.

Atualmente, a *Constituição Federal Brasileira*, no *art. 37, § 4º*, trata sobre a improbidade administrativa, exigindo a edição de lei regulamentadora para combatê-la.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal, determina que os atos de improbidade administrativa importarão: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens; e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

> Em atendimento à Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.429/92, estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dando outras providências. »A Lei nº 8.429/92 é resultante do Projeto de Lei nº 1.446/91, enviado pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Em sua exposição de motivos, o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho salientou o combate à corrupção afirmando tratar-se de 'uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda aflige o País.[1)]

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) prevê três categorias específicas de atos: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); e c) atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da administração pública (art. 11).

Em doutrina, um colega do Ministério Público do Estado de Minas Gerais assevera que as grandes inovações trazidas ao ordenamento jurídico nacional pela LIA foram as seguintes:

> Tipificar os vários atos de improbidade administrativa; dispensar expressamente a existência ou a comprovação de dano para a punição do agente público e/ou particular que tenha agido em conluio com ele para a prática de atos de improbidade administrativa. O legislador aqui foi mais longe, ou seja, definiu com clareza meridiana que o agente ou terceiro que causarem lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, farão o integral ressarcimento do dano.[2)]

Neste passo, a primeira questão é verificar se os atos (tipos) são de *numerus clausus* ou de tipologia aberta.

Enfrentando o tema com a maestria que lhe é peculiar, Emerson Garcia preconiza:

> Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos nas três seções que compõem o Capítulo II da Lei nº 8.429/92; estando aglutinados em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause lesão ao erário (art. 10) ou tão somente atente contra os princípios da administração pública (art. 11).

> Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no caput dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na

> formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no caput, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio notadamente.[3)]

O legislador optou, ainda, por graduar os atos de improbidade, punindo mais severamente as figuras tipificadas no art. 9º, de forma moderada os tipos do art. 10 e de forma leve as infrações derivadas por ofensa ao art. 11. [4)]

O primeiro gênero de *ato de improbidade administrativa são os atos que importam enriquecimento ilícito* (art. 9º). Neste caso, *o agente público obtém dolosamente vantagem patrimonial ilícita em razão do exercício ímprobo de sua função*.

O Professor Pazzaglini afirma que, para a caracterização do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, exigem-se como *requisitos*:

> 1.recebimento de vantagem econômica indevida por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas);
> 2.vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal do agente público;
> 3.ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial pretendida e obtida;
> 4.conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem.[5)]

Como se observa, o *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/92 traça as características principais dos atos que importam enriquecimento ilícito, enquanto *seus incisos exemplificam algumas condutas* que se enquadram no referido artigo.

É mister lembrar que nenhuma das condutas listadas admite a modalidade culposa, *devendo, em todos os casos, ser demonstrado o dolo do agente*, pois não é lógico falar em enriquecimento ilícito imprudente ou negligente.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 678.599/MG, frisou o *caráter doloso dos atos que ensejam o enriquecimento ilícito:*

> […] 1. Os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) normalmente sujeitam o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre são dolosos e ferem o interesse público, ocupando o mais alto 'degrau' da escala de reprovabilidade. Todos são prejudicados, até mesmo os agentes do ato ímprobo, porque, quer queiram ou não, estão inseridos na sociedade que não respeitam.

Os *incisos do referido artigo são exemplificativos*, indicando alguma das formas em que se materializará o ato de improbidade administrativa que ensejará o enriquecimento ilícito, *que poderá importar em similitude ou dissonância com os elementos gerais anteriormente referidos*[6)] no *caput*. Desta forma, qualquer conduta que não se enquadre nos incisos poderá ser capitulada no *caput* do art. 9º.

O segundo gênero são os *atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário* (art.10). Nessa modalidade, *temos uma ofensa ao aspecto financeiro do patrimônio estatal.*

De acordo com Pazzaglini, para a configuração desse tipo de ato ímprobo, os *requisitos* seriam os seguintes:

> ação ou omissão ilegal do agente público no exercício funcional;
> dano econômico efetivo ao erário;
> ação ou omissão funcional dolosa ou culposa;
> relação de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o efetivo dano patrimonial daí resultante[7)]

Em um primeiro plano, temos a ilegalidade do ato praticado pelo agente público consistente em uma conduta antijurídica por expressar um excesso de poder ou desvio de finalidade.

Outro requisito necessário para o enquadramento da conduta nesse gênero de improbidade administrativa é a existência de responsabilidade subjetiva por parte do agente. Logo, deve o sujeito ativo realizar uma ação ou omissão ilegítima decorrente de dolo ou culpa.

Neste ponto, a *doutrina* discute a *possibilidade da punição a título de culpa*, sendo que o *Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento favorável à questão* no Recurso Especial nº 842.428/ES (RECURSO ESPECIAL 2006/0068856-1):

> […] 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. (2)

O último requisito citado seria o nexo de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o efetivo dano patrimonial resultante, princípio básico de direito que possibilita a imputação do resultado para alguém.

Nesses termos, o Professor Pazzaglini finaliza os comentários a respeito do *caput* do art 10 da LIA:

> A técnica legislativa aqui adotada é idêntica *à do artigo anterior*, que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Assim, no caput do art.10, conceitua-se a improbidade lesiva ao Erário e seus incisos trazem o elenco das espécies mais freqüentes, que em face do advérbio notadamente, como já assinalado, é meramente exemplificativo (e não taxativo).[8)]

Frisamos que a conduta que não se enquadra nos incisos exemplificativos poderá ser capitulada no *caput* do art. 10.

O terceiro gênero são os *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública* (art.11). Neste quadro, *temos uma violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e/ou lealdade às instituições.*

Além da violação dos deveres elencados acima, também configurará a improbidade administrativa os atos atentatórios aos princípios da administração pública previstos na Constituição da República em seu art. 37, *caput*, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esse dever de observância dos princípios administrativos igualmente é frisado no art. 4º da LIA, que prevê:

> Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Por outro lado, ao analisarmos sistematicamente a Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se que, ao enquadrar o agente na prática de um ato ímprobo que acarreta enriquecimento ilícito ou importe lesão ao erário, haverá, por consequência, uma violação ao princípio da legalidade.

Por esse motivo, Pazzaglini assevera que

> o art. 11 constitui soldado de reserva (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade.[9)]

Ainda sobre o tema:

> O artigo em comento é considerado residual em relação aos arts. 9º e 10, o que significa que, sempre que ocorra a improbidade por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, haverá violação a princípios administrativos. Desta forma, quando não for possível enquadrar o ato de improbidade naquelas duas primeiras modalidades, utiliza-se o art. 11 como regra de reserva. Em outras palavras, qualquer que seja o ato ímprobo perpetrado, haverá violação de princípios administrativos.[10)]

Noutro aspecto, *não será qualquer violação ao princípio da legalidade que caracterizará a improbidade administrativa*, pois, se fosse assim, qualquer ato praticado por agente público em discordância com a lei implicaria um ato ímprobo.

O *Superior Tribunal de Justiça* estabeleceu que a *má-fé, neste caso do art. 11*, é uma das premissas para que o ato ilegal tenha o *status* de improbidade administrativa, conforme julgado do Recurso Especial nº 807.551 / MG (RECURSO ESPECIAL 2006/0006443-0):

> […] 3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum grano salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.(3)

Como fora asseverado anteriormente, o art. 11 da LIA tem como norte a defesa dos princípios aplicáveis à administração pública, tornando-se interessante uma digressão acerca de seus limites e significações.

As condutas ilícitas que não se enquadrem nos incisos exemplificativos poderão ser capituladas no *caput* do art. 11.

O *princípio do Estado de Direito cifra-se na legalidade* como medida do exercício do poder, ou seja, o exercício do poder deve processar-se mediante processos jurídicos. *É a autolimitação do Estado perante os direitos subjetivos e a vinculação da atividade da administração à Constituição.*

Assim, o *princípio da legalidade*, no Brasil, significa que os agentes públicos nada podem fazer além do que a lei determina.

Nesse sentido, são as lições do Professor Hely Lopes Meirelles:

> Legalidade – A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigência do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
> […]
> Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que lei autoriza. A lei para o particular significa *pode fazer assim;* para o administrador público significa *deve fazer assim.*[11)]

Outro *princípio* de grande valia é o da *moralidade administrativa*, que implica a observância de preceitos éticos pelo administrador, devendo suas ações ser pautadas na honestidade.

Hely Lopes Meirelles comenta que o sistematizador do referido conceito foi Hauriou, salientando que a moral jurídica não se confunde com a moral comum, sendo aquela entendida como "[…] *o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração".*[12)]

Em seguida, o mestre Hely complementa:

> O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da

> sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse o notável Jurista luso – Antônio José Brandão – que "a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.[13)]

Nesse sentido, o princípio da moralidade está servindo como fundamento jurídico para a proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos, conforme entendimento do eminente Ministro do *Supremo Tribunal Federal*, Joaquim Barbosa:

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado. (MS 23.780)*

Temos, ainda, o *princípio da impessoalidade.* Esse mandamento constitucional, contido expressamente no *caput* do art. 37 da Carta da República, impõe a prática do ato para o seu fim legal, que é unicamente aquele que a norma de direito indica, expressa ou virtualmente, como objetivo do ato, de forma impessoal. Dessa forma, não se deve beneficiar um grupo específico e determinado de pessoas.

A respeito deste princípio, são as palavras do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Princípio de impessoalidade
> Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem »interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.[14)]

Em relação ao *princípio da igualdade*, o preceito constitucional impõe igualdade de tratamento jurídico para pessoas que ostentam situações ou condições igualitárias de direitos ou obrigações.

Na lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

> Pela igualdade – havida como um dos princípios magnos primários da Constituição Brasileira e de todos os Estados Democráticos desde a Antigüidade – pretende-se enfatizar a ausência de discriminação que desiguala o que é igual, criando-se, pela desequiparação fundada em razões pessoais, situações de prejuízos de uns e privilégios de outros.

> A igualdade jurídica recria e saneia as diferenças que a desigualdade natural oferece e que poderia comprometer a convivência numa sociedade política. Por isso, reconhece-se a desigualdade natural entre as pessoas, naquilo que, contudo, desimporta para o Direito. A este apenas interessam aquelas diferenças que se refiram às finalidades objetivadas no sistema jurídico e que se voltam para o bem de todos os cidadãos. Todas as diferenças pessoais são desconsideradas e vedadas como base de comportamento sociopolítico pelo Direito, quando não sejam objetivamente verificados como pertinentes a uma situação

> descrita no próprio sistema jurídico-normativo e nele tomado, validamente, como referencial para a distinção.[15)]

A *razoabilidade* aparece como o princípio que exige proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a se alcançar.

Enuncia-se, com esse princípio, que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

José dos Santos Carvalho Filho assim o explica:

> Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege a atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.[16)]

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada uma delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito, de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.

O *princípio da publicidade* é expressamente protegido na Lei de Improbidade Administrativa, pois o inciso IV do art. 11 reza que consiste violação ao princípio da publicidade "negar a publicidade aos atos oficiais."

Como é tratado em vários compêndios de direito administrativo, os atos praticados por agentes públicos em suas funções devem ser abertos para toda a sociedade para que ela possa fiscalizá-los e avaliar a sua adequação aos ditames legais vigentes.

Deve-se observar que o princípio da publicidade desdobra-se em dois aspectos: a) deve ser franqueado à sociedade o acesso aos atos públicos que não estejam resguardados por sigilo e b) os atos praticados pela Administração devem ser públicos e abertos.

Sobre o tema:

> O princípio da publicidade consiste em dar conhecimento ou pôr à disposição dos indivíduos informações sobre fatos, decisões, atos ou contratos da Administração Pública, conferindo transparência aos comportamentos dos agentes públicos e segurança jurídica aos membros da Coletividade, quanto a seus direitos.
> É menos princípio e mais mecanismo de controle externo e interno da gestão administrativa. Segundo ele, os atos administrativos são públicos e devem ser objeto de ampla publicidade: seja por divulgação na imprensa oficial, na imprensa comum, e/ou em locais públicos; seja pelo fornecimento de informações quando solicitadas, ressalvadas as hipóteses de sigilo, contempladas na Lei Maior, quando imprescindível à defesa da intimidade ou ao interesse social (art. 5º, inciso LX), ou à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII).
> A regra, pois, é a transparência da Administração com a divulgação de seus atos a todos. A dispensa é a exceção, nas situações expressamente previstas em lei, e a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos que tenham de produzir efeitos externos.
> A publicidade, enfim, é o instrumento pelo qual a Administração Pública torna público, dando divulgação à

> sociedade ou prestando informações aos interessados, todo o conteúdo da atividade administrativa não sigilosa: regulamentos, programas, planos, atos administrativos (de admissão, permissão, licença, autorização, aprovação, dispensa, homologação, visto, lançamento tributário etc.).”[17)]

Por fim, temos o *princípio da eficiência*, novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98 da Carta Magna, que tem por escopo maior produtividade com menor custo, evitando-se o desperdício de dinheiro público e zelando pela prestação de serviço público com presteza e perfeição.

Mas, como lembrado pelo Professor José dos Santos Carvalho Filho,

> […] o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.[18)]

Dessa forma, a violação de princípios afetos à administração pública enseja a configuração do ato de improbidade administrativa, como explicado anteriormente. Além disso, não se pode olvidar a função de controle da atividade estatal a que se prestam os princípios:

> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a importância basilar dos princípios é tamanha que a sua violação, a depender do escalão do princípio violado, poderá constituir a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.
> Cumpre acrescentar que diante da nossa piedosa realidade legislativa – principalmente no âmbito municipal –, os princípios garantem a sociedade contra regras jurídicas violadoras do sistema jurídico, destinadas ao atendimento de interesses de grupos políticos e econômicos, na maioria das vezes desvinculadas dos interesses coletivos.
> Para a nossa sorte, o Supremo Tribunal Federal vem acatando a autonomia e suficiência dos princípios como fundamento para suas decisões, não sendo poucas as decisões alicerçadas sobre princípios.[19)]

Ressarcimento ao erário

Como mencionado anteriormente, para o combate à improbidade administrativa, na esfera cível, o Ministério Público possui dois instrumentos: a) a ação civil pública por ato de improbidade administrativa e b) a ação civil pública.

Ocorre que, em certos casos, os atos de improbidade administrativa podem estar prescritos, pois o prazo para a sua apuração é muito exíguo (o que será tratado mais adiante). Devido a isso, restará, quando for o caso, o ajuizamento de ação civil pública de ressarcimento ao erário, com base na Lei Federal nº 7.347/85.

Por outro lado, a grande vantagem da ação civil pública de ressarcimento ao erário é a sua natureza imprescritível, como disposto na Constituição da República (art. 37, § 5º) e endossado pelo colega Emerson Garcia:

> Reprisando o que já fora anteriormente dito, é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.[20)]

Fazzio Júnior comunga do mesmo entendimento:

> Dessa norma de eficácia contida complementável, desde logo, é possível inferir que é imprescritível a ação de ressarcimento de danos causados ao erário, mercê da ressalva estabelecida em sua parte final. Assim, o prefeito que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará

> da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição. Claro que, em relação às outras sanções cominadas para as condutas tecidas no art. 10 da LIA, o prazo prescricional incidirá. Tem-se, pois, como conclusão lógica, que a regra prescritiva do qüinqüênio vale para todas as sanções previstas na LIA, exceto para as ações de ressarcimento de danos.[21)]

Prescrição

Quanto à prescrição, temos aquela referente aos atos de improbidade administrativa que são previstos na Lei nº 8.429/92, e aquela referente ao ressarcimento ao erário prevista no art. 37, § 5º, da CF/88.

Inicialmente, vejamos os exatos termos da Lei nº 8.429/92 (LIA) acerca da prescrição:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
> I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Diante da norma posta, podemos verificar que a lei prevê *dois prazos prescricionais distintos*, a depender do vínculo do agente com o poder público, se efetivo ou transitório.

Dentre as novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, cumpre destacar a constante do art. 37, § 4º, segundo o qual

> os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista na lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Com a previsão da improbidade administrativa e o seu rigoroso combate por medidas legais que atingem a pessoa do administrador ímprobo, já se percebe significativa modificação em nosso cenário político-administrativo.

Em 2 de junho de 1992, foi publicada a Lei Federal nº 8.429, que regulamentou o art. 37, § 4º, da CF/88, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa. Essa lei representa um avanço, dada a sua amplitude, para extirpar do âmbito da administração pública não somente os agentes públicos que se enriquecem ilicitamente às custas da função pública, também os que causam prejuízo ao erário ou violam os princípios norteadores da administração pública.

Determina o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízo ao erário, ressalvadas as ações de ressarcimento.*

A Lei nº 8.429/92, por sua vez, determina, no art. 23, que *as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*

> I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos caso de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Segundo Pontes de Miranda,

> Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.

Acrescenta que a prescrição não se refere somente à ação, atingindo toda a eficácia da pretensão. Assim, o exercício da pretensão ou da ação é limitável, no tempo, pela prescrição.

O que caracteriza a prescrição é que ela não atinge o direito propriamente dito, e sim a ação. Dessa forma, o direito tem prescrita a ação (ou pretensão) que dele decorre. Vale dizer, pois, que o instituto da prescrição foi criado com o propósito de trazer segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas pela possibilidade de propositura de ações por prazos indeterminados.

Concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.

Outrossim, *em casos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário*, considerando o dispositivo constitucional supratranscrito, bem como *o princípio da indisponibilidade dos bens e direitos da administração pública, não há que se falar em prescrição, já que a imprescritibilidade decorre do texto da própria Constituição da República, muito embora os direitos de natureza patrimonial, como regra geral, exercidos mediante ações condenatórias, estarem sujeitos à prescrição.*

Definido, em linhas gerais, o alcance conceitual da prescrição, podemos voltar ao § 5º, do art. 37, da CF/88, que, em sua primeira parte, determina que *a lei deverá fixar o prazo para o exercício da ação que vise responsabilizar os agentes públicos por atos que causem prejuízo ao erário.*

Sendo assim, foi elaborada a Lei nº 8.429/92 (LIA), que estabeleceu, no art. 23, anteriormente referido, *o prazo prescricional de cinco anos para o exercício da ação de improbidade administrativa, destinado a dar efeito às sanções previstas naquele diploma legal.* Decorrido esse lapso temporal, já não poderá ser proposta ação com fundamento na Lei nº 8.429/92, porque estará prescrita.

Em contrapartida, o prazo para exercício da ação de improbidade administrativa em face de ocupantes de *cargo efetivo ou emprego* é o mesmo do disposto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Vale dizer que, nos casos de funcionário público civil do Estado de Minas Gerais, deve-se observar a Lei Estadual nº 869/52; já nos casos de servidores federais, é necessária a observância da Lei Federal nº 8.112/90.

Convém salientar que, no caso dos *agentes com vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), o prazo prescricional somente fluirá a partir de sua dissolução*, conforme entendimento do insigne Emerson Garcia:

> […] tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução. Com isto, confere-se aos legitimados um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados, pois, durante todo o lapso em que os agentes permanecerem vinculados ao Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para o seu início, o que permitirá uma ampla investigação dos fatos. Entendemos que a prescrição somente começará a fluir a partir do término do exercício do último mandato outorgado ao agente, ainda que o ilícito tenha sido praticado sob a égide de mandato anterior. Em abono dessa conclusão, podem ser elencados os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, o que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; d) a associação do termo a quo do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente deve-se principiar com o afastamento do agente) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade.[22)]

Logo, como mencionado acima, em caso de *reeleição do ocupante de cargo eletivo*, o prazo prescricional começará a fluir do término do exercício do último mandato do agente, ainda que a improbidade tenha sido praticada durante o mandato anterior.

Noutro passo, a parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 faz ressalva em relação às ações de ressarcimento de danos ao erário. Sabe-se que o ressarcimento de danos é uma das consequências jurídicas da ação de improbidade, prevista nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92, aplicável toda vez que o ato de improbidade cause dano material ou moral à administração pública.

Considerando que a prescrição atinge as pretensões, fica evidente que, decorrido o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, já não se poderá ingressar com ação de improbidade administrativa com fundamento na Lei nº 8.429/92, para levar a efeito a aplicação das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal.

Com relação *à pretensão do ressarcimento de danos causados ao erário* em decorrência de atos de improbidade administrativa, ao contrário, entendemos tratar-se de *natureza imprescritível*, não estando a ação sujeita a quaisquer prazos prescricionais, haja vista a exceção imposta expressamente pelo Texto Constitucional.

O *entendimento majoritário da jurisprudência mineira também vem sendo pacificado nesse sentido.* Vejamos alguns acórdãos proferidos recentemente pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Cuidando-se de ação civil pública que, diversamente daquela que busca a responsabilização e a sanção do administrador, persegue a reposição de valores ao erário com sustentação em rejeição de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, não há que se falar em prescrição, eis que a ação consagra situação de indisponibilidade de direitos;[…]
> […] 2. A despeito na inaplicabilidade das sanções da Lei nº 8429/92 aos fatos a esta anteriores, o dever de ressarcir é imprescritível, nos termos do art. 37, §5º, da C.F./88, sendo imperativo se comprovado efetivo dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. […]

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO AO ERÁRIO - PRESCRIÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - “”FUMUS BONI IURIS”” E “”PERICULUM IN MORA”” CARACTERIZADOS.A prescrição quinquenal não se aplica às ações de ressarcimento aos cofres públicos, oriundas de ilícitos administrativos, pelo que dispõe a parte final do art. 37, § 5º da CR. […]

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> […]
> III - A ação civil pública é imprescritível, porquanto inexiste disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei nº 4.717/65, específica para a ação popular.

Considerando que a ação de ressarcimento de danos causados ao erário tem natureza jurídica imprescritível, não cabe falar em termo inicial, *in casu*, haja vista a própria inexistência de qualquer prazo de prescrição.

Observe-se, finalmente, que o entendimento até aqui exposto se refere apenas aos atos praticados depois da promulgação da Constituição da República de 1988, e assim após a entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992.

Com relação aos atos praticados em períodos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalece o entendimento de que a ação civil pública de ressarcimento ao erário se sujeita a prazo prescricional de vinte anos. Entretanto, é preciso que *a prescrição tenha se aperfeiçoado antes do advento da Constituição da República de 1988, uma vez que a sua promulgação é considerada causa interruptiva da prescrição, tendo-se em vista a instauração de um novo ordenamento constitucional no País. Consequentemente, a ação de ressarcimento ao erário passa a ser de natureza imprescritível*, com base no dispositivo constitucional constante do art. 37, § 5º, supratranscrito, conforme entendimento predominante na jurisprudência.

Outro ponto importante sobre a prescrição e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é a

necessidade do requerimento expresso de notificação do requerido, tal como disposto no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, pois o prazo prescricional pode ocorrer entre a distribuição da ação e a citação do requerido e, segundo entendimento jurisprudencial, somente com a observância dos requisitos legais é que a citação válida retroagirá à data da propositura da ação (art. 219, § 1º, CPC).

Aspecto penal

Quanto ao aspecto penal, a Lei de Improbidade Administrativa somente prevê tipificação criminal no art. 19, que, diga-se de passagem, não trata propriamente de improbidade administrativa.

A esse crime os estudiosos têm denominado denunciação caluniosa de improbidade administrativa. O Professor Pazzaglini tece as seguintes considerações sobre a conduta típica desse injusto:

> A ação que constitui a materialidade do fato delituoso cinge-se à formulação de representação às autoridades mencionadas, atribuindo a determinado agente público ou terceiro beneficiário ato de improbidade administrativa.
> É indispensável a sua configuração que o sujeito ativo ofereça à autoridade pública representação sobre falsa acusação de improbidade administrativa.
> A representação, no âmbito da LIA, é o exercício do direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado na Carta Magna (art.5º, XXXIV).
> A representação, como já salientei, não precisa corresponder a uma peça jurídica quanto a forma, linguagem ou conteúdo.
> É suficiente que seja apta ou idônea para possibilitar seu exame pela autoridade administrativa ou órgão do Ministério Público a quem foi endereçada.
> Logo, deve conter os requisitos estabelecidos na norma do § 1º do art.14 da LIA, que permitam a identificação do ato de improbidade administrativa denunciado (narração do fato assim qualificado pelo representante e indicação de provas ou indícios de seu conhecimento) e de seu autor (qualificação e endereço, caso possua, do agente público ou terceiro representado e, na ausência deles, informações que possibilitem sua identificação).
> Para caracterização do delito, é indispensável que o fato imputado constitua uma das modalidades de ato de improbidade administrativa. E que acusação falsa objetive agente público ou terceiro determinado.
> A imputação, em representação, de fato administrativo real ou parcialmente verdadeiro não configura o crime, pois é da essência da figura delituosa a representação de fato considerado improbidade administrativa inexistente ou que não tenha sido praticado pelo agente público ou terceiro representado[23)]

Noutro passo, como lembrado pela ex-Corregedora-Geral da União Anadyr de Mendonça Rodrigues:

> […] muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda de cargo ou da função pública, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de "atos de improbidade", constante do art. 9º da Lei nº 8.429/92, com os delitos contra a administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 321, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321).

Dessa forma, havendo indícios da existência de ato de improbidade administrativa que importe também em ilícito penal, caberá ao membro do Ministério Público providenciar a instauração de inquérito policial para fins de apuração criminal.

Nessas situações, observado o teor da Resolução nº 72/2006 do PGJ/MG, aprovada pela egrégia Câmara de Procuradores de Justiça de Minas Gerais, sobre atribuições internas no MPMG, tendo em mãos o órgão de execução elementos de prova aptos ao oferecimento da denúncia, deverá fazê-lo de forma imediata, para a persecução na área criminal do ilícito porventura praticado.

Requisição de instauração de inquérito policial

Chegando ao conhecimento do Promotor de Justiça notícia de prática de ilícito contra o patrimônio público, cuja elucidação, em razão da complexidade da matéria, exija a realização de exames periciais ou diligências fora do alcance da estrutura administrativa do Ministério Público, recomenda-se a requisição de inquérito policial, independentemente do procedimento administrativo a ser instaurado pela Promotoria.

Envolvimento de prefeitos e ex-prefeitos municipais

Nas hipóteses de procedimentos oriundos do Tribunal de Contas do Estado e de *representações que envolvam atuais Prefeitos municipais*, cuidar para que seja enviada cópia do inteiro teor do processado ao Procurador-Geral de Justiça, para análise dos contornos criminais do caso, tendo-se em vista a prerrogativa conferida àquelas autoridades pelo art. 29, X, da CF/88. Os fatos que envolvam *ex-Prefeitos* são julgados perante a Justiça de Primeira Instância do local do fato praticado, uma vez que eles não têm direito ao foro privilegiado após deixarem o cargo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Conclusão da investigação – possibilidade de ajuizamento das ações civil e penal

Cuidar que, nas situações em que for ajuizada ação civil ao final de procedimento presidido pelo Promotor de Justiça, não deixe de ser instaurada a competente ação penal contra eventuais responsáveis, estando configurada a hipótese de condutas criminosas. Se o procedimento levado a efeito pelo próprio Promotor de Justiça for suficiente para a comprovação da autoria e materialidade do delito, torna-se desnecessária a requisição de inquérito policial para apuração dos mesmos fatos.

A *Resolução PGJ/MG nº 72/06* confere expressamente às Promotorias de Justiça de Defesa do Cidadão Especializadas a *titularidade das ações cíveis e penais* nos casos afetos à sua área de atuação, excluindo-se a atuação perante os Juizados Especiais (art. 1º, § 1º). Especificamente no caso das *Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Patrimônio Público*, prescreve que exercerá a titularidade da ação penal *apenas em relação àqueles delitos verificados no âmbito de suas investigações e quando envolverem a participação de agentes públicos.* A atuação, portanto, não se resume às providências extrajudiciais e, no âmbito judicial, à esfera cível. Verificada, ao final ou no curso de inquérito civil ou procedimento administrativo sob sua responsabilidade, a ocorrência de crime decorrente da ação lesiva ao patrimônio público (especialmente crimes contra a administração pública) em que haja participação de agente público, impõe-se a tomada de medidas adequadas pela Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público.

Ressarcimento do dano e a esfera penal

O eventual ressarcimento do dano material causado à administração pública, embora possa constituir circunstância atenuante ou causa geral de diminuição de pena (art. 16 do CP), *não é causa extintiva da punibilidade.*

Ilícitos penais previstos na Lei de Licitações

Para os casos de inobservância dos princípios e requisitos pertinentes às licitações públicas, a Lei nº 8.666/93 prevê figuras típicas específicas (arts. 89 a 99), que deverão ser utilizadas nos respectivos casos concretos, em lugar dos crimes contra a administração pública previstos no Código Penal.

A mesma lei dedicou seção própria às normas processuais (arts. 100 a 108), apresentando as seguintes diferenças com o processo penal comum:

> a) recebida a denúncia e citado o réu, terá este prazo de dez dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório;
> b) na defesa, além da juntada de documentos, poderão ser arroladas até cinco testemunhas;
> c) ouvidas as testemunhas, praticadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo juiz, o prazo de alegações finais será de cinco dias sucessivos para cada parte;
> d) o prazo de prolação da sentença é de dez dias e o recurso poderá ser interposto no prazo de cinco dias.

[1)] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2006. p.2738.
[2)] COSTA, Epaminondas da. Manual do patrimônio público: teoria e prática. [Local:] Inédita, 2000. p.27-28.
[3)] GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. Improbidade administrativa. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 249.
[4)] É preciso lembrar que, em regra, os atos de improbidade podem incidir em mais de um tipo ímprobo, v.g., a ausência de licitação pode se traduzir em ato que importe enriquecimento ilícito e, ao mesmo tempo, descumprimento a preceitos constitucionais que regem a administração pública, *in casu*, o princípio da legalidade. Para equacionar o problema, é prudente a utilização, por analogia, de um princípio do Direito Penal, a saber, o princípio da consunção (o delito menos grave é absorvido pelo delito mais grave, pois aquele é meio para a consecução deste).
[5)] PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada. São Paulo: Atlas, 2002. p. 55.
[6)] GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 195.
[7)] Op. cit., p. 73.
[8)] Op. cit., p. 75.
[9)] Op. cit., p. 101.
[10)] TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2006. p. 194.
[11)] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87-88.
[12)] Op. cit., p. 89 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p.89.
[13)] Op. cit., p. 90.
[14)] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 58.
[15)] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.
[16)] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007. p.31.
[17)] PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais reguladores da administração pública. São Paulo: Atlas, 2001. p.30.
[18)] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.24.
[19)] TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa. Juruá, 2006. p.59/60.
[20)] Op. cit., p. 421.
[21)] FAZZIO JR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos. São Paulo: Atlas, 2001. p. 309.
[22)] Op. cit. p. 519-521.
[23)] Op. cit., p. 182.

9.2. Atuação extrajudicial do Ministério Público

Conceito legal de patrimônio público – Patrimônio público como direito difuso, objeto de tutela pelo Ministério Público – Vantagens da atuação extrajudicial.

A possibilidade de atuação extrajudicial do Ministério Público teve início com a edição da Lei nº 7.347/85, que inaugurou, no sistema jurídico brasileiro, a figura do inquérito civil. O diploma legal referido, que estabelece a disciplina legal da ação civil pública, de forma inegável, elencou o patrimônio público como um dos direitos tutelados mediante aquele instrumento judicial, uma vez que o inciso IV de seu art. 1º, de forma ampla, estabelece que as ações que visem a proteger qualquer outro interesse difuso ou coletivo seriam reguladas por aquele diploma normativo. A Constituição Federal Brasileira de 1988 confirmou e recepcionou o mencionado dispositivo legal ao inserir, entre as funções institucionais do Ministério Público, em seu art. 129, inciso III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social.

O conceito de patrimônio público, por sua vez, decorre da definição contida no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular. O dispositivo legal estabelece: "Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico". Deve, ainda, ser inserido no amplo conceito de patrimônio público, segundo a moderna doutrina e a recente jurisprudência nacional, o patrimônio moral dos agentes públicos. A este respeito, merece transcrição a valiosa lição de Fernando Rodrigues Martins:

> De considerar, ainda, a idéia de que o patrimônio público não pode ser compreendido apenas do ponto de vista material, econômico ou palpável. O patrimônio público espelha todo tipo de situação em que a Administração Pública estiver envolvida, desde a mais módica prestação de serviço típica até os bens que fazem parte de seu acervo dominial. Com efeito, e, como veremos adiante, a própria moral da Administração Pública constitui patrimônio a ser resguardado por todos os membros da sociedade, sob pena de completa submissão dos valores rígidos de honestidade e probidade às práticas vezeiras da corrupção, enriquecimento ilícito, concussão e prevaricação. Tudo isso a gerar desconfiança dos administrados em face dos administradores e, se não, o pior – difundir a ilicitude como meio usual nas multifárias relações entre os particulares, já que o mau exemplo dos administradores autorizaria, em tese, o desmantelamento dos critérios de lisura.[1)]

É importante registrar que, em significativo precedente, o *Supremo Tribunal Federal* reconheceu a existência de um patrimônio moral das pessoas jurídicas de direito público. Da ementa constava expressamente o seguinte:

> [...] não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico [...] Recurso não conhecido.

No *Superior Tribunal de Justiça*, a matéria já foi objeto de súmula, a qual estabelece o seguinte: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."[2)]

Considerando-se a generalidade do conceito legal de patrimônio público, a fim de facilitar a atividade administrativa e judicial do Ministério Público, a definição foi desmembrada, de forma que *a acepção de patrimônio público utilizada neste manual se relacione ao patrimônio econômico e moral das pessoas jurídicas de direito público, incluindo-se, ainda, em seu patrimônio extramaterial, a observância aos princípios constitucionais.*

A atividade de natureza extrajudicial, inaugurada pela Lei nº 7.347/85, a princípio, tinha como principal finalidade a investigação, ou seja, a colheita de provas necessárias para o manejo de ação civil pública. A finalidade do inquérito civil, portanto, demonstra a sua importância na órbita do patrimônio público, pois é ele o principal instrumento de investigação à disposição do Ministério Público, a fim de prevenir e reparar danos ao patrimônio público brasileiro. A tutela dos direitos coletivos e difusos desponta como uma das mais importantes missões institucionais do *Parquet*, na medida em que, além de proteger os interesses mais elevados da nação, otimiza a atuação dos Poderes, evitando repetidas e inúmeras reclamações de natureza judicial e administrativa.

O *inquérito civil, instrumento colocado à disposição exclusiva do Ministério Público*, em especial na tutela do patrimônio público, aparece como elemento essencial. As questões afetas à moralidade administrativa e à defesa do erário, não raro, revestem-se de elementos técnicos complexos e conceitos jurídicos indeterminados, sendo necessária a condução da investigação por órgão isento e de alta capacidade profissional. Neste sentido, o Ministério Público, amparado por uma gama de garantias e vedações constitucionais e cujo corpo de membros é escolhido em concurso de nível bastante elevado, mostra-se um condutor hábil das investigações, que, além de sua natureza complexa, têm o condão de envolver a privacidade dos indivíduos e a moralidade de toda uma coletividade.

No entanto, a raiz histórica do Ministério Público, criado como instituição dependente do Poder Judiciário e de exclusiva atuação perante tal Poder, fez com que, inicialmente, a atuação extrajudicial se limitasse quase totalmente à tarefa investigativa e de colheita de provas, com a finalidade de fundamentar futura ação judicial. A tradição estabelecia que a atuação do Promotor de Justiça tinha sempre por finalidade uma prestação jurisdicional. A prática, entretanto, demonstrou que a atuação administrativa de tutela do patrimônio público, feita sem qualquer interferência judicial, muitas vezes poderia ser suficiente para a solução de questões afetas aos direitos e interesses difusos e coletivos. É verdade que, na seara do patrimônio público, são maiores as limitações para a solução extrajudicial de atos danosos ou ameaçadores ao bem tutelado, consoante será exposto em item próprio a seguir. Ainda assim, em muitos casos, em especial naqueles em que não se constata a má-fé do administrador, o inquérito civil e seus instrumentos podem, de forma eficaz e suficiente, pôr fim à questão, reparando e prevenindo danos ao patrimônio público.

A *investigação* deverá ser feita por meio da *instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório, e iniciar-se-á de ofício ou por provocação de qualquer cidadão.*

Várias são as vantagens da atuação extrajudicial. De início, deve-se ressaltar que a solução de conflitos, levada a efeito pelo Ministério Público, sem interferência do Poder Judiciário, tem aumentado o prestígio da instituição ministerial e sua credibilidade perante os cidadãos brasileiros. Além disso, a investigação e seus instrumentos têm um importante caráter educativo, já que, nos casos em que a atuação administrativa importa em composição do dano ou fim da ameaça de dano, não há decisão coercitiva alguma, mas adequação do autor da ameaça ou do dano aos preceitos legais de forma consensual.

Ademais, é sabido que o Poder Judiciário brasileiro se encontra abarrotado de feitos pendentes de julgamento e também que a processualística nacional, em muitos casos, prejudica o célere andamento de processos, o que importa em longo prazo para julgamento de ações judiciais, sobretudo daquelas de natureza mais complexa. Assim, a atuação do Ministério Público fora dos processos judiciais é muito mais rápida e barata. Mas não é só. Por intermédio da solução de natureza consensual e sem a coercitividade das decisões judiciais, é possível que o agente do ato danoso ou ameaçador ao patrimônio público negocie as condições necessárias para a pacificação do conflito, estabelecendo medidas efetivamente executáveis.

Até mesmo para o investigado, mostra-se vantajosa a solução de questões referentes ao patrimônio público sem interveniência judicial, já que, para tanto, na área do patrimônio público, haverá a presunção de boa-fé do agente e a demonstração da intenção de se adequar aos ditames legais e constitucionais. Com efeito, na atuação ministerial investigativa e extrajudicial de tutela do patrimônio público, deve-se buscar, sempre que possível, a pacificação extrajudicial da questão.

- 9.2.1. Inquérito civil e os princípios da publicidade e da eficiência
- 9.2.2. Inquérito civil e a dignidade da pessoa humana
- 9.2.3. Instrumentos extrajudiciais de solução - Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e recomendação
- 9.2.4. Arquivamento do inquérito civil ou procedimento
- 9.2.5. Reflexo em outras áreas de atuação do Ministério Público

[1] MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 18. Em trecho mencionado na obra Improbidade administrativa, de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (3 ed. Lumen Juris. p. 535).
[2] Súmula nº 227 do STJ.

9.2.1. Inquérito civil e os princípios da publicidade e da eficiência

Decretação do sigilo, como medida excepcional, em atendimento ao interesse público – Limites e extensão do sigilo.

Como procedimento de natureza administrativa, *o inquérito civil é de natureza pública*, seguindo a regra constitucional inserta no art. 5º, LXXII, alínea "a", a qual assegura a todos os cidadãos brasileiros o direito de conhecimento de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e em observância ao princípio da publicidade descrito no caput do art. 37 da Magna Carta de 1988.

De maneira específica, o art. 26, VI, da Lei nº 8.625/93, dispõe sobre a publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares instaurados pelo Ministério Público. *O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*, ao editar a Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, tratou do tema, dispondo o seguinte:

> Art. 7º. Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo deverá ser motivada.
> § 1º. Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei 9.091/95.
> § 2º A publicidade consistirá:
> I- na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público, mediante publicação de extratos na imprensa oficial;
> II- na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;
> III- na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;
> IV- na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;
> V- na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.
> § 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.
> § 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.
> § 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.
> Art. 8º. Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

No âmbito interno do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007, tratou do tema de forma idêntica, repetindo, nos arts. 10 e 11, as disposições do CNMP.

Como se pode ver, foi confirmado, em âmbito administrativo, o entendimento pacificado na doutrina de que o inquérito civil, na qualidade de procedimento administrativo, é informado do princípio da publicidade, mitigado pela supremacia do interesse público. Em especial nas investigações relativas à defesa do patrimônio público, a relativização do princípio da publicidade é extremamente importante. A publicidade acerca do objeto e do andamento das investigações pode muitas vezes permitir ao investigado destruir e fraudar provas documentais e, ainda, dilapidar seu patrimônio, impedindo a integral reparação do dano. *Como procedimento de natureza pública, o inquérito civil tem como finalidade maior o interesse público e, diante de tal constatação, sempre que a publicidade for danosa a tal mister, a supremacia do interesse da coletividade se sobrepõe à publicidade, possibilitando a decretação de sigilo.*

Além disso, é comum, nas investigações acerca da matéria, constarem no bojo do procedimento *informações de natureza sigilosa*, tais como dados bancários e patrimoniais de pessoas físicas e jurídicas de direito privado que

se relacionam com entes públicos de maneira suspeita. Assim, nesses casos, ainda que o sigilo não seja necessário para o sucesso da investigação, os dados sigilosos não podem ser colocados à disposição pública, sob pena de violação da privacidade de terceiros e consequente responsabilização do órgão ministerial que deu causa ao vazamento de informações.

Uma vez que se trata de exceção, a decretação do *sigilo deve ser sempre fundamentada*, sob pena de configuração de violação ao princípio da publicidade. No despacho de decretação do sigilo, o presidente do inquérito civil deve sempre indicar seu grau, ou seja, *determinar a quem ou a quais informações se refere o sigilo.* Em casos extremos, o *sigilo poderá ser estendido até mesmo ao advogado de eventuais investigados*, sendo que tal decretação não implica violação ao art. 7º do Estatuto da OAB, já que a referida norma, expressamente, excepciona os procedimentos sigilosos da regra geral de amplo acesso de advogados.

No julgamento do recurso em Ação de Mandado de Segurança nº 13.496, originado do Estado do Paraná, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, decidindo que, em inquéritos policiais acobertados por sigilo, o direito dos advogados a ter vista dos autos cede, caso necessário, em favor do interesse público, sendo confirmada a decisão da primeira turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a seguinte ementa:

> […] 1. O direito do advogado a ter acesso a inquérito policial não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade de sigilo na investigação, examinada no caso concreto. […].

Em que pese tratar a decisão do sigilo no inquérito policial, *o entendimento deve ser estendido ao inquérito civil ante a ausência de disciplina legal acerca do tema, o que possibilita a aplicação analógica das regulamentações atinentes ao procedimento de investigação policial.*

A respeito do tema, Rogério Pacheco Alves, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na obra *Improbidade Administrativa*, traz importantes subsídios ao tema, defendendo a tese de aplicação do princípio da publicidade ao inquérito civil, ressalvada a possibilidade de decretação de sigilo, nos casos em que for necessário à preservação do interesse público, argumentando o seguinte:

> Sustentar, no entanto, o livre acesso aos elementos investigatórios é, rogata venia, subverter o papel do inquérito civil, esvaziando a sua eficácia e permitindo que o investigado insensível às mais elementares regras morais de tudo faça para frustrar-lhe os objetivos. Ressalte-se, neste passo, que é a própria Constituição Federal que permite, excepcionalmente, o sigilo não só dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX) como também dos atos administrativos (art. 5º, XXXIII), sempre que o exigir o interesse social.[1)]

Mesmo nos casos de decretação do sigilo, as principais providências, tais como o arquivamento e o manejo de ação civil pública, devem ser informadas a todos os interessados, no último caso, sendo suficiente a citação e/ou notificação judicial de eventuais réus.

O *sigilo pode ser decretado a qualquer momento*, sendo recomendável, nas investigações afetas ao patrimônio público, que se analise sempre, no momento de instauração do inquérito, a conveniência de sua decretação. Em geral, tal decretação se mostrará recomendável sempre que as investigações se referirem a agentes políticos ou servidores que ainda se encontrem no exercício de cargos públicos e que, em tal condição, tenham possibilidade de interferir na colheita de provas.

Inquérito civil e o princípio da eficiência

Racionalização da colheita de provas – Desmembramento da investigação – Critério para fixação da atribuição investigativa.

Na condução das investigações e na atuação extrajudicial, em geral, o Promotor de Justiça *deve buscar, sempre, a celeridade e o sucesso*, prestigiando o princípio constitucional da eficiência. Nas questões relacionadas ao patrimônio público, é ainda mais importante a cautela na escolha dos meios de prova e nos caminhos a serem tomados no curso do procedimento investigatório, ante a complexidade e a gravidade das questões tratadas e a

possibilidade de prescrição das ações de responsabilização cível e penal.

Nessa perspectiva, a *racionalização da colheita de provas é essencial*. O inquérito civil, como procedimento de natureza investigatória, à semelhança do inquérito policial, não tem rito procedimental previsto, ficando a cargo de seu presidente a eleição das vias probatórias mais adequadas. *Todos os meios de prova, desde que lícitos, são permitidos.* Assim, é possível, a título de exemplo, ouvir eventuais *testemunhas, juntar documentos, produzir perícia, acarear testemunhas, empreender busca e apreensão*, etc.

Ante o grande elenco de funções institucionais conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Carta Cidadã de 1988, atribuiu-se ainda ao *Parquet* um considerável leque de instrumentos, por meio dos quais a instituição desenvolve suas atividades. Assim, os membros do Ministério Público, no exercício da atividade extrajudicial afeta ao patrimônio público e a demais direitos e interesses difusos e coletivos, são dotados de *poder requisitório* desde a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). O *texto constitucional*, no entanto, emprestou nova perspectiva ao poder de requisição, na medida em que, expressamente, *previu a possibilidade de requisição de informações e documentos*. Ante o inegável caráter constitucional de tal poder, *o acesso dos membros do MP a informações e documentos de qualquer natureza é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacionais.* Mais uma vez, mostra-se proveitosa a lição de Rogério Pacheco Alves:

> Nessa linha, por encontrar seu fundamento primeiro no texto constitucional (art. 129, III e IV), o poder requisitório do Ministério Público pode ser dirigido a qualquer órgão, instituição ou autoridade da república, não havendo que se falar, por óbvio, em violação ao princípio da independência dos Poderes.[2)]

O *Superior Tribunal de Justiça*, em acórdão da lavra do ministro Gilson Dipp, já decidia a respeito da questão:

> Improcede a alegação de que os Poderes Executivo e Legislativo não estariam obrigados a atender a requisições ministeriais, pois pode ser destinatário da requisição qualquer órgão da administração, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes Públicos.[3)]

É comum, na seara do patrimônio público, a necessidade de se requisitarem documentos e informações a autoridades públicas. Nesse caso, deve-se observar o artigo 67 da Lei Complementar 34/94 e seus parágrafos, os quais estabelecem que os ofícios dirigidos ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Ministros de Estado de Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República, Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Desembargadores, Juízes do Tribunal de Justiça Militar, Secretários de Estado e chefes de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhados pelo Procurador-Geral de Justiça, o qual apenas analisará a observância da formalidade na requisição. Em âmbito interno, o artigo de lei foi regulamentado pela Resolução PGJ nº 61, de 13 de dezembro de 2007, que, além de repetir a norma legal, estabelece requisitos a serem observados pelo órgão de execução. Assim, segundo seu art. 1º, § 2º, deverá constar do expediente o seguinte:

> a) o nome da autoridade à qual se destina;
> b) o objetivo da requisição, salvo na hipótese de sigilo;
> c) o prazo para atendimento do que foi requisitado;
> d) a natureza e o objeto do respectivo procedimento;
> e) os fundamentos legais da requisição.

A resolução dispõe, ainda, que cópia da portaria de instauração deverá instruir o ofício. Aliás, a referida disposição foi inaugurada pela Resolução CNPM nº 23, de 17 de setembro de 2007, que, no art. 6º, § 9º, estabeleceu a obrigação de instruir todos os ofícios requisitórios com cópia da portaria inicial e, ainda, com fundamentação acerca da requisição. No âmbito de Minas Gerais, a disposição foi repetida na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007.

Em relação à *oitiva das autoridades acima elencadas*, após ajuste de data e horário, o presidente do inquérito civil deve encaminhar a notificação ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, à semelhança das requisições,

limitar-se-á a analisar a formalidade da notificação e enviá-la a seu destinatário.

Nas *investigações relacionadas a prejuízos ao erário, frequentemente é necessária a análise pericial de documentos.* O presidente do inquérito deve, entretanto, analisar se, efetivamente, tal laudo pericial se mostra essencial, já que, nos casos em que o laudo instrui ação civil pública, é comum que a prova tenha de ser repetida no curso da ação judicial, o que causa desnecessário dispêndio de tempo e de dinheiro. Assim, caso a prova documental seja suficiente para, pelo menos, indicar o dano e sua extensão, é desnecessária a produção de perícia em sede de inquérito.

Quando, de fato, a perícia for indispensável para a conclusão da investigação, o Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público deve *elaborar quesitos*, de modo que oriente o trabalho do *expert* e demonstre o que se busca com a prova pericial. Os quesitos, além de *especificidades acerca* dos dados buscados, devem perquirir acerca da responsabilidade pelo dano e sua extensão. Ante a natureza inquisitiva e investigatória do inquérito civil, *não há que se falar em nomeação de assistente ou em indicação de quesitos pelo investigado ou pelo representante*, sob pena de se tornar ainda mais complexa e demorada a conclusão do laudo.

Vale registrar que apenas as questões *não jurídicas devem ser objeto de análise técnica pericial*, já que o enquadramento e o tratamento jurídicos da questão ficam sempre a cargo do presidente do inquérito civil. A perícia será necessária quando a solução do feito depender, por exemplo, da análise de documentos contábeis, de projeto básico que instrua procedimento de licitação ou de edital que trate de questão eminentemente técnica. O Ministério Público de Minas Gerais conta com um corpo técnico, atualmente lotado na Central de Apoio Técnico, habilitado para a realização de análises periciais. Existe, ainda, a alternativa de se requisitar apoio de outros órgãos públicos com habilitação técnica.

Apesar de respeitáveis posições contrárias, atualmente já se encontra pacificado o entendimento de que o Ministério Público não pode ter acesso direto a *dados acobertados por sigilo bancário, sendo necessária, para tanto, a prévia autorização judicial.* É importante destacar que, de acordo com a doutrina mais autorizada, o *sigilo bancário* é a "[...] obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional".[4)]

As decisões judiciais acerca da questão, apesar de vedarem reiteradamente aos membros do Ministério Público o *acesso direto a dados bancários, ressaltam, em geral, o caráter relativo do sigilo, o qual, em prol do interesse público e por meio de medida judicial, pode ser quebrado.*

Em relação ao *sigilo patrimonial*, ao contrário, decorre de diploma legal a possibilidade de acesso direto do Ministério Público, tendo-se em vista que o art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar Federal nº 104/01, estabelece que:

> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.
> § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:
> I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
> II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Rogério Pacheco Alves, na obra *Improbidade Administrativa*, já mencionada, defende a prerrogativa ministerial de acesso direto aos dados resguardados por sigilo patrimonial, ancorando seu entendimento na norma legal acima transcrita e nos seguintes fundamentos:

> Por fim, ressalte-se que de acordo com o art. 198, § 1º, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01, os dados e informações em poder do Fisco podem ser disponibilizados não só ao atendimento de requisição judicial como também ao atendimento de solicitações de 'autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja

> comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa' (inciso II), preceito que, por evidente, torna disponíveis à pessoa jurídica de direito público lesada e ao Ministério Público tais informações patrimoniais.[5)]

A *questão ainda é controversa nos Tribunais Nacionais*, que têm mostrado resistência ao acesso direto a tais dados pelo Ministério Público. Assim, a não ser que o presidente do inquérito civil, por meio de prévio contato com a autoridade responsável pela custódia de tais informações, verifique sua disponibilidade em fornecê-las ao Ministério Público, é recomendável que sejam requeridas judicialmente.

No entanto, na esfera do patrimônio público, em especial nas investigações relativas a atos de improbidade administrativa, deve-se atentar para a peculiaridade referente à obrigação do agente público de entregar sua declaração de bens e de seus familiares ao ente público a que se vincula, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.429/92. Tendo em vista que tais informações se justificam especificamente na necessidade de controle administrativo e, ainda, por ser informação arquivada no departamento de pessoal de órgão público, não há nenhuma dúvida de que essa informação pode ser diretamente requisitada pelo presidente do inquérito civil.

Deve-se, ainda, atentar para a *desnecessidade de requerimento judicial de quebra de sigilo bancário ou patrimonial quanto a informações acerca de contas bancárias titularizadas por pessoas jurídicas de direito público ou por entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido de forma expressiva, ou, ainda, caso a verba investigada tenha origem pública.* Em tais hipóteses, o membro do Ministério Público deve requisitar diretamente os dados cabíveis à instituição bancária, a qual tem o dever de fornecê-los ao presidente do inquérito, sob pena de desobediência.

O *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento de mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil em desfavor do Procurador-Geral da República, já proferiu decisão sobre o tema, no seguinte sentido:

> […] 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/93. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário[…]

Vale destacar ainda que, caso se mostre necessária a *quebra judicial de sigilo fiscal, financeiro ou bancário*, o membro do Ministério Público *deverá fazê-lo de forma fundamentada, comprovando a existência de investigação a respeito da questão e indicando os elementos que evidenciam a suspeita de enriquecimento ilícito*. Em face da excepcionalidade da medida, juntamente com os fundamentos, o presidente do inquérito civil deve *especificar as informações desejadas, declinando o período e as contas ou pessoas sobre as quais requer as informações.* O provimento judicial se limitará a ordenar que as informações bancárias e fiscais sejam enviadas ao órgão responsável pela investigação.

O pedido, no entanto, é simples e não possui natureza jurídica de medida cautelar, não seguindo, portanto, o rito prescrito pelo art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Uma vez que a quebra constituirá ato instrutório da investigação, o *requerimento judicial não se sujeita a contraditório*, possuindo procedimento similar ao do pedido criminal de busca e apreensão.

Merece transcrição a ementa de acórdão do *Superior Tribunal de Justiça*, acerca da natureza inquisitiva do pedido de quebra de sigilo:

> […] 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes.

É importante destacar que, na busca da otimização dos meios de investigação, o Ministério Público pode contar com o *compartilhamento* de provas, que consiste na utilização, no inquérito civil, de provas obtidas em

inquéritos policiais ou processos criminais, ainda que de natureza sigilosa. Em análise ao Inquérito 2245, que apurava o *mensalão*, o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, permitiu que as provas colhidas naquele inquérito fossem usadas por membros do Ministério Público Federal para a oferta de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Segundo o Ministro Relator, "por serem imprescindíveis para o ajuizamento das competentes ações de improbidade administrativa contra os indiciados", as provas, com exceção daquelas obtidas por interceptação telefônica, poderiam ser usadas para as finalidades da Lei nº 8.429/92. As provas referentes a interceptações, por óbvio, não poderiam ser compartilhadas para finalidades civis, uma vez que se trata de meio de prova exclusivo para a apuração de infrações penais.

As representações referentes a dano ou ameaça de dano ao patrimônio público tratam comumente de vários fatos relacionados a um único agente ou servidor público. Nesses casos, após a competente análise do teor da notícia, é aconselhável que se instaure um procedimento para cada um dos fatos noticiados, sob pena de tumulto na colheita de provas. A *separação acerca do objeto da investigação também poderá ser feita durante a tramitação do inquérito*, quando ele será desmembrado em tantos quantos forem os fatos que investigar. O *despacho de desmembramento deve ser fundamentado*, indicando as informações e documentos a serem juntados, bem como as diligências por realizar em cada um dos procedimentos desmembrados, autuando-se nova portaria para cada um dos feitos, que receberão registro autônomo no Sistema de Registro Único, criado pela recente Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 14 de dezembro de 2007. O desmembramento e a autuação de mais de um inquérito são muito comuns quanto a *relatórios feitos por Comissões Parlamentares de Inquérito*, as quais investigam toda uma administração ou setor, sendo recomendável, em tais casos, que para cada um dos atos danosos ao erário ou violadores da moralidade pública se instaure um inquérito, ainda que o investigado seja comum a todos os fatos.

A atribuição investigativa é do Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da comarca em que se deu o dano, a ameaça de dano ou a violação aos princípios constitucionais, em atenção à busca da eficiência. Na verdade, terá atribuição para investigar o órgão de execução imbuído da atribuição judicial. O critério atende ao princípio da eficiência, já que a colheita de provas e a conclusão do inquérito se tornam mais céleres quando atua o membro do Ministério Público sediado no local dos fatos. Em suma, pode-se dizer que a definição da atribuição de investigação se dá pelo local dos fatos.

A Resolução nº 23 *do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao disciplinar o inquérito civil*, trouxe importantes inovações às atividades investigativas do *Parquet*. Pela primeira vez, a matéria recebeu *tratamento de âmbito nacional, prescrevendo formas de controle e de publicidade.* A regulamentação se mostrava necessária e teve o condão de racionalizar a atuação extrajudicial. Além disso, a resolução inovou quanto ao prazo para conclusão das investigações, estabelecendo, no art. 9º, que:

> Art. 9º. O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.
> Parágrafo Único. Cada Ministério Público, no âmbito de sua competência administrativa, poderá estabelecer prazo inferior, bem como limitar a prorrogação mediante ato administrativo do Órgão da Administração Superior competente.

O tratamento da matéria é extremamente relevante, prestigiando *a busca da eficiência e da celeridade.* O procedimento de investigação não poderá se estender indefinidamente e, passado um ano de sua instauração, a investigação prosseguirá, caso existam sérios fundamentos a demonstrar tal necessidade. A regra impõe a busca de uma rápida solução para o feito e exige do membro do Ministério Público a criteriosa análise do andamento da investigação.

No *Ministério Público de Minas Gerais*, a questão recebeu regulamentação semelhante na *Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3*, sendo certo, porém, que, em relação à *possibilidade de prorrogação*, a matéria foi tratada de maneira mais rígida, já que o ato normativo mineiro estabeleceu, no art. 12, § 1º e § 2º, o seguinte:

> § 1º O Conselho Superior do Ministério Público, ao apreciar a decisão a que se refere o caput, poderá

> requisitar os autos e, constatando ser infundadas as razões de prorrogação do prazo, poderá sugerir ao Procurador-Geral de Justiça que, na forma prevista no artigo 18, inciso XXI, alíneas 'f' e 'g', da Lei Complementar nº 34/94, designe outro órgão de execução para a ultimação dos trabalhos, sem prejuízo de acompanhamento da hipótese pela Corregedoria-Geral do Ministério Público.
> § 2º O Conselho Superior do Ministério Público, verificando a inobservância do disposto nesta Resolução, proporá, se for o caso, as medidas cabíveis à Procuradoria-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Não há nenhuma dúvida acerca da importância da pioneira regulamentação em todas as áreas de defesa dos direitos difusos e coletivos, mas, na seara do patrimônio público, a limitação de prazo para término das investigações importou um significativo avanço, já que, em face de seu volume e de sua complexidade, é comum que elas demandem um prazo maior para sua conclusão. Com a regulamentação, no entanto, tal prazo passou a ter uma estimativa razoável, o que impede o alcance da prescrição nas ações de responsabilização civil e penal.

[1)] ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 562.
[2)] ALVES, Rogério Pacheco. Obra citada, p. 570.
[3)] STJ, RHC nº 11.888/MG, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19/11/01, p. 291.
[4)] COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário. p. 69.
[5)] ALVES, Rogério Pacheco. Obra citada, p. 581.

9.2.2. Inquérito civil e a dignidade da pessoa humana

Tratamento a ser dispensado às partes envolvidas em inquérito civil – Presunção de inocência – Controle e acompanhamento social dos atos ministeriais

Todo o desenvolvimento do inquérito civil público deve ter por objetivo, unicamente, a busca de subsídios ao Promotor de Justiça para formação de sua *opinio actio.* Embora não seja condição de procedibilidade para ajuizamento de ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria[1)], tendo *natureza unilateral e facultativa*, o inquérito civil apresenta-se como *valioso instrumento a embasar a atividade ministerial, destinado que é à colheita de provas e elementos de convicção*, de modo a autorizar e balizar a tutela dos interesses e direitos a cargo do *Parquet*. Sua *natureza procedimental e inquisitiva* não dá ensejo à imposição de qualquer sanção ao seu final, mas, comprovada a ocorrência de fato ilícito e colhidos os elementos probatórios, *possibilita o manejo de ação judicial* para tanto, caso necessário.

A par disso, muitas vezes, a simples instauração de um procedimento investigatório, de qualquer natureza, e sua tramitação implicam diversas outras que devem ser da ciência do seu presidente e por este aquilatadas. Os temas referentes à defesa do patrimônio público, em geral ligados à atividade política, despertam interesses de diversas entidades e segmentos sociais e, especialmente, dos órgãos da imprensa. Também não se devem esquecer os reflexos que qualquer investigação pode causar no meio social e familiar dos envolvidos. Diante desse cenário, não deve o Promotor de Justiça afastar-se dos ditames constitucionais que tratam da preservação da intimidade e proteção da dignidade da pessoa humana (esta última, fundamento do Estado democrático, conforme inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição da República).

Como já dito acima, corolário do princípio informador da administração pública, o inquérito civil também tem por *característica a publicidade.* Embora ela possa ser restringida (hipóteses de sigilo), *a regra é o acesso público aos autos do inquérito civil e ao objeto da investigação.* A condução das investigações, porém, deve levar em conta as consequências que pode ter a publicidade dada à instauração e à tramitação do procedimento.

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, consagra o *princípio da presunção de inocência.* Assim, a instauração de inquérito civil, por maiores que sejam os indícios do cometimento da irregularidade ou do ato de improbidade administrativa, não pode igualar o investigado à condição de condenado (ou ímprobo). Ainda que as provas iniciais sejam contundentes, somente ao final da investigação estará formada a opinião do órgão de execução e, portanto, nesse momento, poderá decidir o caminho a seguir: solução extrajudicial, propositura de ação civil pública ou arquivamento. No entanto, até que seja possível essa tomada de decisão, deve ser garantido ao investigado tratamento que não o coloque em situação mais gravosa que esta própria (a de investigado).

Essa linha de conduta tem grande importância na limitação da publicidade a ser dada às investigações, especialmente quanto a pronunciamentos a respeito delas. Tais pronunciamentos devem, além de ter por norte o não prejuízo à apuração dos fatos, ser limitados pela preservação da privacidade e dignidade do investigado. Não se quer com isso dizer que seja impossível qualquer referência ao fato investigado e ao seu indicado autor, o que contrariaria o princípio da publicidade. No entanto, as informações prestadas deverão ser apenas com o intuito de levar à comunidade o conhecimento dos fatos, evitando-se, sempre, afirmações impensadas, apressadas e/ou levianas, bem como a emissão de juízos de valor sobre fatos ainda carentes de apuração.

Não é à toa que as regulamentações internas do Ministério Público mineiro a respeito da condução do inquérito civil prescrevem determinações no sentido da preservação da imagem dos investigados. Assim, tanto o art. 11 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, como o § 3º do art. 42 da Consolidação dos Atos Normativos da Corregedoria-Geral do Ministério Público, prescrevem que o membro do Ministério Público, ao prestar esclarecimentos ou informações acerca de procedimentos a seu cargo, deve abster-se de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas, evitando emitir conceitos pessoais acerca de fatos e situações pendentes de apreciação judicial ou apurações extrajudiciais, sendo seu dever resguardar o estado de presunção de inocência de pessoas investigadas ou processadas.

No mesmo sentido, assim prescreve a Resolução do CNMP nº 23/2007:

> Art. 8º. Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público

> poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração dos fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo, de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

Além dessas, todas as medidas possíveis também devem ser tomadas, com o fim de resguardar a dignidade do investigado e seu status de inocência, constitucionalmente consagrados.

Quanto à *possibilidade de defesa ainda no curso do inquérito civil,* é certo que este tem natureza inquisitorial, não estando sujeito ao contraditório. Como já dito, sua função é de fornecer subsídios ao órgão de execução para a formação de sua *opinio actio*. Não tem o inquérito civil nenhuma função de impor a quem quer que seja sanção ou pena de qualquer natureza, razão pela qual a inexistência de contraditório em sua tramitação não viola a regra insculpida no inciso LV, do art. 5º, da Constituição da República, que assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos.

A esse respeito, deve ser destacada a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

> Somente em sentido lato se pode dizer seja o inquérito civil um processo administrativo; por isso, não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa que iluminam os processos judiciais e os processos administrativos em sentido estrito, nos quais: a) haja litigantes, partes ou acusados; b) se apliquem penas ou sanções; c) se decidam interesses controvertidos. Com efeito, se no inquérito civil não há imputação, pretensão ou exercício de ação, nele também não pode haver exercício de defesa.

> Assim, se a Constituição e as leis incumbem ao Ministério Público o dever de promover a ação civil pública em juízo, no zelo de relevantes interesses ligados à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e do consumidor e outros interesses difusos e coletivos, é natural que lhe caiba, como titular do direito de ação, o poder de investigar, por meio do inquérito civil, se existem os elementos de fato necessários para servir de suporte à pretensão a ser por ele ajuizada. Não sendo um fim em si mesmo, o inquérito civil não é contraditório.[2)]

Esse entendimento tem sido já adotado em nossos tribunais, tanto para o inquérito civil, como para o inquérito policial.[3)]

No entanto, tomando-se ainda por base o princípio da dignidade da pessoa humana, essa natureza inquisitorial tem sido mitigada para possibilitar, já no curso das investigações levadas a efeito em procedimentos administrativos como o inquérito civil, *oportunidade ao investigado de manifestação*, para dar a sua versão dos fatos, possibilitando-lhe, também, a apresentação de defesa, com alguma liberdade para produção de provas (apresentação de documentos, p. ex.). Hoje em dia, a oportunidade de manifestação do investigado no feito, bem como de apresentação de documentos e requerimento de provas, deve ser sempre considerada e ponderada, adotando-a quando viável.

Essa possibilidade, além de atender à ordem constitucional, efetivando a dignidade da pessoa humana, poderá contribuir para a elucidação dos fatos. Pode acontecer, especialmente no âmbito da defesa do patrimônio público, que a investigação (algumas vezes iniciada por representação de adversários políticos) siga um rumo delimitado pelo teor da representação e, então, que um fato tenha realmente a aparência de ilegalidade. Oportunizada a manifestação do investigado, suas explicações poderão alterar esse rumo, indicando ser outra a irregularidade/ilegalidade ou, ainda, a inexistência destas, diante de determinada prova de fato específico. O certo é que a oitiva, com a oportunidade de manifestação do investigado, é providência que se mostra alinhada à ordem constitucional e vem sendo consagrada cada vez mais, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Mais uma vez, merece destaque a lição de Mazzilli:

> O que pode ocorrer, não de forma necessária, mas apenas se convier, é que o presidente do inquérito resolva facultar ao investigado uma bilateralidade consentida em alguns atos determinados. Tomemos estas hipóteses como exemplo: o Ministério Público não está bem instruído se é ou não o caso de propor a ação civil pública, se houve ou não o dano, se a fundamentação do autor do requerimento de instauração

> do inquérito civil procede ou não. Nesses casos, como em outros, ouvir o requerido e facultar-lhe a produção de provas pode ser extremamente conveniente ou às vezes até mesmo necessário.
> […]
> *Entretanto, os limites da intervenção do investigado no inquérito civil hão de ser cautelosa e discricionariamente fixados pelo presidente das investigações, sempre tendo-se em conta não se prejudicar a natureza e o escopo do procedimento. Por isso, não tem o investigado o direito de exigir seja ouvida esta ou aquela testemunha, ou seja produzida tal ou qual prova pericial, por exemplo. A conveniência ou o cabimento de cada prova, requerida pelo interessado, serão avaliados discricionariamente pelo presidente do inquérito civil.*[4)]

Além da conveniência do próprio Ministério Público, de que até agora falamos, ainda há o outro lado da questão. Em alguns casos, o próprio investigado, com o interesse de se precaver contra possível ajuizamento de ações que considere injustas, pode comparecer ao inquérito civil assistido por advogado, quando de sua inquirição pelo Promotor de Justiça; pode ainda oferecer documento, peticionar ou sugerir a produção de provas – que serão deferidas ou não conforme o prudente arbítrio do presidente do inquérito. E, muitas vezes, a produção dessas provas, na fase preliminar, poupará muitos custos para a administração da Justiça, evitando o ajuizamento de ações desnecessárias ou infundadas.

Percebida a necessidade de oitiva do investigado durante as investigações em inquérito civil, importa destacar o momento mais adequado para tanto. Deve-se procurar nisso o equilíbrio entre a garantia constitucional e a eficiência e o fim das investigações. Sendo assim, *via de regra, a oitiva do investigado deverá ser feita ao final do procedimento*, de modo que possibilite que lhe sejam expostos todos os fatos já levantados, para que possa oferecer resposta a eles. Igualmente, a oitiva ao final impedirá que o investigado, tomando conhecimento dos fatos, venha a interferir na colheita futura da prova (que, a rigor, já deve estar encerrada), intimidando testemunhas, produzindo documentos falsos ou mediante qualquer outro artifício do gênero.

A este respeito, deve ser destacada a regra do § 2º do art. 8º da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, que prescreve que, ao ser *notificado, o investigado deverá ser cientificado dessa condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado e de trazer os subsídios que entender necessários ao esclarecimento dos fatos.* Sem dúvida alguma, essa norma extrai sua validade do comando constitucional de garantia da dignidade humana, sem retirar a natureza inquisitorial do inquérito civil público.

Por fim, há de ser dito que, embora deva ser analisada a possibilidade com prudência e diante das vantagens que possa trazer às investigações, a *opção do Promotor de Justiça em não ouvir o investigado ou em não lhe oportunizar qualquer meio de defesa* não acarreta nulidade do inquérito civil ou de qualquer prova nele produzida, dada a natureza inquisitorial do procedimento. Trata-se, assim, de medida possível, mas não obrigatória. De mais a mais, qualquer prova que possa ser requerida pelo investigado ou que, requerida, seja indeferida pelo Promotor de Justiça, poderá ser produzida em juízo, em momento adequado.

Além disso, todas as *demais pessoas que, de qualquer forma, estejam envolvidas na investigação* (representante, testemunhas, *etc.*) devem ser respeitadas na sua dignidade e privacidade, sendo-lhes dispensado tratamento respeitoso. Não se deve expor desnecessariamente aqueles que tenham desenvolvido algum papel nas investigações.

O *representante*, principalmente quando solicitado, deve ter resguardada a sua identidade. A divulgação do responsável por levar os fatos ao conhecimento do Ministério Público nem sempre auxilia na apuração destes. Isso, ao contrário, em algumas hipóteses, poderá importar prejuízo à elucidação do objeto da investigação (ameaças e retaliações ao representante, p. ex.), até com prejuízo à segurança pessoal do representante. Poderá também inibir a iniciativa daqueles que tenham conhecimento de irregularidades no âmbito da administração pública e queiram solicitar a atuação ministerial. Enfim, poderá prejudicar as investigações de inúmeras formas. Deve, assim, o representante ser tratado como aliado do Ministério Público na busca da verdade, ainda que, ao final, seja possível concluir que ele agira de má-fé ou por interesses escusos, afastado da intenção de proteção ao patrimônio público. Nesta última hipótese, porém, serão aplicáveis as sanções específicas previstas no ordenamento jurídico, inclusive de natureza criminal.

Mesmo no caso de *impertinência da representação* aviada ao Ministério Público, seja porque os fatos não configuram lesão ao patrimônio público ou ato de improbidade, seja porque são objeto de outra investigação, ou

já foram alvo de ação civil pública, ou estão por qualquer outro meio solucionados, os interesses e direitos do representante devem ser resguardados. Em especial, o art. 5º da Resolução CNMP nº 23/07 e o art. 7º da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 preveem a necessidade de decisão acerca do *indeferimento do requerimento de instauração de inquérito civil,* com ciência pessoal ao representante (e ao representado), oportunizando-lhe interposição de *recurso*, a ser apreciado pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), caso não haja reconsideração por parte do órgão de execução prolator da decisão. Garante-se assim, integralmente, o direito de acesso do cidadão ao Ministério Público, sendo-lhe assegurado o direito a uma resposta à sua solicitação, ainda que não acolhido seu pleito.

O mesmo há de ser dito em relação às testemunhas, peritos e a todos os que venham a desempenhar alguma função relevante no curso do inquérito civil. Deve ser dispensado a eles tratamento o mais respeitoso e cordial possível, como verdadeira expressão da igualdade garantida pelo texto constitucional.

Também nas *diligências externas* a serem realizadas, deve-se ter em mente a aplicação do mesmo princípio. Embora diferentemente das questões ambientais, em que elas são uma constante (perícias, avaliações, inspeções, *etc.*), na defesa do patrimônio público, dependendo do curso e do objeto das investigações, é possível que se mostre necessária a realização de diligências externas, fora dos limites da Promotoria de Justiça. É o caso, por exemplo, de cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão (de documentos, computadores e outros objetos, *etc.*). Como já exposto no tópico anterior sobre a colheita de provas, muitas vezes a requisição para apresentação de documentos ou informações, com todo o rigor que a lei lhe imprime (por exemplo, quanto aos prazos mínimos para acatamento), não atingirá o fim buscado no inquérito civil, possibilitando a ocultação de provas ou, até mesmo, a *confecção* de documentos que venham a dar aparência de legalidade a versões ou argumentos defensivos apresentados. Nesses casos, o ideal é que se busque ordem judicial para obtenção do necessário à elucidação dos fatos de forma direta. Evidentemente, a chave para o sucesso de tais iniciativas está em seu sigilo, tanto que assim devem ser tratadas, na medida do possível, também no âmbito do Judiciário. No desenvolvimento de tais atividades, munido do respectivo mandado, o Promotor de Justiça deve, sempre que possível, acompanhar o desenvolvimento da diligência, que, não raras vezes, há de ser cumprida no interior de órgãos públicos ou empresas. A presença do Promotor de Justiça servirá para dar segurança ao Oficial de Justiça encarregado do cumprimento do mandado, evitando tentativas de intimidação por parte de terceiros, até mesmo de outras autoridades, o que poderia frustrar os objetivos da diligência. De outro lado, o Promotor de Justiça deverá atuar na *coordenação* da atividade, tendo por finalidade coibir abusos, apresentando-se como espécie de interlocutor para a solução de eventuais conflitos que possam surgir, solucionando-os sempre com atenção à melhor técnica jurídico-processual. Estando à frente da diligência, também deverá o Promotor de Justiça aquilatar o melhor momento e forma de repassar informações à imprensa, limitando-se a esclarecimentos que não comprometam o curso das investigações. Em toda diligência, ainda, é necessário evitar atitudes que caracterizem *excesso de exposição*, tanto do Promotor de Justiça, quanto das demais pessoas envolvidas na investigação (em especial, o representante e o investigado). Tais atitudes pouco ou nada contribuem para a conclusão das investigações, e podem acarretar prejuízos pessoais injustificáveis.

Nunca é demais ressaltar que, como já referido, o fim último do inquérito civil sempre deve ser, única e exclusivamente, propiciar ao Promotor de Justiça a formação de sua convicção diante de fato oferecido a seu conhecimento, atingindo assim o desiderato constitucional estampado no art. 129, inciso III, da Carta Magna. Para isso, deve o órgão de execução servir-se de todos os meios legalmente permitidos que estejam ao seu alcance. O desenvolvimento das atribuições segundo uma linha de respeito e urbanidade em nada compromete a operosidade e não constitui omissão ou leniência; ao contrário, além de obediência aos princípios e fundamentos da Constituição da República, expressa o cumprimento a deveres impostos pelos incisos VI e IX do art. 43 da Lei Complementar nº 34/94 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais). A busca da preservação do patrimônio público, em todas as suas vertentes, como missão constitucional, deve pautar-se invariavelmente pelo respeito aos direitos e garantias também constitucionalmente consagrados, sem espaço para abusos ou vaidades de cunho pessoal.

[1)] Art. 1º, parágrafo único, da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03, de 14 de dezembro de 2007.

[2)] O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 191-192.

[3] STJ, REsp. 476.660, 2ª T, j. 20/05/2003; STJ, REsp. 644.944, 2ª T, J. 17/02/2005; STF, HC 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.8.04, DJ de 24/9/04; STF ADI 1.285-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/10/95, DJ de 23/3/01.

[4] Obra citada, p. 193-194.

9.2.3. Instrumentos extrajudiciais de solução - Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e recomendação

Como já destacado, a atuação extrajudicial apresenta inúmeras vantagens, sobretudo na defesa do patrimônio público, em que as demandas judiciais tendem a se eternizar por causa dos inúmeros recursos e expedientes previstos na legislação processual civil, da peculiaridade de alguns temas em discussão, que ensejam, na maior parte das vezes, a realização de provas periciais, entre outros percalços. Resta, então, analisar alguns aspectos importantes dos instrumentos dessa atuação, em especial o termo de ajustamento de conduta (TAC) e a recomendação, com seus contornos e particularidades.

Se a atuação extrajudicial mostra-se ampla e praticamente irrestrita em outras áreas – como na defesa do meio ambiente, por exemplo –, na defesa do patrimônio público essa forma de atuação encontra óbices, especialmente quanto a matérias insuscetíveis de transação, dada a indisponibilidade do objeto.

Nesse sentido, sempre que a matéria envolver a caracterização de ato de improbidade administrativa, haverá séria limitação à celebração de um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) ou a qualquer outra forma resolutiva extrajudicial. O § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 *veda expressamente a transação no âmbito da ação de improbidade administrativa.* Por consequência, não é possível transacionar quanto à prática de tais atos, sujeitos às disposições da Lei nº 8.429/92, sendo imperioso o desenvolvimento do processo judicial para imposição das sanções ali dispostas. Nem será possível ao Promotor de Justiça dispor quanto à caracterização do ato ímprobo, sua ocorrência, limites, *etc., negociando* sua penalização ou não, ou sua tipificação de tal ou qual forma; nem será também juridicamente possível transacionar sobre a aplicação de quaisquer das sanções legalmente previstas. Ainda que o investigado, em ato um tanto quanto impossível e improvável, concorde em voluntariamente submeter-se a qualquer das sanções restritivas de direitos, ainda que a mais branda, não poderá celebrar um termo de ajustamento de conduta que o proíba de contratar com o poder público ou que o suspenda de seus direitos políticos, por qualquer período. Dessa maneira, a caracterização de ato de improbidade administrativa, devidamente demonstrado, impedirá a completa solução da questão através de meios extrajudiciais, impondo a propositura de ação judicial com vistas, ao menos, à imposição das sanções respectivas.

Embora haja a limitação acima exposta, esses instrumentos de atuação extrajudicial poderão ser utilizados quando, ao lado da prática do ato de improbidade administrativa (atacável, unicamente, pela via judicial), também houver necessidade de alguma providência no âmbito da defesa do patrimônio público *lato sensu*, ou seja, quanto à gestão da coisa pública em si. Assim, além da caracterização do ato de improbidade administrativa, poderá ser necessária também a anulação de um ato administrativo, a rescisão de contrato(s), a vedação a determinada prática administrativa comum, *etc.* Nesses casos, poderá ser usado tanto o TAC quanto a recomendação, como via extrajudicial para solução da questão para o futuro, adequando a gestão da administração pública às normas legais e/ou impedindo novas lesões ao patrimônio público, com a cautela de, expressamente, ressalvar a possibilidade de responsabilização pelos atos de improbidade administrativa já consumados. Ter-se-á, portanto, a vantagem da solução mais célere pela via extrajudicial, sem abdicar-se da busca pela imposição das sanções decorrentes da conduta ímproba, que obriga o manejo da via judicial, limitando-se assim, porém, o objeto da lide.

Esse procedimento também terá cabimento quando o *objetivo do TAC ou da recomendação (mas principalmente do primeiro) for o ressarcimento ao erário de valores irregularmente gastos ou qualquer forma de recomposição de prejuízos causados.* Ainda que dificilmente ocorra[1)], é possível que o administrador aceite assumir a obrigação de reparar um dano patrimonial causado por má gestão ou ressarcir um valor irregularmente despendido. Mesmo que haja a caracterização de ato de improbidade administrativa correlato, nada impede que, de pronto, seja o patrimônio público recomposto, por via extrajudicial, reservando-se à ação judicial a busca pela imposição das sanções de natureza restritiva (suspensão de direitos políticos, proibição temporária de contratar com o poder público ou de auferir benefícios fiscais ou creditícios, *etc.*).

Por fim, caracterizado o ato de improbidade administrativa, mas estando prescritas as sanções dele decorrentes, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.429/92[2)], somente restará a providência de buscar-se o ressarcimento integral do dano porventura causado, dada a imprescritibilidade deste (art. 37, § 5º, da Constituição da República). Nessa hipótese, estará aberto o caminho para a utilização dos meios extrajudiciais para a solução da questão, visto que prescrita a pretensão só atacável pela via judicial.

Vale destacar também que, apesar de haver na prática, muitas vezes, *confusão entre a pessoa do administrador e o órgão público envolvido*, ela é fruto, tão somente, do desvirtuamento dos conceitos jurídicos e da tradição pouco democrática brasileira. As personalidades não se confundem, assim como as obrigações e responsabilidades. Isso tem importância na medida em que na celebração de um termo de ajustamento de conduta, em regra, o compromissário é o órgão público, representado pelo administrador, enquanto na ação judicial por ato de improbidade administrativa esse último é o requerido, respondendo pessoalmente pelo ato. Assim, poderá o município celebrar um TAC para a solução de determinado problema decorrente, por exemplo, de um contrato administrativo irregular, comprometendo-se a regularizá-lo, enquanto, judicialmente, o Ministério Público busca a responsabilização do agente público pela prática do ato de improbidade, ou seja, pela contratação. Estarão, assim, abrangidas todas as vertentes da defesa do patrimônio público: a boa gestão da coisa pública, a retidão da administração pública e a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa na condução desta administração.

Além das questões relativas à prática de ato de improbidade administrativa e às limitações dela decorrentes, é importante ter sempre em mente a *natureza dos interesses em questão*, quando se trata da atuação na defesa do patrimônio público. Como se sabe, vige no direito brasileiro o *princípio da indisponibilidade do interesse público*. Sendo assim, nem sempre será possível resolver as questões pela via extrajudicial, uma vez que esse princípio impõe sérios limites à *negociação*, tão comum na celebração de ajustamentos de conduta.

Porém, se a indisponibilidade do interesse público impõe limitações à negociação e, por consequência, à celebração de TACs, não o faz de forma absoluta, de modo que impeça a ocorrência desses termos de ajustamento. Na verdade, tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido ser possível flexibilizarem-se os rigores de tal princípio, quando essa flexibilização se mostrar a melhor alternativa para a preservação desse mesmo interesse público. É que a *indisponibilidade do interesse público tem seu fundamento na supremacia deste sobre os interesses particulares, também princípio próprio da atividade administrativa.* Sendo assim, se for mais conveniente ao interesse público a celebração de um ajuste de conduta para a solução de determinada situação prejudicial ao patrimônio público, poderá instalar-se a negociação entre as partes, evidentemente dentro de certos limites.[3)]

A *negociação*, nesses casos, poderá estabelecer-se, por exemplo, quanto à fixação de prazos para a adequação e à forma de se concretizá-la, mas nunca quanto ao abrandamento de determinações legais. Exemplificativamente, constatada uma irregularidade na celebração de determinado contrato, mostra-se plenamente possível a celebração de termo de ajustamento de conduta em que se estabeleça prazo razoável para sua rescisão e, se for o caso, forma de efetivação da reparação do dano causado, com a restituição dos valores pagos em função do dano (ressalvada sempre, como dito acima, a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa, se houver). Do mesmo modo, poderá uma recomendação fixar prazo para seu atendimento, de modo que ajuste a prestação do serviço às normas legais, por exemplo.

Não é demais destacar que essa negociação estabelecida deverá atentar para o que seja exequível e, tratando-se de ajustes feitos com agentes políticos, para a conveniência ou não da extensão das obrigações além do prazo previsto de seu mandato. A celebração de TACs com assunção de obrigações a serem cumpridas, em sua integralidade ou não, pelo sucessor pode mostrar-se, de acordo com o caso concreto, menos favorável ao interesse público e ter antes a conotação de um prêmio ao infrator que terá praticado a irregularidade e deixará ao seu sucessor a obrigação de desfazê-la, impondo-lhe, muitas vezes, um pesado e injusto ônus, verdadeira *herança maldita.*

Em resumo, no âmbito da defesa do patrimônio público, assim como nas demais áreas relativas aos interesses difusos, a utilização dos instrumentos de atuação extrajudiciais é sempre recomendável. No entanto, em vista das particularidades dos casos, especialmente quanto às vedações ou impedimentos à transação, deve ser bem analisada a situação para que se possa chegar à solução da questão, sem que isso represente mitigação de normas legais de conteúdo e força cogentes.

Ultrapassadas as questões acima, especialmente as limitações quanto ao objeto, algumas outras merecem atenção.

Quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, deve ser observada fielmente a sua forma contratual, figurando, de um lado, o Ministério Público ou tomador do compromisso, e, de outro, o

compromissário, deixando bem expressos e delimitados os direitos e obrigações do compromissário, sobretudo quanto aos prazos concedidos, quando for esse o caso.

Da mesma forma, é de suma importância o estabelecimento de *mecanismos de controle da execução*. Neste particular, convém que as *obrigações sejam divididas em partes,* de modo que possibilite o acompanhamento passo a passo, detectando-se, imediatamente, qualquer eventual inadimplemento. Ao contrário, a fixação de obrigação única, indivisa, com prazo único para cumprimento, importa graves prejuízos à fiscalização, uma vez que, caso o compromissário ou seu representante pretendam descumpri-lo, somente ao final será possível constatar, colocando em risco ainda maior o patrimônio público tutelado.

Também de grande importância é que esses mecanismos de controle da execução, sempre que possível, sejam atribuídos, como obrigação, ao compromissário. Assim, por exemplo, firmado ajuste para exoneração de servidores irregularmente admitidos ou rescisão de contratos ilegais, mostra-se importante o estabelecimento da obrigação de, após o término do prazo, serem enviados à Promotoria de Justiça os documentos comprobatórios da prática do ato (atos/portarias de exoneração ou termos de rescisão dos contratos).

Outro ponto importante diz respeito ao *estabelecimento das penalidades* para o descumprimento das obrigações assumidas. Evidentemente, não há possibilidade de assinatura de qualquer termo de ajustamento de conduta, em que haja o estabelecimento de obrigações a serem cumpridas pelo compromissário, sem que seja fixada sanção para o caso de inadimplemento delas. Se isso acontecesse, inútil seria o ajuste, dado que, caso descumprido, só restaria ao órgão de execução a alternativa de buscar perante o Judiciário o seu implemento, sem nenhum poder coercitivo extrajudicial. É de fácil percepção que o estabelecimento de obrigação sem fixação de sanção para o inadimplemento não apresenta poder coercitivo, tornando-se "letra morta". A *finalidade da multa ou cláusula penal* é, antes de mais nada, impor o cumprimento da obrigação, agindo como meio de coerção. A multa não substituirá nunca a obrigação, mas atuará como *astreinte* para forçar seu adimplemento.

Tido, então, como obrigatório, o estabelecimento da cláusula penal não pode representar prejuízos ao próprio patrimônio público, o que seria, de fato, um contrassenso, uma vez que o fim último da atuação ministerial é sua preservação. Em determinados casos, o estabelecimento de multa por inadimplemento a ser suportada unicamente pelo órgão público, ao contrário de atingir seu fim coercitivo, pode implicar, sim, prejuízos a esse mesmo órgão, decorrentes de ato ou omissão de seu representante. *O ideal, assim, é que, ainda que solidariamente, seja o representante legal do órgão público posto na condição de responsável pela multa.* Essa alternativa pode gerar grande indagação, especialmente pela fixação de um responsável pela multa (administrador) diverso do responsável pela obrigação (órgão público, pessoa jurídica). Entretanto, sendo expressamente estabelecida no texto do TAC a solidariedade, a multa passa a ser exigível, obrigando aquele que a firmou.

Feito dessa forma, deve-se atentar para as *alterações subjetivas na administração.* Expirado o mandato, por exemplo, de determinado agente político, substituído por outro, deve ser este chamado para que adira ao TAC firmado pelo antecessor, responsabilizando-se por eventual multa incidente a partir do início de seu mandato. É certo que o novo administrador poderá não concordar com a assinatura do aditivo, responsabilizando-se solidariamente pela multa. Nesses casos, mesmo após todo o exercício de convencimento por parte do Promotor de Justiça, não poderá ser compelido a tanto, até porque não se comprometeu no documento original. Ainda assim, a tentativa terá sido válida, como meio de levar ao conhecimento da nova administração os termos do compromisso anteriormente assumido, permanecendo intacta a obrigação da pessoa jurídica de direito público interno. Evidentemente, as obrigações do administrador anterior quanto à multa solidária estarão restritas ao seu período de administração ou mandato.

A *assinatura de termo de ajustamento de conduta pressupõe a existência de inquérito civil público ou procedimento administrativo assemelhado que lhe dê suporte.* Não é possível sua elaboração e assinatura como documento autônomo, dada a necessidade de *controle finalístico* por parte do Conselho Superior.[4)]

Além disso, em função desse controle, deve ser comunicado ao Conselho Superior *eventual suspensão do inquérito civil* em razão do TAC firmado, o que normalmente ocorre pelo prazo necessário ao cumprimento das obrigações assumidas. Não há necessidade, como pensam alguns, de homologação pelo Conselho do ajuste entabulado pelo órgão de execução, sendo o controle feito *a posteriori*, se cumpridas as obrigações, quando da

apreciação da promoção de arquivamento. A *comunicação da suspensão*, porém, mostra-se obrigatória, até porque, havendo o fato, suspensos estarão os prazos para encerramento do procedimento preparatório ou do inquérito civil[5].

Estando o feito registrado por meio do *Sistema de Registro Único de Inquéritos Civis e Procedimentos Preparatórios (SRU)*, criado pela Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, essa comunicação é automática, mediante o lançamento obrigatório de tais ocorrências (art. 18, § 1º, da citada Resolução).

Embora suspenso o inquérito, poderá o órgão de execução promover as diligências e medidas que entender necessárias à garantia de futura e eventual execução do TAC, bem como tomar providências para apurar seu eventual descumprimento, sem que isso importe revogação da suspensão.

Por fim, dispõe o § 4º do art. 18 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007 que *o TAC*

> […] conterá, sempre que possível, o necessário mecanismo que propicie sua ampla divulgação, o que deverá ser feito com vistas ao esclarecimento à comunidade, atentando-se para a objetividade e a garantia dos direitos dos interessados.

Quanto à *recomendação*, seu fundamento legal está no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, repetido no art. 67, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 34/94, e tem aplicação sempre que se mostrar necessária a adequação ou a melhoria dos serviços públicos, buscando ajustar o comportamento dos agentes públicos aos princípios informadores da administração Pública. O *objetivo primordial da recomendação* será prevenir a prática de atos contrários ao Direito ou corrigir eventuais desvios administrativos. Diferencia-se do Termo de Ajustamento de Conduta quanto à forma, por tratar-se de ato unilateral, originado do órgão de execução, que, à vista de determinados fatos e fundamentos (que devem ser expostos em forma de *considerandos*), recomenda ao órgão público ou ao administrador que tome determinada conduta, praticando determinados atos ou abstendo-se de certa prática irregular. Não há aqui assunção de obrigações por parte do órgão ou agente público, sendo essa a marca de sua *unilateralidade.*

Baseia-se a recomendação no poder de autotutela da administração e na correlata possibilidade de esta rever seus atos independentemente de determinação judicial. Assim, expedida a recomendação, expostos os fundamentos que determinam a conduta irregular ou a prática vedada, o poder público, acatando-a, fundado em seu poder de autotutela, promove a revisão do ato impugnado, volvendo a ação administrativa à legalidade.

Dada a sua *natureza unilateral*, não há estabelecimento de nenhuma multa em caso de não atendimento, redundando este na tomada de providência que se mostre mais drástica, sobretudo no ajuizamento de ação civil pública.

Deve ser *fixado prazo para análise e manifestação* sobre seu atendimento ou apenas para este (atendimento), com vistas a estabelecer período no qual será aguardada a solução *voluntária* e a partir do qual outra providência será estudada e tomada.

Nessa mesma linha, Hugo Nigro Mazzilli expõe que as recomendações, embora não tenham caráter vinculante, por não estar a autoridade destinatária juridicamente obrigada a acatá-la, têm *grande força moral* e, até mesmo, implicações práticas. Para o autor, embora não esteja a autoridade obrigada a cumprir os termos da recomendação, ela passa a ter o dever de divulgá-la e dar resposta escrita ao Ministério Público, fundamentando sua decisão. Sendo assim, poderá o Promotor de Justiça, após a expedição da recomendação, promover o controle do ato administrativo, com base na fundamentação exposta pela autoridade para adotá-la ou não, tanto para o caso dos atos vinculados, como para os discricionários (quanto a estes últimos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes).[6]

Outra finalidade da recomendação é o estabelecimento do conhecimento por parte do agente público de determinada irregularidade no âmbito da Administração. Expedida a recomendação, acatada ou não, não será mais possível ao administrador alegar o desconhecimento daqueles fatos, seja em sede de inquérito civil, seja em ação civil pública ajuizada. Terá, então, nesses casos, a função de explicitar o prévio conhecimento, evitando um dos meios mais comuns de defesa: o desconhecimento da irregularidade.

Por disposição expressa do parágrafo único do art. 19 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07, *é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.* Sempre destacando a possibilidade de solução extrajudicial da questão por via da recomendação, só uma interpretação se mostra possível para tal dispositivo. A vedação em tela seria a expedição de recomendação com objeto idêntico ao de TAC já firmado ou ação civil pública já proposta. Dessa forma, firmado TAC ou proposta ação judicial, a recomendação estaria afastada como instrumento de solução da questão, sendo impossível que dê ensejo à rescisão daquele ou à desistência desta. Todas as questões deverão ser resolvidas através dos mecanismos postos à disposição para fazer valer as obrigações assumidas no ajuste de conduta, inclusive a partir de novo ajuste, consubstanciado em termo aditivo, ou pelos meios processuais pertinentes, inclusive quanto à celebração de acordos no curso do processo (ressalvada a vedação para transação em relação às ações de improbidade administrativa – art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92). A não se adotar essa interpretação, estaria esvaziada a importância da recomendação, por não aceitá-la como instrumento hábil a solucionar questões passíveis de solução pelo TAC ou por ação judicial, que seriam sempre exigidos.

Feita essa observação quanto à inaplicabilidade da recomendação quando já firmado termo de ajustamento de conduta ou já ajuizada ação civil pública, o acatamento à recomendação, assim como o cumprimento integral do termo de ajustamento de conduta firmado, importarão o arquivamento do inquérito civil, dada a resolução da questão pela via extrajudicial, salvo necessidade, ainda, de providência complementar.

---

[1] Como já destacado acima, essa hipótese será praticamente impossível na prática, uma vez que o administrador, ao aceitá-la, estará assumindo, implícita ou explicitamente, a prática de um ato de improbidade administrativa e, ainda que assuma de imediato a obrigação de reparar o dano, terá sobremaneira dificultada sua defesa em ação judicial a ser proposta posteriormente. Porém, trabalhando apenas hipoteticamente, é interessante o destaque a essa possibilidade.

[2] Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

[3] A este respeito, vide RE 253.885, Rel. Min. Ellen Grace, julgamento em 04/06/02, DJ DE 21/06/2002.

[4] Quanto a esta questão, merecem destaque as considerações feitas no tocante ao arquivamento no tópico a seguir.

[5] Noventa dias, prorrogáveis por igual período, uma única vez, para o procedimento preparatório; e um ano, prorrogável por igual prazo, e quantas vezes forem necessárias, para o inquérito civil (conforme art. 2º, § 5º, e art. 9º da Resolução CNMP nº 23/07, e art. 2º, § 6º, e art. 12 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07).

[6] Obra citada, p. 337-338.

9.2.4. Arquivamento do inquérito civil ou procedimento

Desenvolvido o inquérito civil público até o seu final, não se recolhendo elementos suficientes para a propositura de ação civil pública ou solucionada a questão por meio de qualquer dos instrumentos extrajudiciais acima expostos, caberá ao órgão de execução promover o arquivamento do procedimento.

A promoção de arquivamento, que *desafia controle obrigatório pelo Conselho Superior do Ministério Público* (CSMP), nos termos do art. 9º da Lei nº 7.347/85, deverá conter relatório dos fatos investigados e das diligências desenvolvidas, exposição clara das razões do convencimento do órgão pelo arquivamento e as providências finais. Da promoção de arquivamento deve constar também, como decisão tomada no curso do inquérito civil, a *possibilidade de recurso*, bem como o endereço do órgão recursal – Conselho Superior do Ministério Público.[1)]

Em relação a estas últimas providências, merecem destaque a *baixa no registro* respectivo e a *cientificação dos interessados quanto ao arquivamento*[2)]), que deve preceder à remessa ao órgão colegiado (CSMP).

A baixa no registro deverá ser providenciada tanto para os casos em que o controle já esteja sendo feito pelo SRU, como para aqueles em que o registro é feito pelo método tradicional, por meio de livros de controle da Promotoria de Justiça. Sua função é de manter atualizadas as informações do órgão de execução e da unidade administrativa para fins de estatística e controle, bem como possibilitar o acompanhamento por quem quer que seja, evidenciando o princípio da publicidade. Deve então ser anotada a decisão tomada (arquivamento), assim como sua data e, sempre que possível, de modo sucinto, as razões que a embasaram.

Já em relação à *comunicação aos interessados*, sua finalidade, além de garantir a publicidade, é possibilitar uma forma de controle social, uma vez que, havendo discordância, poderão os cientificados arrazoar junto ao Conselho Superior, buscando a adoção de providência diversa. Entre os interessados a serem cientificados, estão o investigado e o representante, quando houver. Outros também poderão ser comunicados do arquivamento, conforme for o caso: o órgão público onde tenha havido o ato de improbidade, quando diverso o agente; os sucessores do investigado, quando este tiver falecido antes da conclusão das investigações, etc. Em resumo, deverão ser comunicados todos aqueles que tenham legítimo interesse na solução da questão, tido esse interesse como o interesse jurídico, na acepção processual do termo, não se confundindo com interesses meramente pessoais, políticos ou de qualquer outra natureza. Destarte, sempre que vislumbrado algum interesse juridicamente legítimo na solução da questão investigada, inclusive dando ensejo a interesse em arrazoar de forma diversa perante o Conselho Superior do Ministério Público, deverá haver a prévia notificação do interessado, a fim de que, tomando ciência da convicção do Promotor de Justiça e de sua opção pelo arquivamento do feito, adote a postura que entender mais conveniente.

Estabelecidos aqueles que deverão ser cientificados, a comunicação deve ser feita de forma inequívoca; assim, em caso de comunicação *por via postal, deve ser feita com comprovação do recebimento (AR)*. Caso a comunicação por via postal seja frustrada ou se mostre desaconselhável por qualquer motivo, a via a ser eleita deverá ser *a comunicação pessoal, por meio de diligência a ser feita pelo Oficial do Ministério Público*, que detém atribuições legais para tanto, até mesmo para certificar a respeito da cientificação. Impossibilitada a notificação pessoal, deverá ser providenciada a *publicação na imprensa oficial ou a afixação da comunicação no órgão do Ministério Público, mediante lavratura de termo próprio.*[3)]

Promovido o arquivamento e cientificados os interessados, os autos do inquérito civil deverão ser remetidos, no prazo de três dias a contar da cientificação, ao *Conselho Superior do Ministério Público*, para apreciação e análise da promoção de arquivamento elaborada, com sua homologação, determinação de diligências complementares ou designação de outro órgão de execução para atuação no inquérito, se entender que as investigações devam prosseguir.

Questão de suma importância diz respeito ao *arquivamento implícito.* Muitas vezes, o objeto do inquérito civil abrange diversos fatos. Embora não seja aconselhável a reunião de vários fatos num mesmo procedimento investigatório, é plenamente possível que ela ocorra, redundando num só inquérito com mais de um objeto de investigação. Dessa maneira, por questão de lógica, é possível que, ao final das investigações, somente para um ou mais objetos ou investigados reúna o órgão de execução elementos para propositura de competente ação judicial. Nessa hipótese, em relação aos demais objetos ou investigados, haverá a necessidade de

promover-se o arquivamento das investigações, com todas as particularidades acima postas. É que o sistema normativo vigente, em especial *a Lei nº 7.347/85, não reconhece como válido o arquivamento implícito, decorrente da não inclusão de todos os fatos sob investigação na providência tomada.*

Nesses casos, portanto, deverá o órgão de execução determinar o *desmembramento do procedimento*, criando novos autos somente em relação aos fatos não incluídos na providência anteriormente tomada (judicial ou não), para que, assim, promova o arquivamento desses autos, deduzindo as razões de seu convencimento nesse sentido e submetendo sua decisão ao controle do órgão colegiado superior (CSMP). *O desmembramento pode ser operado*, então, pelo desentranhamento das peças e documentos que digam respeito exclusivamente aos fatos ou investigados sujeitos ao arquivamento ou, ainda, por fotocópias, de acordo com o que se mostrar mais conveniente para a instrução, tanto da ação judicial proposta, como para a explicitação do convencimento do Promotor de Justiça quando da análise do arquivamento pelo órgão colegiado.

A *impossibilidade de arquivamento implícito* tem sua razão de ser no princípio da publicidade, constitucionalmente consagrado, além da necessidade de controle dos atos do Promotor de Justiça através do Conselho Superior. Não fosse dessa maneira, estaria aberto um caminho para a burla a tal princípio e às obrigações dele decorrentes, numa espécie de decisão irrecorrível e secreta, o que, evidentemente, não encontra amparo no sistema jurídico-constitucional vigente.

Nessa linha de raciocínio, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 expressamente veda o arquivamento implícito, prevendo, em seu art. 16, a forma a ser adotada quando se estiver diante de tais situações, ou seja, a promoção de arquivamento com obediência a todas as disposições pertinentes, como se nenhuma providência pudesse ser adotada.

Vale ser dito, igualmente, que nada impede que, diante de determinada investigação mais volumosa e complicada, sejam feitos *arquivamentos parciais* em relação a fatos que restarem totalmente esclarecidos, continuando a investigação quanto aos demais. Nessas hipóteses, deverá o Promotor de Justiça adotar providência semelhante à anteriormente apresentada, ou seja, determinar o desmembramento do inquérito civil com os documentos pertinentes ao fato objeto de arquivamento (em originais desentranhados ou por fotocópia), elaborando promoção de arquivamento que, satisfeitas as exigências legais, deverá ser remetida ao Conselho Superior para apreciação e, se for o caso, homologação.

Diante de uma *investigação que se mostre exageradamente complexa*, a promoção de arquivamentos parciais é medida salutar, atenta à dignidade da pessoa humana e ao princípio da eficiência. Em relação à primeira, porque o investigado tem o direito de ver sua questão resolvida e, se comprovada a inexistência de elementos que justifiquem qualquer providência em relação à sua pessoa, mantê-lo sob investigação pode causar maior constrangimento, que seria injustificável, além de prejuízos de ordem moral e material. Quanto ao segundo, porque, excluídos aqueles fatos cuja investigação já estiver concluída, o procedimento tenderá à menor complexidade, facilitando até mesmo conclusões relativas ao restante do objeto da investigação.

É de se dizer que, do mesmo modo, os *inquéritos civis que se mostrem resolvidos mediante termos de ajustamento de conduta devidamente cumpridos ou recomendações acatadas* devem ser submetidos à promoção de arquivamento, com as mesmas exigências e requisitos já expostos. Trata-se mais uma vez de exteriorização do princípio da publicidade e do controle, tornando coerente, lógico e eficaz o sistema normativo. Tanto é assim que, como já dito, não só os termos de ajustamento de conduta, como também as recomendações, somente podem ser firmados no âmbito de um inquérito civil ou de procedimento assemelhado, vedando-se a sua existência autônoma, o que implicaria falta de controle *a posteriori.*

Por fim, *arquivado um inquérito*, é possível que *surjam novas provas ou que fato novo relevante enseje a reabertura das investigações.* Regulamentando a matéria, a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07 fixou *prazo* de seis meses após o arquivamento para desarquivamento do inquérito civil. Ultrapassado esse prazo, a investigação deverá ocorrer em novo inquérito civil, sem prejuízo das provas já colhidas (art. 15). *Desarquivado o inquérito e reaberta a investigação*, não sendo colhidos elementos para propositura de ação, deverá ser promovido *novo arquivamento* e remessa ao Conselho Superior, tal como verificado no primeiro arquivamento.

[1)] Art. 22 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/07.

[2)] ENUNCIADO Nº 13: Ao propor o arquivamento de inquérito civil ou das peças de informação, antes da remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, o Promotor de Justiça deverá dar ciência de sua decisão à parte interessada, tanto a que levou o fato ao conhecimento do Promotor de Justiça, quanto a que foi investigada. Na notificação dessa decisão, deverá ser explicitado que os interessados poderão apresentar razões escritas ou documentos que serão juntados aos autos do inquérito civil ou anexados às peças informativas até a sessão do Conselho Superior do Ministério Público na qual será apreciada a promoção de arquivamento. (Notas: (*) Aprovada a reformulação na 15ª Sessão Ordinária, realizada em 06/08/07: publicação no Diário Oficial: ..... Republicado em ..... (*) Texto anterior aprovado na 12ª Sessão Ordinária, realizada em 09/08/99: publicação no Diário Oficial: 13/08/99. Republicado em 09/10/2004 face determinação do Conselho Superior do Ministério Público em 13/09/2004, 14ª Sessão Ordinária.

[3)] Art. 13, § 1º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 03/2007.

9.2.5. Reflexo em outras áreas de atuação do Ministério Público

Embora a defesa do patrimônio público se dê de forma mais intensa através de medidas na esfera cível, não podem ser esquecidas ou desprezadas as medidas no âmbito criminal.

Correlatos aos atos de improbidade administrativa, existem diversos crimes tipificados na legislação que, por se sujeitarem à ação penal pública, também são de titularidade do Ministério Público. Sendo assim, adotadas as medidas na esfera cível ou, ainda, extrajudiciais, devem os fatos ser analisados também sob o aspecto criminal, a fim de se verificar a ocorrência de eventual crime e, portanto, a necessidade de ajuizamento de ação penal, com oferecimento de denúncia.

A Resolução PGJ/MG nº 72/2006 confere expressamente às Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Cidadão a *titularidade das ações cíveis e penais* nos casos afetos à sua área de atuação, excluindo-se a atuação perante os Juizados Especiais (art. 1º, § 1º). Especificamente no caso das *Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Patrimônio Público*, prescreve que exercerá a titularidade da ação penal apenas em relação àqueles delitos verificados no âmbito de suas investigações e quando envolverem a participação de agentes públicos. A atuação, portanto, não se resume às providências extrajudiciais e, no âmbito judicial, à esfera cível. Verificada, ao final ou no curso de inquérito civil ou procedimento administrativo sob sua responsabilidade, a ocorrência de crime decorrente da ação lesiva ao patrimônio público (especialmente crimes contra a administração pública) em que haja participação de agente público, impõe-se a tomada de medidas adequadas pela Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público.

Assim, tratando-se de crime referente a caso afeto à defesa do patrimônio público em que haja participação de agente público, verificado em procedimento investigatório a cargo da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, a esta caberá a promoção da ação penal. Caso contrário, a atribuição será da *Promotoria de Justiça Criminal comum.*

Nesse particular, deve-se atentar para a questão relativa à *competência*, em especial a determinada *pelo foro por prerrogativa de função.* Não sendo hipótese legal de competência originária dos tribunais (por exemplo, Prefeitos, Deputados Estaduais), a denúncia deverá ser oferecida pelo próprio órgão de execução, junto ao juízo de primeiro grau, com base nas provas colhidas no inquérito civil (mediante extração de cópias, se for o caso), prescindindo-se de inquérito policial.[1)]

De outro modo, sendo hipótese de foro privilegiado, deverá o órgão de execução encaminhar cópia dos documentos necessários (quando não for o caso de cópia integral do inquérito civil) à Procuradoria-Geral de Justiça ou à Procuradoria de Justiça Especializada no Combate a Crimes de Agentes Políticos Municipais (se for o caso), para a tomada de providências junto ao Tribunal competente.

É de se destacar que, nesta última hipótese, deverão ser levadas em consideração todas as regras relativas à competência no processo penal, em especial quanto à conexão (probatória, inclusive), evitando-se o desmembramento de ações penais, com oferecimento de denúncia na primeira instância em relação a um ou mais réus e remessa de cópia para análise da conduta, exclusivamente, daquele detentor do foro privilegiado. *Sempre que por razões de conexão a lei impuser o estabelecimento de juízo único competente, deverá ser providenciada a remessa dos documentos ao órgão de execução adequado para oferecimento de denúncia única, evitando-se, com isso, atrasos e nulidades futuras.*

Ademais, devem ser destacadas as possibilidades de reflexos em outras áreas de atuação do Ministério Público ou a verificação de crimes que fogem à atribuição da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público.

Nesse aspecto, vale ser dito que nem todos os atos de improbidade administrativa estão a cargo da Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público. Nos exatos termos do § 3º do art. 1º da Resolução PGJ nº 72/2006, sua atribuição abrange a tomada de todas as medidas judiciais e extrajudiciais em relação aos atos de improbidade administrativa, à exceção daquelas que mantêm alguma relação com as outras áreas de atuação. Portanto, verificada, por exemplo, a prática de ato de improbidade administrativa decorrente de *violação de norma de natureza ambiental*, a atribuição será da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Meio Ambiente, e não do Patrimônio Público.

Assim, uma apuração no âmbito da defesa do patrimônio público pode acarretar, ainda, a comprovação de *fatos a cargo da defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural, da ordem econômica e tributária, etc., ou de atribuição da Promotoria de Justiça Criminal comum.* Também nessas hipóteses, deverá o órgão de execução encarregado da defesa do patrimônio público providenciar a cientificação dos demais órgãos, com remessa de todo o conjunto probatório existente e à disposição, possibilitando, desse modo, uma atuação uniforme e abrangente, consentânea com o princípio da unidade e indivisibilidade previsto no § 1º do art. 127 da Constituição da República.

[1)] A esse respeito, o STF já firmou posicionamento quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia com base em elementos colhidos em inquérito civil público, independente da questão relativa à possibilidade ou não de investigação criminal por parte do Parquet (HC 84.367, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 09/11/04, DJ de 18/02/05).

9.3. Atuação judicial do Ministério Público

Ante a constatação da necessidade de propositura de medida judicial na defesa do patrimônio público, tem o Promotor de Justiça à sua disposição, fundamentalmente, como mencionado alhures, *dois instrumentos processuais*: a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92). Abordaremos, primeiramente, as características da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, e, posteriormente, a ação civil pública.

Todavia, não se pode esquecer das *inúmeras outras medidas processuais cabíveis no âmbito da defesa do patrimônio público* à disposição do Ministério Público para o desempenho de sua missão constitucional (art. 129, inciso III, da CF/88). Nesse particular, merecem especial atenção as medidas cautelares, com base nos dispositivos do Código de Processo Civil.

Antes de tratar das ações civis públicas, porém, é preciso atentar para *alguns aspectos práticos da atuação Ministerial junto ao Poder Judiciário*.

De plano, é preciso definir qual é o órgão ministerial que detém *legitimidade para oficiar* nas variadas espécies de ações judiciais em tramitação. A celeuma sempre esteve presente no cotidiano ministerial. Para alguns, em todas as hipóteses de eventuais lesões ao erário, a Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público (Promotoria de Justiça do Cidadão – art. 61, inciso III, da LCE 34/94) deveria oficiar, ainda que não figurasse na condição de parte. Para outros, a Promotoria de Justiça Especializada só deveria oficiar quando protagonizasse a função de parte.

A controvérsia hoje está pacificada, pois a Administração Superior do Ministério Público editou o Aviso PGJ-ADM-JUR 001, de 15 de fevereiro de 2008.[1)] Destarte, a função de *custos legis não está afeta às Promotorias de Justiça Especializadas de Defesa do Patrimônio Público,* mas, sim, ao órgão de execução ministerial que oficia perante a respectiva vara na qual tramita a ação, cabendo às especializadas oficiar nas ações judiciais em que figuram como parte.

Nunca é demais dizer que, diante do processo judicial, em especial quando figura na condição de parte, é de rigor a observância pelo *Parquet* dos ritos procedimentais e dos prazos processuais[2)] e, como um todo, o exercício de um rigoroso controle sobre a tramitação e a colheita da prova, amealhando todos os elementos probatórios e aduzindo todos os argumentos fáticos e jurídicos que embasem a procedência dos pedidos postulados em juízo.

Em particular, quanto às *medidas cautelares*, de grande importância e larga utilização na defesa do patrimônio público, deve-se atentar para o disposto no art. 808, inciso I, do CPC. Segundo este dispositivo legal, cessa a eficácia da medida cautelar se não intentada a ação principal no prazo de trinta dias. Assim, por exemplo, manejada ação cautelar de busca e apreensão de documentos em órgão público, deve o Promotor de Justiça voltar seus esforços para a análise o mais breve do material, propondo, de imediato, as ações que já encontrem lastro probatório, sob pena de perda da validade da prova obtida a partir dos documentos apreendidos.

Por fim, não se pode olvidar que, em variados casos, a atuação em juízo não se limita aos aspectos da Lei nº 8.429/92 ou na esfera cível em geral, redundando, também, em consequências administrativas e criminais, devendo o órgão ministerial, afora a defesa da probidade administrativa e do patrimônio público junto ao juízo cível, se legitimado, adotar as demais medidas. Se não tiver atribuições, enviar cópias dos documentos, procedimento ou expediente aos órgãos que o sejam.

- 9.3.1. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa
- 9.3.2. Ação civil pública de defesa do patrimônio público
- 9.3.3. A casuística

[1)] Disponível em: http://www.mpmg.mp.br. Acesso em: 20 abr. 2008.

[2)] Art. 188 do Código de Processo Civil.

9.3.1. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Ao dispor sobre a administração pública, o constituinte de 1988 houve por bem positivar alguns princípios tidos como norteadores da atividade administrativa, fazendo-o, como já dito, no art. 37. Por sua vez, o § 4º desse mesmo artigo previu a imposição de sanções por atos de improbidade administrativa, com o objetivo de sancionar aqueles que, de alguma forma, viessem a atentar contra esses princípios ou contra as normas próprias do regime jurídico administrativo, prevendo a edição de lei especial regulamentadora.

De acordo com o referido art. 37, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

> [...]
> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação pena cabível.

Depois veio a Lei nº 8.429/92 (LIA), que dispõe sobre a prática de atos de improbidade administrativa suas características, consequências, entre outras particularidades, que merecem destaque neste trabalho.

O sujeito passivo

O art.1º da LIA e seu parágrafo único definem quais as pessoas jurídicas serão alcançadas (tuteladas) pelas sanções tipificadas.

O supracitado diploma legal pontua que os atos de improbidade podem ser praticados em desfavor da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação e custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, incluindo, também, os atos ímprobos praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Neste último caso, a sanção patrimonial limita-se à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A respeito do tema, bem resumiu o colega Emerson Garcia:

> Como se constata pela leitura do preceito acima (art. 1º da LIA), a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do agente, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/92, aqueles praticados em detrimento: a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.[1)]

O *espectro da norma* é amplo, denotando que o legislador pretendeu englobar todas as situações de dilapidação, desvio ou apropriação de valores, serviços ou vantagens de caráter público.Desse modo, independentemente da natureza da pessoa jurídica lesada, se houver numerário público envolvido, caberá a aplicação da LIA.

O sujeito ativo

O art. 2º da LIA, ao dispor sobre o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, preceitua que se reputa agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou

função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Mais uma vez, o legislador optou por *preceito amplo*, procurando trazer para o alcance da norma todo e qualquer agente público vinculado às entidades referidas no art. 1º da LIA, ou qualquer pessoa natural que manuseie ou tenha acesso a valores públicos. Portanto, o *critério* para definição do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa *está no exercício de função*, de qualquer natureza, junto às entidades que, de alguma forma, utilizem recursos públicos, protegendo-se, deste modo, o erário, o patrimônio público material. Nessa acepção, *fogem à categoria de sujeitos ativos* aqueles que, ainda que exerçam atividade que possa ser considerada como serviço público, não o façam sob o império das normas de direito público, administrativo, não havendo emprego de dinheiro público de qualquer forma. Nesse caso, não estarão abrangidos pelas disposições do art. 2º da Lei nº 8.429/92, somente respondendo, se for o caso, nas hipóteses do art. 3º, que serão analisadas a seguir.

Nesse sentido é o voto do Ministro Luiz Fux do *Superior Tribunal de Justiça*, no Recurso Especial nº 455.933:

> > Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão "agente público" possui expressivo elastério o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público [...]

Também *merece destaque outra decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça:*

> > [...] 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º da Lei nº 8.429/92: 'a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).[...][2)]

No art. 3º da Lei nº 8.429/92, sabiamente, o legislador incluiu nos preceitos legais a *figura de terceiros, estranhos aos quadros públicos*, mas que possam, por indução ou coparticipação, concorrer para a prática do ato, ou que venham a ser beneficiados de forma direta ou indireta.

> > Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A experiência permite afirmar que, quase na totalidade dos atos de improbidade administrativa, o agente público ímprobo atua contando com a indução (corrupção), coparticipação, ou visando, ainda, a beneficiar terceiras pessoas. Sendo, dessa maneira, firme na missão constitucional de defender o patrimônio público e a probidade administrativa, o legislador houve por bem estender também a essas pessoas os preceitos sancionadores da LIA.

Afere-se, vale repetir, que o legislador optou por *extenso rol de sujeitos passivos e ativos*, visando, por óbvio, a permitir a efetiva defesa do patrimônio público e a combater a nefasta figura dos atos de improbidade, sendo de rigor aos órgãos de execução insurgirem-se contra toda e qualquer tentativa de diminuição do espectro de abrangência da Lei nº 8.429/92.

Assim, tratando-se de defesa do patrimônio público contra os atos de improbidade administrativa, sujeitam-se às normas da Lei nº 8.429/92 todos aqueles que, a qualquer título, atuem em entidades que manipulem valores públicos, bem como os que com estes se associarem ou, simplesmente, vierem a ser beneficiados com a prática ilícita.

Merece especial atenção a questão relativa ao *agente político*. Em que pese a recente decisão do STF sobre o

ex-Ministro Ronaldo Mota Sandenberg (Reclamação 2.138-9), nenhum fundamento existe para a exclusão dos agentes políticos do âmbito de incidência da Lei nº 8.429/92, os quais se encontram abrangidos expressamente pelo disposto no art. 2º da LIA entre aqueles que exercem cargo por eleição. Nem mesmo a existência de disposições específicas quanto a *crimes de responsabilidade praticados por eles serve de argumento hábil a excluí-los da norma especial, uma vez que a natureza das sanções aplicáveis é diversa: nos crimes de responsabilidade, obviamente, de natureza penal; nos atos de improbidade administrativa, civil e política.* Aceitar a tese em contrário significa uma inexplicável diminuição do espectro de abrangência da LIA, em total contradição à *mens legis* constitucional e ao sistema formado a partir da Carta Cidadã de 1988.

O ressarcimento integral do dano

O art. 5º da LIA dispõe peremptoriamente que a *ação ou omissão que gerar prejuízo ao erário* (nas três esferas e em todas as hipóteses tratadas no art. 1º) *enseja a integral reparação do dano*.

A *reparação do dano*, aliás, como defendem alguns doutrinadores, *não se eleva à categoria de sanção propriamente dita*, embora explicitada nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, *pois pode ter lugar, mesmo que não se trate de ato ímprobo ou que as demais sanções já tenham sido acobertadas pela prescrição.*

O preceito ajusta-se ao ordenamento constitucional, uma vez que, tratando-se de *dano ao erário* (mesmo que fruto de ação ou omissão que não se insiram na categoria de atos de improbidade), o *eventual valor devido é indisponível e imprescritível*.[3)]

Anote-se que em qualquer caso a *Fazenda Pública* interessada deverá ser chamada para integrar a lide.[4)]

Elemento subjetivo (condutas culposas e dolosas)

O tema é árido e controvertido, notadamente no campo probatório.

Como premissa básica, é de se registrar que não incide nos atos de improbidade administrativa a responsabilidade objetiva.[5)]

Aplica-se aos eventuais atos ímprobos a *culpa subjetiva* e, obviamente, a *figura dolosa*, traduzida na vontade livre e consciente da prática do ato com o desiderato do resultado ilícito, comportando, a exemplo do Direito Penal, o *dolo específico*.

Como dito alhures, o grande problema repousa na prova, pois, a exemplo da seara penal, existe uma tênue linha entre a culpa e o dolo, direto ou eventual. Destarte, diante do caso concreto e havendo necessidade, apresenta-se interessante o *uso da Recomendação*[6)] para se precisar a eventual culpa ou dolo na conduta do agente. Assim, antes da eventual propositura da ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, pode o órgão de execução oficiante, obviamente *se o caso requerer e a situação fática permitir*, emitir recomendação para alertar o agente público sobre as questões fáticas e de Direito. *Persistindo na conduta, restará claro o dolo.*

Importante destacar que o órgão do Ministério Público deve promover, em sede de inquérito civil ou procedimento administrativo, todas as diligências para a total e completa elucidação dos fatos, especialmente no que tange ao dolo e à culpa, optando pelo arquivamento se emergir induvidosa a ausência do elemento subjetivo por parte do agente, quando exigido pela Lei para caracterização do ato de improbidade administrativa.

A propositura da ação exige o requisito da *justa causa*, ou seja, a probabilidade, ainda que pequena, de êxito do pedido[7)]. Preserva-se, deste modo, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, evitando-se *ações temerárias ou desprovidas de fundamento probatório mínimo.*

A competência

Felizmente já ocorreu o julgamento pelo STF da *ADI nº 2.797*, promovida pela CONAMP em face da imoral e teratológica *Lei nº 10.628/02*, a qual deu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal e tentou uma espécie de repristinação da Súmula nº 394, do Supremo Tribunal Federal, que prorrogava a competência pela

prerrogativa da função, mesmo após o agente público ter deixado o cargo, estendendo-a também às ações que tivessem por objeto a apuração de atos de improbidade administrativa.

Superada a controvérsia, que só se prestou a procrastinar os já demorados julgamentos das ações em curso, retornamos ao leito normal com a aplicação das disposições da Lei nº 7.347/85 (art. 2º) e da Lei nº 8.078/90 (art. 93).[8)]

Destarte, tratando-se de *dano local*, há incidência da regra geral prevista no art. 2º da Lei nº 7.347/85, sendo competente o juízo do local onde os atos ímprobos produziram seus efeitos, ao passo que na hipótese de dano regional se aplica a regra do art. 93 da Lei nº 8.078/90, sendo competente um dos juízos da capital do Estado.[9)]

Também interessante é a análise da *origem dos recursos públicos envolvidos*. Tratando-se de valores provenientes da União, de suas autarquias ou fundações, ou de quaisquer entidades da administração indireta, competente será a Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da CF/88. Entretanto, se tais *valores forem repassados a ente estatal do Estado ou do município, passarão a integrar o patrimônio destes e, desse modo, competente será a Justiça Comum Estadual.*

As sanções

A Lei nº 8.429/92 utilizou a expressão penas,[10)] gerando, a princípio, uma falsa interpretação de que as sanções da LIA teriam cunho penal. Sobre o tema, a lição de Teori Albino Zavascki:[11)]

> A suspensão dos direitos políticos por motivo de improbidade administrativa é hipótese nova no direito brasileiro, introduzida pela CF/88. À improbidade, tradicionalmente, cominavam-se sanções de natureza penal, ainda que com efeitos políticos. Mas, sempre em ação penal. Agora, a sanção não é penal. É civil ou, melhor dizendo, político-civil. Leia-se, com efeito, a CF, no § 4º do art. 37: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." Ora, essa circunstância - natureza não criminal da sanção - inova substancialmente na ordem jurídica, o que fica evidenciado no exame da Lei 8.429, de 02.06.1992, que, regulamentando o texto constitucional, dispôs sobre *as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.*

Optou o legislador, como já ponderado, por uma *gradação das sanções*, mas todas as hipóteses (arts. 9º, 10 e 11) dão azo a:

> I – ressarcimento do dano (para alguns tal hipótese não equivale a sanção propriamente dita, uma vez que mesmo ausente a declaração do ato ímprobo a reparação do dano é medida de rigor frente a culpa aquiliana);
> II – a perda de bens havidos ilicitamente;
> III – a perda da função pública;
> IV – a suspensão dos direitos políticos;
> V – a multa;
> VI – a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos, variando os prazos de acordo com a gradação legal.

Questão relevante, que despertou aceso debate doutrinário e jurisprudencial, recaiu sobre a *aplicação cumulativa ou não das sanções.* Para uns (corrente minoritária), as sanções devem, sempre, ser aplicadas de forma cumulativa. Para outros (corrente majoritária), no caso concreto, deve o juiz aplicar a sanção ou sanções mais adequadas, valendo-se da *proporcionalidade e da razoabilidade*.

A segunda corrente melhor expressa o pensamento do legislador, notadamente diante do parágrafo único do art. 12, que atribui poder discricionário ao juiz para fixação das sanções[12)]. No entanto, não há óbice a que o magistrado aplique, cumulativamente, duas ou mais sanções a um mesmo caso. Tal qual a obrigatoriedade da

aplicação cumulativa das sanções, a impossibilidade de cumulação diante do caso concreto posto em julgamento afronta a proporcionalidade e a razoabilidade. O que se deve buscar é a *aplicação da sanção que se mostre mais justa, mais adequada, como resposta ao ato praticado*, sendo eficaz à repressão e à retribuição pelo ilícito cometido e, ainda, como medida de proteção do patrimônio público lesado.

O processo judicial – questões procedimentais

Os arts. 16 e 17 da Lei nº 8.429/92 regulam o processo judicial das ações de improbidade, e mostra-se claro que é possível o manejo de ações ordinárias e cautelares[13], sem prejuízo da aplicação das demais sanções, especialmente das de natureza penal, respeitada a prerrogativa de foro.

A *ação principal*, nos termos do art. 17, e parágrafos, da Lei nº 8.429/92, segue o rito ordinário, com as *modificações constantes dos parágrafos ora citados, aplicando-se as normas do Código de Processo Civil*.

A *inicial*, então, submete-se ao regramento do art. 282 do Código de Processo Civil[14].

Em 2001, o legislador modificou o art. 17, § 7º, da LIA, criando uma espécie de *contraditório prévio* (juízo de prelibação), ou seja, a possibilidade de manifestação do réu antes do regular processamento da ação. Embora represente mais uma fase a ser superada para que se possa dar início ao processo com vistas a impor sanções aos autores do ato de improbidade administrativa, a medida impede o aforamento de ações descabidas, em especial daquelas que possam ter nítido viés político. Além do mais, felizmente, a *jurisprudência das Cortes Eleitorais*, notadamente do Estado do Rio de Janeiro, tem indeferido *pedidos de registro de candidaturas a mandatos eletivos quando os requerentes figuram como réus em ações civis pela prática de atos de improbidade ou penais, com o argumento de ofensa ao princípio da moralidade.* Logo, facultar-se o contraditório prévio é medida salutar e legitima decisões como a mencionada.

Questão prática interessante surgiu por ocasião da modificação legislativa acima referida, tendo se debatido se a *omissão do autor da ação, nos pedidos da providência do § 7º do art. 17 da LIA, trazia nulidade ou não*.

Alguns tribunais estaduais, principalmente no Rio Grande do Sul[15], chegaram a afirmar que sim. Porém *solução diversa (e majoritária) foi apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu que a omissão não nulifica qualquer ato, pois cabe ao juiz ordenar o andamento processual*.[16]

Não obstante a posição majoritária adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, *é de todo recomendável que se postule, de forma expressa, a regra procedimental alhures citada*, evitando-se eventuais procrastinações no andamento da ação com discussões na via recursal.

Prosseguindo na análise dos requisitos, é de suma importância o cotejo do § 6º do art. 17 da LIA com os incisos do art. 282 do Código de Processo Civil, ou seja, a *escorreita descrição dos fatos e dos fundamentos do pedido*. Exige o parágrafo citado que *a ação esteja lastreada em documentos e outras provas, ainda que de caráter indiciário*, que forneçam elementos de convicção mínimos do ato de improbidade[17]. Não se trata aqui de exigência de comprovação de plano do direito e dos fatos deduzidos em juízo, como num mandado de segurança, mas de obrigação de propositura da ação civil acompanhada com provas mínimas da plausibilidade da dedução em juízo. Nunca se deve esquecer a natureza da ação e das sanções que por ela se objetiva impor, bem como a atividade desenvolvida pelos que normalmente figuram como réus (de cunho político-eleitoral). Ademais, os reflexos de ordem pessoal para os réus, pelo simples fato de serem acionados através deste instrumento, podem ser gigantescos, ensejando maior rigor da lei processual e evitando as ações temerárias, de conotação meramente política.

Tem-se, portanto, um cenário de preservação do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, com livre acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), e de observância dos demais princípios e garantias fundamentais que, a par de eventual prática ímproba, não podem ser esquecidos.

Os outros requisitos gerais são igualmente de grande importância, e o seu preenchimento se impõe, sob pena de indeferimento, por inépcia, da petição inicial.

Quanto à *redação e estruturação da petição inicial*, embora sujeitas ao estilo de cada autor, merecem alguns comentários, frutos, em grande parte, da experiência e do cotidiano forense.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa – dada a sua tipologia, explicitada nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA – exige uma *minuciosa e criteriosa descrição dos fatos* (elemento subjetivo, nexo causal, montante desviado ou auferido, etc.). Nada impede uma exposição inicial genérica como introdução; ao contrário, pode ser de grande valia. Porém, insista-se, é necessário *descrever de forma minudente todos os fatos, amoldando-os aos dispositivos legais da Lei nº 8.429/92.*[18)]

Não se pode olvidar, também, que, a exemplo do processo penal, a *conduta de cada réu deve ser descrita, incluíndo-se grau de participação*, condição, vantagem auferida, enfim, todas as circunstâncias e desdobramentos que circundam a atividade fática.

Vale ponderar que a *descrição precária ou equivocada dos fatos* tem dado azo a um sem número de rejeições de iniciais.

Em recente julgado, ficou assentado:

> PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PETIÇÃO INICIAL – ART. 282, III, DO CPC – REQUISITOS PROCESSUAIS DA AÇÃO – EFEITOS – […] *Para isso há certas exigências, de cunho processual, que precisam transparecer na petição inicial que necessita estar apta ao estabelecimento da relação processual. Destarte, a peça vestibular deve ser precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada.* Dessa forma, os fatos, antes da citação, *devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer a sua defesa*. No caso em exame, a inicial não apontou o ato ilícito atribuído ao recorrente, a justificar a sua permanência na presente ação, na forma do art. 282, III, do CPC. *Com efeito, é ônus do autor da ação de improbidade administrativa apresentar na peça vestibular a indicação precisa do fato e dos fundamentos jurídicos da demanda, ou seja, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício de ilegalidade e a sua lesividade ao patrimônio público.* […]

Importante ainda pontuar que a *descrição dos fatos deve ser sóbria e objetiva*, evitando-se juízos subjetivos de valores. Deve-se tomar cuidado com as *manifestações subjetivas*, pois, em muitos casos, a defesa do réu tem manejado incidentes procrastinatórios, principalmente na Casa Correcional, arguindo a parcialidade do órgão de execução, entre outras situações. Assim, *adjetivos atribuídos ao agente* requerido, que extrapolem o necessário esclarecimento dos fatos em momento inicial ao juízo, como *corrupto, ladrão* e similares, devem ser evitados, uma vez que, sendo excedentes, em nada favorecerão o alcance dos objetivos buscados, podendo, muitas vezes, ensejar artimanhas processuais ou de cunho administrativo que tardarão ainda mais a solução da questão.

Finalmente, no que tange à descrição fática, *deve-se abolir uma prática viciosa de se iniciar a peça de ingresso com um tópico sobre a legitimidade ativa "ad causam".*

A *legitimidade do Ministério Público para a defesa do patrimônio público está mais do que consolidada na doutrina e jurisprudência, fruto da missão atribuída pelo art. 129 da Constituição da República*. Ademais, parece-nos um verdadeiro contrassenso começar uma inicial defendendo a própria legitimidade[19)]. Ao propor uma ação, o autor deve demonstrar estar certo de sua legitimidade, *agindo com naturalidade* em relação a ela. Se na petição inicial, quando deduz suas pretensões em juízo, já sentir necessidade de afirmar que detém legitimidade para estar em juízo, demonstrará, em sentido inverso, que essa mesma legitimidade é discutível[20)]. Afinal, não devem ser deduzidos em juízo fatos ou argumentos inúteis.

A postura do órgão de execução deve ser de firmeza quanto às suas atribuições e seus objetivos na ação, evitando, assim, que a defesa disponha de mais opções para impugnação, trabalhando para a celeridade do processo. Essa postura nenhum prejuízo causará, uma vez que, havendo questionamento por parte do requerido quanto à legitimidade, o autor terá oportunidade de manifestar-se em sentido contrário, afirmando-a. Havendo decisão em sentido contrário, restar-lhe-á a via recursal própria.[21)]

Tópico de capital importância diz respeito às *provas*, ou melhor, à produção das provas.

Como é curial, embora na *praxis* forense se utilize de um jargão[22], sabe-se que há três categorias de provas, quais sejam, a testemunhal, a pericial e a documental, além do depoimento pessoal (que, dada sua natureza jurídica, para alguns doutrinadores nem sequer pode ser rotulado como prova).

Destarte, não obstante a utilização do clássico jargão mencionado, é necessário *apontar, de forma clara, quais provas se pretende produzir*.

Cabe ressaltar que *as provas devem ser as necessárias, evitando-se uma dilação probatória que atrase a prestação jurisdicional*, lembrando-se sempre que as provas eventualmente amealhadas no inquérito civil ou procedimento administrativo podem e devem ser invocadas, com o cuidado de cotejá-las aos fatos descritos.

Especificamente quanto à *prova pericial* produzida no curso das investigações a cargo do *Parquet*, seja ela subscrita por perito do corpo do Ministério Público (CEAT), por perito nomeado ou por servidor de outro órgão público (Tribunal de Contas, por exemplo), terá valor de prova no feito judicial. Evidentemente, não tendo sido produzida sob o crivo do contraditório, não poderá ser considerada como *prova pericial*[23]. Entretanto, regular será *sua admissão como prova documental*, nos termos do que prescreve o art. 427 do CPC, com inegável valor de convencimento, dada a credibilidade de seu subscritor (perito oficial ou servidor público com fé pública), podendo ensejar, até mesmo, a dispensa da prova pericial pelo julgador. Assim, uma vez produzida satisfatoriamente no inquérito civil, sua renovação em juízo deverá, por via de regra, ficar a cargo da defesa do requerido, com todos os ônus decorrentes do requerimento.

O *valor da causa* também integra o rol do art. 282 do Código de Processo Civil (inciso V). Logo, é de rigor sua fixação.

Tratando-se de ações civis públicas por atos de improbidade, nas hipóteses dos arts. 9º e 10 da LIA, deve-se ter o cuidado de apontar-se o *valor do dano* (com correção e juros, se possível), além do valor da multa, pois incide a regra do art. 259, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nas hipóteses do art. 11 da LIA, quando, em regra, *não há dano palpável*, igualmente se deve atentar para a fixação de um valor que se componha de uma parcela referente ao pleito de reconhecimento do ato de improbidade (por exemplo, um piso nacional de salário), além da multa civil.

É preciso *abster-se do mau uso* de indicar nas causas jargões inadequados, como *valor inestimável e outros*, uma vez que, como dito alhures no art. 282, inciso V, combinado com o art. 259, e seus incisos, do Código de Processo Civil, reclamam *valor certo e determinado.*

Quanto ao *pedido*, deve-se destacar a pretensão do reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa e a imposição de todas as sanções que, em decorrência desse pedido, se mostrarem adequadas.

É possível, ainda, que se postule, na própria ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o *desfazimento, anulação, do ato administrativo* decorrente da atividade ímproba do requerido. Ter-se-á, nessa hipótese, verdadeira *cumulação de ações numa única,* todas, entretanto, com nítido objetivo de defesa do patrimônio público.

A propósito, vale destacar os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

> > Inobservados os princípios regentes da atividade estatal, ter-se-á a invalidade do ato e, ipso facto, a sua inaptidão para a produção de efeitos jurídicos. Tal circunstância decorre da própria natureza das coisas, pois não seria lógico que um ato que deveria auferir seu fundamento de validade no direito posto mantivesse sua eficácia quando em dissonância do seu elemento vitalizador. Ausente o alicerce legitimador, ausente estará a eficácia jurídica do ato. Apesar disto, a legislação infraconstitucional dispõe expressamente sobre a nulidade dos atos administrativos quando detectados determinados vícios, como é o caso dos atos lesivos ao patrimônio público (Lei nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular) e dos contratos administrativos celebrados com inobservância da normatização específica (art. 59 da Lei nº 8.666/93).
>
> > Identificada a nulidade do ato, nada impede e tudo aconselha que o autor da ação civil prevista na Lei nº 8.429/92 formule pedido no sentido de que ela seja declarada por sentença. Caso não o faça, o

> reconhecimento da nulidade do ato não integrará o dispositivo da sentença, servido unicamente para fundamentá-la, o que permitirá que o ato mantenha sua eficácia e que a matéria volte a ser discutida em nova relação processual.[24)]

O egrégio *Tribunal de Justiça de São Paulo*, enfrentando a questão, posicionou-se no mesmo sentido:

> […] duas são as ações aforadas em uma única peça, sob o mesmo rótulo de ação civil pública. A primeira, tem por escopo a anulação de lei e contrato dela resultante. A segunda, a responsabilização dos agentes públicos que deram azo ou permitiram que tal lei e contrato viessem a lume. Na primeira, persegue-se a defesa do patrimônio público. Na segunda, a responsabilização dos agentes, imputando-lhes a prática de atos de improbidade. Poderia o agravante ter aforado duas ações distintas, muito embora já se perceba que uma depende da outra e podem ser instruídas ao mesmo tempo, […] porque a Lei nº 8.429/92 ao regulamentar a improbidade administrativa permite o ajuizamento de ação civil, quer pela própria pessoa jurídica afetada, quer pelo Ministério Público" (TJSP, 2ª Câm. de Direito Público, AgI 19.281-5/3, São Carlos, Rel. Des. Linei Peinado, 27/05/1997, v. u.)

De igual modo, não obstante a Lei nº 8.429/92 possibilitar o manejo de ações cautelares preparatórias, as quais, após o aforamento, exigem a distribuição da ação principal por prevenção, nada impede que *pedidos liminares venham postulados no bojo da ação principal*[25)]. Na prática, quase na totalidade das vezes, os pedidos liminares são levados a efeito na própria exordial da ação civil pública proposta.

O art. 16, § 1º, da LIA possibilita ao órgão de execução do Ministério Público ou à procuradoria do órgão legitimado o *pedido de indisponibilidade ou sequestro*[26)] *de bens*, buscando a constrição judicial sobre bens e valores, com vistas à reparação do dano e aos demais desdobramentos da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa.

É preciso registrar que, na linha da remansosa *jurisprudência, o sequestro* só poderá alcançar o montante de bens e valores necessários para a reparação do dano e demais encargos, notadamente a multa civil. [27)]

Nada obsta, contudo, que a providência do "sequestro", assim como de todas as demais liminares, se dê no bojo da ação principal.

As *cautelares* se submetem aos clássicos requisitos legais do *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, como é curial, se traduz na plausibilidade do Direito invocado, donde surge a necessidade premente de colher-se elementos de convicção em sede de inquérito civil, ao passo que o "perigo da demora" também exige prova, ainda que indiciária.

Provado de forma cabal o dano, a indisponibilidade e o sequestro de bens são *medidas imperativas*, obviamente até o limite da responsabilidade (dano efetivo e multa civil). A tese encontra amparo em vários argumentos: em primeiro lugar, a indisponibilidade e o sequestro dos bens só atingirão o *montante suficiente para assegurar a responsabilidade* do agente público; em segundo lugar, a medida tem cunho acautelatório e não impede, frente ao caso concreto, que possa ser revista a qualquer tempo; e, em terceiro lugar, há de se aplicar aqui o vetusto, porém ainda vigente, princípio geral de Direito de que o interesse público se sobrepõe ao particular.

Infelizmente, a prática tem demonstrado que, em situações dessa natureza, o *agente público cujos bens não são declarados indisponíveis e/ou sequestrados "ab initio"*, no transcorrer da ação civil pública, *ao vislumbrar um desfecho desfavorável, dilapida-os ou, mais comumente, esconde-os, repassando para terceiros (laranjas)*. Esse quadro leva, na prática, à impossibilidade de ressarcimento, demandando um sem-número de outros processos judiciais, os quais quase nunca chegam a bom termo, pois o bem ou valores foram repassados para terceiros, alguns destes de boa-fé, ensejando a sua não restituição e à resolução em perdas e danos, voltando a proteção do patrimônio lesado à *estaca zero*.

É preciso levar em conta que não se trata de simples processo judicial para satisfação de valores pecuniários, quer fruto de dano, quer fruto de multa civil imposta, mas de um processo judicial no qual se perquire um ato administrativo ímprobo ou mesmo lesão ao erário em detrimento de toda a sociedade, o que impõe, de rigor,

um *tratamento mais consentâneo à realidade atual, dando azo até mesmo ao bloqueio de bens e valores amealhados antes da ocorrência da conduta eivada pela improbidade administrativa.*

Em julgado recente, o *Tribunal de Justiça do Paraná* assim decidiu:

> O art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa determina que, a indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, dirigindo-se à qualquer um deles, pouco importando se foram adquiridos antes, durante ou posteriormente à prática dos supostos atos de improbidade. Neste contexto, mostra-se prudente e recomendável o bloqueio dos bens pertencentes aos requeridos, dentre eles os do agravante, até que estejam devidamente esclarecidos os fatos e as alegações formuladas pelo Ministério Público, não se evidenciando ilegalidade ou arbitrariedade na decisão atacada. [...][28)]

Por óbvio, a medida acima *explicitada pode ter lugar em face de terceiros que não integram os quadros públicos*.

Por fim, sempre que for requerida e deferida, a medida de indisponibilidade ou sequestro de bens *deve ser efetivada judicialmente* através das providências disponibilizadas ao juízo por meio do sistema *BACENJUD*[29)], agilizando a concretização. Para tanto, mister o requerimento próprio e específico do órgão de execução, autor da ação, e ainda o acompanhamento da efetivação da medida após seu deferimento.

Com efeito, o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, possibilita[30)] à autoridade administrativa ou judiciária *afastar o agente público*[31)]*, sem prejuízo da remuneração*, quando a medida for necessária à instrução processual.

Como é cediço, tanto o afastamento, como a manutenção da remuneração do agente público, são temperados pelo princípio constitucional da presunção de inocência explicitado no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, que, embora de cunho penal, possui ampla aplicação nos demais ramos do Direito, incidindo, igualmente, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, o pedido liminar para afastamento do agente público há de encontrar amparo em prova ou, no mínimo, em indícios fortes e latentes de que, permanecendo no cargo, emprego ou função, o referido agente, valendo-se de sua condição, poderá tumultuar a instrução processual[32)], intimidando testemunhas, destruindo documentos, forjando provas, enfim, praticando qualquer ato que indique tumulto processual.

> Nesse sentido, recente julgado oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região: "[...] 3. No caso dos autos, inocorreu a antecipação dos efeitos da condenação com o afastamento dos Agravantes de seus cargos públicos, eis que há previsão legal determinando tal afastamento, sem prejuízo da remuneração, visando à proteção da instrução processual. [...]"(16)

Dada a natureza cautelar da medida, esta se submete aos *princípios da excepcionalidade e precariedade*, podendo ser revista a qualquer tempo[33)]. Assim, existe posicionamento, com apoio na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que, cessada a causa que determinou o afastamento, nada impediria o retorno do agente público.

Cremos, no entanto, que esse entendimento, embora embasado em fundamentos jurídicos, não deve ensejar o retorno automático e imediato do agente público afastado ao final da instrução, com o argumento de que não mais poderia prejudicar a produção da prova. Se, de forma cautelar, o agente público foi afastado com a finalidade de colher-se a prova e, finda a instrução processual, sobrevier contexto probatório hígido que aponte para a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, seria um contrassenso permitir seu retorno. Se antes do afastamento havia só indícios, agora existem provas colhidas, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa. Torna-se evidente, portanto, que a situação processual se agravou. Logo, com muito mais razão, o afastamento deve ser mantido, até porque, no desempenho do cargo, o agente pode criar provas buscando eventual absolvição futura, mesmo em sede recursal.

Deve-se ter em mente, além disso, os prejuízos à imagem do Judiciário e à compreensão popular que tal medida

pode causar, especialmente após uma condenação em primeira instância. Melhor, então, que, finda a instrução, se analisem os efeitos que podem advir do retorno do agente público afastado, antes de autorizá-lo, revogando-se a decisão anteriormente proferida; mostra-se mais coerente e lógico que seja o afastamento mantido quando colhidas provas no sentido da responsabilização do réu.

Legitimidade concorrente – intervenção do Ministério Público

Assim como ocorre em relação à ação civil pública (Lei nº 7.347/85), na Lei de Improbidade Administrativa a legitimação ativa do Ministério Público não impede a de terceiro (art. 17). Em ambos os instrumentos, se o Ministério Público não for parte, obrigatoriamente funcionará como fiscal da lei. No caso, o *terceiro legitimado é o órgão público do qual o autor do ato de improbidade administrativa é um de seus agentes públicos*. Neste caso, a função de *custos legis* será do órgão de execução que oficia perante o Juízo da Fazenda Pública.

Citação da pessoa jurídica interessada

Requerer, *na inicial, a intimação da pessoa jurídica interessada, em observância ao litisconsórcio ativo necessário* estipulado pelo § 3º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, atentando para a competência do juízo que, na grande maioria das vezes, será fixada em vara da Fazenda Pública.[34)]

Notificação preliminar

De acordo com o § 7º do art. 17, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.225-45/01, antes de o juiz receber a ação, deverão ser *notificados os requeridos* na ação civil pública *para apresentarem manifestação por escrito. Portanto, deverá o Promotor de Justiça pugnar pela observância deste dispositivo, embora de constitucionalidade duvidosa, como forma de evitar futuras arguições de nulidade.*

Aprovação das contas do órgão investigado

A não apreciação ou mesmo a aprovação das contas do órgão investigado pelo Tribunal de Contas *não impede a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público* (art. 21, II), sendo certo que o *controle exercido pela Corte de Contas é de natureza meramente orçamentária, financeira e contábil. O mesmo se aplica à aprovação das contas do Executivo pelo Poder Legislativo, até porque essa decisão é de natureza político-administrativa.*

A Carta Magna, ou qualquer outro texto legal, não conferiu às instâncias assinaladas condição de procedibilidade para o ajuizamento de medida judicial na defesa do patrimônio público.

---

1) Op. cit., p.155-156.
2) Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.
3) Art. 37, § 5º, da CF/88.
4) Art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92.
5) Esta é característica da responsabilidade estatal, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.
6) Art. 6º, inciso XX, da LC nº 75/93, art. 27, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, e art. 67, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 34/94.
7) Art. 17, § 6º, da LIA.
8) Embora óbvio, é necessário atentar para as disposições do art. 109, inciso I, da CF/88.
9) Importante atentar, no caso concreto, que se o dano recair sobre o sujeito passivo (art. 1º da LIA) localizado na Capital do Estado, local por certo onde se celebrou o contrato, mesmo que o dano seja único e tenha ocorrido em município de interior, o foro competente será o da Capital.
10) Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.429/92.
11) RJ nº 2001 Jul/2004, p. 118, acessível em Juris Síntese IOB (legislação atualizada e consolidada até 06/02/2008).
12) As sanções são graves; logo, diante do caso concreto, é preciso aferir a justeza das cominações. Não nos parece adequado decretar a perda de função ou do cargo público quando o ato ímprobo for de pequena monta, v.g., equívoco administrativo levado a efeito por culpa do agente público que ensejou a ocorrência da prescrição de dívida ativa de pequeno valor (art. 10, inciso X).
13) Em regra, os pedidos liminares são postulados na própria ação, mas, diante do caso concreto, nada impede o manejo de medidas cautelares preparatórias, v.g., produção antecipada de provas.

[14] Como é de conhecimento geral, a práxis de “nominar” a ação não é requisito da exordial, porém facilita o trabalho cartorário. Por isso, como se vem fazendo nesta obra, opta-se pela nomenclatura “ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa”.
[15] TJRS, Ap. Civ. 70009034315, 22ª C.Civ. j. 18/08/2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2008.
[16] STJ. Resp. 700.038, 1ª T., j. 04/08/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2008.
[17] Mutatis mutandis, a exigência equipara-se à justa causa reclamada para a ação penal, ou seja, demanda a existência de elementos de cognição mínimos que denotem que a ação proposta tem viabilidade.
[18] É de bom alvitre descrever os fatos e fazer uma tipificação clara, ou seja, este fato corresponde a este tipo, aquele evidencia descumprimento desse princípio da administração pública, etc.
[19] Se estamos dispostos a ingressar com a ação, é óbvio que reconhecemos nossa própria legitimidade.
[20] Ninguém ousa, por exemplo, destacar em juízo a legitimidade do filho menor, devidamente representado, para postular alimentos em face dos pais, porque é óbvia e decorrente do preceito constitucional. O raciocínio deve ser o mesmo.
[21] No caso de indeferimento da petição inicial, apelação.
[22] “Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos”.
[23] Embora de inegável valor na prática forense, a prova pericial não é obrigatória, ainda que se trate de matéria de alta complexidade (contábil, por exemplo), não estando, de qualquer forma, o juiz adstrito às conclusões do laudo pericial (art. 436 do CPC).
[24] In: Improbidade administrativa. Lumen Juris. p. 403.
[25] A terminologia, embora não muito técnica, visa distinguir das hipóteses quando há cautelar anterior, pois, tratando-se de ação única, não se deve falar em ação principal.
[26] Mais propriamente de arresto.
[27] Daí a necessidade de efetuar o cálculo da sanção pecuniária somando-a ao montante do eventual dano já apurado ou, na impossibilidade, de realizar a estimativa, pois o pedido deve ser certo e determinado.
[28] Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.
[29] Também conhecido como “penhora online”, trata-se de sistema informático desenvolvido pelo Banco Central que permite aos juízes solicitar informações sobre movimentação dos clientes das instituições financeiras e determinar o bloqueio de contas-correntes ou de qualquer conta de investimento. O sistema está disponível a todos os ramos do Poder Judiciário, mediante convênio assinado entre o Banco Central e os tribunais superiores, ao qual aderiram os tribunais regionais e estaduais, entre eles o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
[30] A lei usa a expressão poderá denotando discricionariedade do julgador, obviamente, regrada.
[31] Embora ainda impere certa celeuma, como dito alhures, entendemos que a expressão agente público foi empregada no sentido genérico, englobando todas as categorias de servidores, inclusive agentes políticos (quer fruto de mandato, quer fruto de investidura por concurso ou nomeação).
[32] A locução deixa claro que o afastamento pressupõe ação judicial aforada.
[33] Na prática, aplicam-se as mesmas situações das prisões cautelares, ou seja, não mais subsistindo os motivos ensejadores do afastamento, a medida excepcional pode ser revista e revogada.
[34] Sobre competência da vara da Fazenda Pública, ver item 1, seção I, cap. 2, tít. II. Observar que o art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92 foi modificado pela Lei nº 9.366/96 e, assim, quando a ação principal for proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65.

9.3.2. Ação civil pública de defesa do patrimônio público

Inicialmente, cabe esclarecer que são de natureza diversa a ação civil pública por ato de improbidade administrativa e a ação civil pública de defesa do patrimônio público. *A primeira tem por escopo a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, enquanto a ação civil, visando ao ressarcimento, objetiva a reparação do dano causado ao erário*. Cabe ainda o ajuizamento da ACP, quando se busca a suspensão ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público, ou quando se pretende obstaculizar os resultados lesivos decorrentes de leis municipais, estaduais ou federais de efeitos concretos, discutindo-se incidentalmente a constitucionalidade da norma.

Por conseguinte, analisando o ordenamento jurídico nacional, verifica-se que a ação civil pública de defesa do patrimônio público tem existência autônoma, sendo *regulada pela Lei nº 7.347/85* (Lei da Ação Civil Pública).

Neste passo, o *caput* da referida lei prevê o ajuizamento de ação para responsabilização por *danos morais e patrimoniais causados ao patrimônio público*:

> Originariamente, a Lei nº 7.347 limitava-se a fazer referência à responsabilidade por danos. A Lei nº 8.884, de 11/6/1994, deu nova redação ao art. 1º daquela lei, introduzindo os adjetivos morais e patrimoniais. O dano moral, cuja doutrina foi, de certo modo, construída lentamente, mereceu expressa referência constitucional com o advento da Carta de 1988. De fato, consta no art.5º, inc. V, ser assegurado o direito de resposta, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. O art.5º, inciso X, garante a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas assegurando o direito a indenização pelo dano, material ou moral, decorrente de sua violação. No exame deste último dispositivo, CELSO RIBEIRO BASTOS (ob. E vol. Cit.,p. 65) chega a afirmar que a novidade que há aqui é a introdução do dano moral como fator desencadeante da reparação, o que não era da tradição de nosso direito. Aduzimos nós que a grande inovação residiu em ser o dano moral considerado como fator autônomo para propiciar a reparação, tendo-se avançado e muito em relação à antiga doutrina segundo a qual aquele tipo de dano só seria indenizável se espelhasse prejuízo patrimonial.
> A alteração introduzida pela Lei nº 8.884/94 ao art. 1º guarda, por conseguinte, perfeita harmonia normativa com o perfil constitucional relativo ao dano moral. Na verdade, a redação anterior, referindo-se a danos, já ensejaria a interpretação de que o termo abrangeria também o dano moral. Não obstante, para dirimir eventuais questionamentos, decidiu inserir expressamente no dispositivo a qualificação morais ao substantivo danos. Dessa maneira, o autor, na ação civil pública, postulará a condenação do réu a uma indenização em dinheiro, ou a uma obrigação de fazer ou não fazer, seja patrimonial ou moral o dano que tenha provocado como causa de sua responsabilização.
> Diga-se ainda, por relevante, que o dano moral se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, no caso em foco dos indivíduos componentes dos grupos sociais protegidos. Sendo assim, pode-se afirmar que não apenas o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético. Os grupos sociais, titulares de direitos transindividuais, também o são. Assim, se for causado dano moral a um desses grupos pela violação a interesses coletivos ou difusos, presente estará o interesse de agir para a propositura de ação civil pública. O outro aspecto a ser considerado diz respeito à avaliação do dano moral. »Destituído de valor patrimonial intrínseco e com grau bem acentuado de subjetividade, o dano moral há de reclamar, em cada caso, especial aferição para receber o equivalente pecuniário, tarefa para a qual, com certeza, em muito contribuirão os diversos órgãos jurisdicionais responsáveis pela solução desses litígios."[1)]

Cabe lembrar que a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa foi prevista na Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que em seu art. 25, inciso IV, dispôs o seguinte:

> IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
> a)para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
> b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de

> > entidades privadas [...].

A competência

A fixação do foro competente da ação civil pública para defesa do patrimônio público é determinado pela norma do art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, combinada com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que existe uma relação de integração entre a LACP e o CDC, conforme enunciado pelo art. 21 da Lei nº 7.347/85 e pelo art. 90 do CDC.

Diante disso, a regra geral será que a *competência do foro determina-se pelo local da ocorrência do dano*:

> > PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA FORO DO LOCAL DO DANO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DA LEI 7.347/85.
> > 1. É competente para processar e julgar ação civil pública o foro do local do dano, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85 - Precedentes.
> > 2. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo Suscitante, da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão.[2)]

Ainda temos que, em se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, o foro será o da Capital do Estado ou do Distrito Federal, como disposto do CDC:

> > Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
> > I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
> > II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Litispendência entre ação civil pública e ação popular

Deve-se averiguar, no decorrer do inquérito civil público, se há ação popular tramitando na comarca com idêntico objeto, evitando-se eventual litispendência. Além disso, é recomendável o ajuizamento da ação civil quando, comparada com o objeto da ação popular já ajuizada, houver possibilidade de a postulação abranger pedido remanescente e com o último conexo.

Ressalte-se que o único instrumento competente para responsabilização do agente autor de ato de improbidade administrativa é a ação civil pública. Quer isso significar que, mediante ação popular, não há possibilidade jurídica de aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa, devendo o Promotor de Justiça oficiante na respectiva ação popular pugnar pelo saneamento do feito neste sentido.

Diversidade de pedidos entre a ação civil pública e a popular

Ao contrário da ação popular, em que o pedido está restrito à declaração judicial de nulidade do ato lesivo, lembrar que na ação civil pública pode ser postulado pedido de qualquer natureza, não apenas condenatório ou cautelar (art. 83 do Código do Consumidor, aplicável à defesa de outros interesses difusos e coletivos, em decorrência do art. 21 da LACP).

Logo, a ação popular não é instrumento competente para a aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Prestação de contas em convênios formulados por órgãos do executivo

Verificar que *ao Promotor de Justiça não cabe atuar como Procurador da Fazenda*. Os casos de mera ausência de prestação de contas em convênios formulados por órgãos do Estado não ensejam, a princípio, a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público. A legitimidade só se afigura com a absoluta constatação de omissão da autoridade administrativa na adoção das medidas administrativas e judiciais tendentes à preservação da coisa pública.

Recursos ou bens transferidos aos Estados e Municípios

Os recursos ou bens obtidos pelo Estado ou município, por força de convênios firmados com outros organismos públicos ou privados, são *automaticamente incorporados aos respectivos patrimônios*. Qualquer ilícito praticado nesse processo na esfera cível estará no âmbito das atribuições do Promotor de Justiça da respectiva comarca.

Saliente-se que a transferência de recursos entre entes públicos deve ensejar, no mais das vezes, *prestação de contas por parte do ente beneficiado*. A não prestação de contas, nesse caso, pode representar indícios de desvio de recursos públicos. Não basta a mera declaração de aplicação dos recursos sem documentos idôneos (notas fiscais e assemelhados) que demonstrem a aplicação dos aludidos recursos para satisfação de interesse público.

A exordial

Conforme a praxe na esfera cível, a *petição inicial* deverá atender os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, quais sejam: a) o juiz ou tribunal a que é dirigida; b) a qualificação das partes; c) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; d) o pedido com suas especificações; e) o valor da causa; f) as provas a serem produzidas pelo autor e g) o requerimento para citação do réu.

Vale a pena transcrever os comentários do Professor José dos Santos Carvalho Filho sobre a *instrução da inicial na ação civil pública*:

> No que tange à ação civil pública, o preceito do art. 8º estabelece que, para instruir a inicial, poderá o interessado requerer às autoridades competentes certidões e informações. Não disse a lei se tais documentos seriam tidos como indispensáveis para acompanhar a inicial. Disse apenas que o interessado poderá requerê-los às autoridades competentes. É lógico que se autor pretender juntar as certidões e as informações à petição inicial, terá que providenciá-las com certa antecedência, no mínimo quinze dias, prazo que a lei deu às autoridades. Mas não se pode extrair do artigo a obrigação de o autor juntar tais documentos à inicial, porque a eles não foi conferida a qualificação de indispensáveis à propositura da ação. Conclui-se, pois, que a lei acabou por abrir ao autor duas alternativas: uma, em que se vale do preceito em foco para instruir a inicial, e outra, em que se lhe faculta apresentar tais elementos de prova a posteriori, vale dizer, na fase da instrução do processo. Aliás, esta última alternativa se confirma diante da interpretação a que aludimos acima: ainda que fossem tidos por indispensáveis, haveria para o autor a oportunidade de juntar as certidões e as informações ulteriormente à deflagração da fase postulatória. Embora não seja comum, pode ocorrer que no processo sejam dispensáveis algumas provas, tendo em vista a natureza da discussão posta em juízo. Ausente a necessidade de tais provas, não há por que possam as partes insistir em produzi-las, nem há razão para que o juiz o faça. Nesse sentido, já decidiu o TRF da 1ª Região:
> Ação civil pública. Contrato sem licitação com o SUS. Provas periciais e testemunhais. Dispensa. Se a discussão central da ação reside na validade, ou não da contratação dos serviços privados de saúde, com recursos do sistema Único de Saúde (SUS), sem o devido processo administrativo de licitação, a matéria é eminentemente de direito, e sendo assim desnecessárias são as provas periciais e testemunhais, e cujas dispensas não implicam cerceamento de defesa.
> Quando a ação civil pública é promovida pelo Ministério Público, normalmente o Promotor de Justiça junta à petição inicial os autos do inquérito civil que reflete a base de seu convencimento. Nesse processo administrativo prévio, instaurado e dirigido pelo órgão ministerial, como detalharemos adiante, foram coligidos os elementos necessários à instrução inicial do pedido, como, por exemplo, depoimentos, documentos, laudo técnicos etc. Guardadas as devidas proporções, o inquérito civil instrui a inicial da ação civil pública como o inquérito policial instrui a ação penal.
> Não obstante, da mesma forma que ocorre com o inquérito policial em relação à ação penal, o inquérito civil não é peça indispensável à propositura da ação civil pública. A regra, logicamente, é que a inicial seja instruída com esse processo, mas isso não significa que o Promotor de Justiça tenha a obrigação de juntá-lo. Aliás, nem há obrigação de instaurá-lo, se entender insuficientes os elementos para esse fim. Cuida-se, por conseguinte, de condutas que se situam no âmbito decisório e discricionário do órgão ministerial.
> Confirmando esse pensamento, á ditou acertadamente o Tribunal de Justiça de São Paulo: 'A instauração de inquérito civil não é imprescindível para a propositura, pelo Ministério Público, de ação civil pública'.

> Na verdade, há duas ordens de fundamento para tal orientação. Primeiramente, inexiste na lei qualquer mandamento que obrigue o Ministério Público a instruir petição inicial com o inquérito civil. Ademais, é sempre possível que provas produzidas no inquérito civil sejam realizadas no curso da própria ação civil pública. Não há preclusão quanto ao momento de coleta dos elementos probatórios. O que há, ao contrário, é a conveniência do Promotor de Justiça de ingressar com a ação já convencido de que há realmente ofensa ao interesse coletivo ou difuso sob tutela, convencimento que normalmente adquire com o inquérito civil. Nada, porém, existe no quadro normativo que torne exigível a instrução da inicial com esse processo prévio.[3)]

Por fim, o *objeto da ação civil pública* consistirá em cumprimento de obrigação de fazer e/ou não fazer, ou condenação em dinheiro, declaração de nulidade/anulação de ato ou contrato administrativo, podendo os pedidos ser cumulados ou requeridos separadamente.

Ressarcimento de dano ao erário

Como tratado anteriormente, não restam dúvidas de que o Ministério Público tem legitimidade para propositura de ação civil pública com a finalidade de ressarcimento ao erário, pois uma das funções primordiais da instituição é a defesa do patrimônio público.

Essa é a linha de entendimento do *Superior Tribunal de Justiça*, que admite a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública para a proteção do patrimônio público:

> PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CABIMENTO – DANO AO ERÁRIO MUNICIPAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” – PRECEDENTE DA EG. PRIMEIRA SEÇÃO (ERESP Nº107.384-RS)
> A ação civil pública é adequada à proteção do patrimônio público, visando a tutela do bem jurídico em defesa de um interesse público.
> O Ministério Público é parte legítima para promover ação civil pública visando o ressarcimento de dano ao erário municipal. – Inteligência da Lei nº 7.347/85.
> Ressalva do entendimento do relator.
> Recurso conhecido e provido. (Resp nº149.096/MG, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 30/10/2000, p.138).

Dessa forma, em consonância com o art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei nº 7.347/85, com o art. 129, III, da Constituição da República, e, ainda, com o art. 110 da Lei nº 8.078/90, que acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, havendo lesão aos cofres públicos, caberá ao Ministério Público o ajuizamento da ação civil pública de ressarcimento ao erário.

---

1) CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 12-13.
2) STJ, CC nº 38771/MA.
3) Op. cit. p.234-236.

9.3.3. A casuística

A publicidade

Questão tormentosa é a *publicidade oficial*. O art. 37, § 1º, da CF/88[1)] dispõe que a publicidade oficial deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social. Infelizmente, na prática, não é o que se presencia.

Inúmeras notícias têm nítido e escancarado apelo pessoal, traduzindo-se em flagrante promoção pessoal do agente público que a veicula.[2)]

O tema também é árido, pois envereda para o caminho da *subjetividade e da questão probatória*. Daí a necessidade de, ante o caso concreto, aferir pelo consenso médio se o ato propagandista se amolda ou não aos preceitos constitucionais, cotejando-o com as demais disposições fáticas.[3)]

A *natureza meramente informativa* da propaganda oficial e a proibição de publicidade com caráter de autopromoção decorrem de aplicação do princípio da impessoalidade, pois é inconcebível que, fazendo uso de verba pública, o agente político promova publicidade particular. A respeito da impessoalidade na administração pública, é valiosa a lição sempre precisa de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. [...].

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (1989, p. 562), baseado na lição de Gordilho, que

> [...] os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

Acrescenta o autor que, em consequência:

> [...] as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma conseqüência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.[4)]

Impõe-se, portanto, aferir, por todos os meios, quando a *propaganda extrapola os limites do institucional para atingir objetivos pessoais do administrador* (promoção pessoal). Caracterizada a intenção da promoção do administrador em detrimento da publicidade pública (publicidade institucional) e da impessoalidade, irregular será o ato.

É importante destacar que a *propaganda* feita em proveito particular do agente público ou de seu grupo político é *nula*, em virtude da violação à sua finalidade pública, sendo cabível, de forma inquestionável, o enquadramento da conduta nos rigores da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 11, inciso I, e art. 10, inciso XI, da Lei nº 8.429/92.

O concurso público

A regra positivada no art. 37, inciso II, da CR/88 impõe aos entes púbicos, em sentido amplo, a necessidade de realização de concurso público para ingresso nos quadros do serviço público.

Tal regra, por certo, trouxe um entrave para alguns administradores públicos, pois cessou a execrável prática de o novo detentor do cargo, a cada mandato, demitir os desafetos e nomear os apaniguados, em prejuízo da sociedade, destinatária final dos serviços públicos.

Não obstante o preceito constitucional, muitos administradores públicos recalcitram na prática.

Antes da análise dos atos em si, mister se faz fixarmos algumas premissas.

A *Lei Federal nº 8.745*, de 9 de dezembro de 1993, traz as *hipóteses de contratação temporária*.

Noutro giro, o art. 37, inciso IX, da CF/88 autoriza os entes federados a editarem normas específicas para *contratação de pessoal por tempo determinado, visando a atender excepcional interesse público.*

Verifica-se, então, que a contratação temporária é possível, desde que preenchidas, *rigorosamente*, as hipóteses legais (Lei Federal nº 8.745/93 e as respectivas leis estaduais ou municipais que disciplinam o tema), e desde que estejam afinadas com os preceitos constitucionais e o ordenamento jurídico federal, aplicando-se o princípio da simetria na hipótese.[5)]

Firmadas tais premissas, fica evidente que as *contratações que não se subsumem ao regramento legal* se traduzem em atos de improbidade, em regra, por ferirem os dispositivos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, mas nada impede que os atos ímprobos se amoldem às demais disposições legais dos arts. 9º e 10 da citada lei.

Ademais, há relatos de casos em que, além de postergar a exigência constitucional do concurso público, os *contratados nem sequer trabalham*. Nesses casos, é evidente o prejuízo ao erário, caracterizando-se ato de improbidade administrativa dos arts. 9º e 10.

A exigência legal, como dito alhures, repousa na *excepcionalidade da medida*, que, embora comporte um conceito fluido, pode ser aferido no caso concreto e não poderá ser por tempo indefinido ou com renovações contratuais sucessivas. Destarte, ausente a excepcionalidade do interesse público, fica caracterizado o ato ímprobo.

É de se ponderar que as contratações temporárias, como afirmado na ADin 3068, julgada em 25 de agosto de 2004, comportam interpretação ampliativa do dispositivo constitucional do art. 37, inciso IX. Por consequência, havendo possibilidade, ante a presença dos requisitos legais, esta alcança os servidores que desempenhem atividades de caráter regular e permanente.

Sobre o tema, há importante precedente oriundo do nosso Estado:

> ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE […][6)]

Outra forma frequente de violação ao princípio do concurso público reside na *terceirização*. É verdade que há dispositivo constitucional que permite à administração pública terceirizar alguns serviços públicos.[7)] No entanto, deve-se rechaçar a *tentativa de terceirizar atos típicos de Estado* e, igualmente, *serviços de caráter essencial*, os quais, dada a relevância, sempre devem ser preenchidos por servidores públicos de carreira, nomeados mediante a aprovação em concurso público.

Nas *hipóteses permitidas* (tem-se admitido a terceirização para os serviços de manutenção, limpeza, serviços especializados reclamados de forma eventual e outros), mister se faz confrontar a contratação com os demais dispositivos legais de regência. Apurado que a contratação terceirizada visa a afastar a exigência constitucional acima mencionada, torna-se claro o ato ímprobo (art. 11 da LIA ou, dependendo do contexto fático, até mesmo as hipóteses dos arts. 9º e 10 do mesmo diploma legal), uma vez que os princípios da administração pública, quais sejam, da legalidade, moralidade e impessoalidade, entre outros, estão sendo descumpridos.

Não sendo provada a *burla aos princípios constitucionais* alhures citados, em regra, não há ato de improbidade administrativa.

Outra situação recorrente ao tema é a contratação de *cooperativas de trabalho*.

O mesmo raciocínio aplica-se à hipótese posta; se a contratação não visa a afastar a exigência constitucional, não há improbidade. Se visar, é evidente o ato ímprobo. Em relação às *condições de funcionamento e regularidade na criação das cooperativas*, deve-se salientar que tal atribuição é do Ministério Público do Trabalho, fugindo da esfera de atuação do Ministério Público Estadual. Vale lembrar que, para a lisura de sua contratação, é necessário que ela conte com *independência administrativa* em relação aos agentes públicos da entidade contratante, sob pena de violação reflexa ao princípio do concurso público.

O diferencial numa ou na outra situação é a prova a ser colhida em sede de inquérito civil, pois, insista-se, em regra, não há improbidade administrativa na contratação de empresas a fim de terceirizar algumas tarefas, em especial meras atividades meio. No entanto, consoante supramencionado, caso se constate que *a empresa é mera fachada para a contratação direta de servidores, sem prévia aprovação em concurso público, ou, ainda, que a terceirização se estende a atividades típicas de Estado*, configurado estará, em tese, o ato de improbidade administrativa.

Irregularidades nos procedimentos licitatórios

O procedimento licitatório deve ser desenvolvido com *estrita observância legal*, a fim de preservar a *supremacia do interesse público*, última *ratio* a determinar que os certames públicos sejam realizados com a possibilidade de selecionar a melhor proposta para a Administração. No outro extremo, quanto a todos aqueles particulares que poderiam acorrer a uma licitação, o procedimento licitatório tem o fim de assegurar aos particulares a *isonomia em sua participação.*

Em relação a este princípio (supremacia do interesse público), convém destacar que a administração pública, para a execução de seus desígnios, naturalmente, contrata obras, serviços, faz aquisições de todas as espécies, sempre com o objetivo do perfeito atendimento de seu interesse ou de suas necessidades, que não se confundem, por óbvio, com os dos administradores.

Para a contratação de terceiros, para a concreção de seus objetivos, disciplina a vigente Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, a necessidade impostergável de prévia licitação, assim entendido, como ensina Hely Lopes Meirelles,

> […] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse (**Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: RT, 1991. p. 19).

As finalidades do certame, seus escopos, são apresentadas com singularidade por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> […] visa garantir duplo objetivo: de um lado proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso; de outro lado, assegurar aos administrados ensejo de disputarem entre si a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendam de realizar com os particulares […]. (Licitação. RT: São Paulo, 1985, p. 1)

E, continuando, o autor ensina que a licitação atende:

> […] a três exigências públicas impostergáveis: a proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito ao principio da isonomia […] com a abertura de disputa no certame e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa.

Essas lições doutrinárias se assentam hoje em expressos comandos constitucionais, já que a Constituição da República de 1988 tratou de prescrever a *obrigatoriedade da licitação, salvo em situações excepcionais*, além de estabelecer os princípios informativos da atuação administrativa como um todo, demonstrando a evolução dos valores abraçados pela sociedade brasileira, que, por seus representantes, elevou à condição de mandamentos/garantias constitucionais vários valores que decorriam de interpretação.

Assim, prescreve o texto constitucional brasileiro que:

> Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:
> [...]
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As exigências constitucionais tornam obrigatórias, portanto, não somente a realização do formal procedimento da licitação, *como também que ele seja realizado com perfeita obediência aos princípios norteadores da administração pública.*

A par disso, os procedimentos licitatórios têm sido um campo fértil para a prática de atos de improbidade administrativa e dilapidação do patrimônio público.

Como é curial, as *regras licitatórias* estão disciplinadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por inúmeras manifestações oriundas dos órgãos de fiscalização estaduais – Tribunal de Contas dos Estados.

A experiência prática tem demonstrado um sem-número de *irregularidades*, que vão desde *combinação entre empresas, licitações previamente direcionadas* e o *fracionamento do objeto* buscando burlar as exigências legais.

A combinação entre os licitantes é infelizmente prática usual. Não é incomum empresas e fornecedores se aliarem e lotearem os objetos licitados, acordando que numa região a empresa A ganhe a licitação, ao passo que em outra região a empresa B o faça. Outro tipo de acordo está na *distribuição dos itens licitados entre as empresas*, repartindo-os de modo que cada uma se sagre vencedora em algum lote. Seja de uma forma ou de outra, ter-se-á a garantia de alguma vantagem a cada uma das empresas, na maioria das vezes em prejuízo dos cofres públicos.

Como não há número mínimo de participantes exigido por lei[8], o esquema funciona muito bem em cidades pequenas, onde um grande número de empresas, em regra localizadas fora da sede do município, não tem interesse em participar do certame, pois os custos são maiores pela distância. Assim, muitas vezes as empresas locais são favorecidas em licitações fraudadas, dada a ausência de competição externa.

Há, ainda, outras fraudes como, por exemplo, o envio de *convites* para empresas distintas, pertencentes, porém, ao mesmo grupo ou com ligações subjetivas entre seus sócios. Nesses casos, apesar da aparência, esta inexiste competição, uma vez que não há sigilo quanto às propostas a serem apresentadas, possibilitando ajustes diversos.

Em *alguns casos*, é possível aferir que as propostas vieram de uma mesma impressora, de uma mesma máquina datilográfica, foram impressas em papel branco (sem timbre da empresa licitante), os convites ou avisos de licitação foram recebidos ou retirados pela mesma pessoa para empresas distintas tudo isso manifesta a fraude. Destarte, é mister que o órgão de execução ministerial, a par de outros meios de controle repressivo, no bojo de uma investigação, requisite do poder público a relação de empresas cadastradas, com o objetivo de tomada de preços e cópia dos processos licitatórios para se aferir a *lisura do procedimento.*

Outra prática comum é o *direcionamento dos certames licitatórios*. Aqui a fraude é refinada, pois no edital da licitação se incluem exigências que poucas ou nenhumas empresas ou fornecedores podem atender, violando não só a Constituição Federal, como também a legislação de regência. Essas exigências infundadas, tendentes unicamente a desequilibrar a balança da competitividade em favor de determinada empresa, aniquilando o princípio da isonomia entre os licitantes, representam violação expressa ao disposto no § 1º e inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

> Art. 3º - *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração *e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa*, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
> § 1º*É vedado aos agentes públicos:*
> I - admitir, *prever, incluir* ou tolerar, *nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções* em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou *de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;* (grifos nossos).

Nesse sentido, vale destacar os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

> É ampla a liberdade da administração pública na elaboração do edital de licitação. Liberdade, no entanto, não guarda similitude com arbítrio. O objeto da licitação deve ser individualizado em conformidade com as necessidades da administração e o interesse público a ser alcançado.

> Assim, é vedado ao poder público inserir cláusulas que, afora inúteis ao fim visado, inviabilizem a disputa e comprometam o princípio da igualdade entre os concorrentes. [...] Esta forma de frustração da licitação será normalmente verificada quando o edital for dirigido a um dos participantes, o que ocorrerá sempre que o objeto licitado for individualizado de forma a excluir os similares, estabelecendo-se especificações que são exclusivas de determinado fornecedor (**Improbidade administrativa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2066. p. 349).

De um modo geral, todas as *irregularidades perpetradas* ao longo da tramitação de processo licitatório e de sua execução, tendentes a retirar-lhe também o caráter competitivo e a burlar sua finalidade primordial – que é selecionar a melhor proposta para a administração – afrontam o princípio constitucional, imperativo para todo agente público, da *moralidade*.

Esse princípio deve caminhar lado a lado e iluminar o da *finalidade*, traduzindo a ideia de que, mesmo que regular em face da lei, se o comportamento adotado ofender as *regras da moral, da correta gestão do patrimônio público e social ou do princípio básico da honestidade*, acarretará ofensa a esse princípio (o da moralidade), inquinando de ilegalidade o ato perpetrado.

Neste aspecto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves destacam que o princípio em tela:

> [...] exige uma atividade responsável e coerente para correta identificação dos *padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-a à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal*, sempre com a necessária *impessoalidade* que deve estar presente em todos os atos dessa natureza (grifos nossos).

Por isso, afirma-se que a *moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo o ato da Administração*, ponderando Hely Lopes Meirelles:

> À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais e desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum (grifo nosso). (Ob. cit., p. 80).

Assim, para a gestão pública, exige-se a satisfação de *princípios cogentes* que vinculam a atuação do

administrador e do particular que, por desejo próprio, resolve firmar negócio jurídico com a Administração.

A realização do certame licitatório na forma preconizada na lei visa a garantir a *moralidade administrativa, a eficiência e a economicidade, assim como impedir preferências a quaisquer empresas ou particulares que venham a participar dos negócios da administração pública. A moralidade administrativa* é atingida a partir do momento em que o agente público desenvolve o processo licitatório ao arrepio da lei, objetivando favorecer empresa previamente ajustada.

Conforme dito, o procedimento legal da licitação é traçado como norma genérica pela Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, disciplinadora dos princípios aplicáveis aos casos mencionados.

Destaque-se que a norma federal se preocupou com a estrita observância dos *princípios impostos à administração pública*. O legislador adotou postura claramente defensora daqueles postulados, seja alçando-os à categoria de *requisito essencial* para a realização do procedimento licitatório, seja delimitando o *campo de atuação* do poder público.

Daí porque a subtração do interesse público, com a violação desses princípios, deve ensejar, além da imposição das sanções por ato de improbidade administrativa, também a revogação ou anulação do ato administrativo; a primeira pela própria administração, e, a segunda, por esta ou pelo Judiciário, nas hipóteses de ilegitimidade ou ilegalidade do ato, diante da verificação de ofensa aos primados mencionados.

Por fim, o *fracionamento do objeto licitado* tem sido usado como fraude ao procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses de *dispensa e inexigibilidade de licitação*[9]. Cuida-se de norma excepcional que comporta interpretação restritiva e só tem lugar quando todos os seus requisitos legais estiverem satisfeitos.

Igualmente, no art. 23, a mesma lei dispõe sobre as *modalidades de licitação* (convite, tomada de preços e concorrência) em razão dos valores estimados para contratação, variando para os casos de obras e serviços de engenharia (inciso I) e compras e outros serviços (inciso II).

Diante de tais normas legais, alguns administradores públicos, em franca violação à norma dos § 1º e § 2º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, *fracionam o objeto* das licitações, visando a privilegiar seus apaniguados ou até mesmo cúmplices. É bom que se diga que não há vedação ao fracionamento do objeto das contratações pelo poder público. Esse, porém, deve ter por objetivo o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (§ 1º) e, ainda, observar em cada processo fracionado a mesma modalidade que, pelo valor, seria adequada para o objeto como um todo (§ 2º).

A *fraude reside*, fora das hipóteses permissivas supracitadas, em desdobrar-se o objeto da contratação para que cada parte possa se enquadrar nos valores previstos para dispensa de licitação (art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93) ou para que possa cada parte ser licitada sob modalidade de menor rigorismo formal e/ou de publicidade (por exemplo, convite em lugar de tomada de preços). O administrador age, portanto, como se cada parte fosse um objeto autônomo, sem nenhuma ligação entre si, perpetrando a fraude, que, obviamente, terá como objetivo último o favorecimento de alguém em detrimento do erário.

O tema é magistralmente resumido por Emerson Garcia:

> A identificação da fraude, empreitada nem sempre fácil de ser ultimada, deve ser feita com a individualização dos seguintes fatores: a) preexistência, por ocasião da primeira licitação, das situações fáticas que serviram de elemento deflagrado das demais; b) idêntica natureza dos objetos das sucessivas licitações; c) ausência de situação excepcional (de natureza econômica, social etc.) que pudesse justificar a limitação do montante de cada uma das contratações (art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93); d) que a licitação das partes, no caso de fracionamento justificado por situação excepcional, não observe a modalidade que seria realizada para o todo (arts. 23, § 2º, e 7º, § 1º, da Lei nº 8.666/93); e e) proximidade temporal entre as licitações, o que será verificado em conformidade com as peculiaridades do caso.
> Em casos tais, têm-se determinadas operações que, consideradas em sua individualidade, são lícitas, mas que visualizadas em conjunto perseguem um fim juridicamente ilícito, sendo nulas de pleno direito.[10]

Desse modo, sendo patente que o fracionamento visa a burlar a exigência constitucional e legal, caracterizado está o ato de improbidade, em especial aquele tipificado no art. 11 da LIA. Não se pode olvidar, contudo, que, dependendo do contexto fático, havendo enriquecimento ou mesmo dilapidação dos valores públicos, as demais figuras previstas nos arts. 9º e 10 da Lei Federal nº 8.429/92 também estarão caracterizadas, sem prejuízo, é óbvio, da nulidade dos atos e da responsabilidade criminal.

A responsabilidade fiscal

Várias são as possibilidades da prática de atos de improbidade administrativa por violação à responsabilidade fiscal do ordenador de despesas.

No geral, a Lei Complementar Federal nº 101/2000 visa ao bom e eficiente trato das finanças públicas, impondo um grande número de exigências para o gasto do dinheiro público e criando mecanismos que impeçam a triste e anterior realidade de "orçamentos de ficção", em que despesas eram subavaliadas e receitas superestimadas, o que resultava em verdadeiro caos administrativo e endividamento frequente.

Além de submeter-se ao regramento da Lei Federal nº 4.320/64, que cuida do orçamento público, criando os *mecanismos para controle* dos gastos, empenho (precedido de licitação, em sentido lato), liquidação e pagamento, o agente público deve atentar para as vedações da LC nº 101/2000.

As principais vedações são as seguintes: os restos a pagar, os limites percentuais com gastos dos servidores públicos[11] e a vedação de operações outrora chamadas de *antecipação de receitas*.[12]

Entende-se por *restos a pagar*, nos exatos termos do art. 36 da Lei nº 4.320/64:

> *[...] as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não-processadas", sendo que "os empenhos que correm a conta de créditos com vigência plurianual, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito* (parágrafo único)

O tema ganha especial relevo diante do endividamento dos entes públicos, sobretudo de prefeituras municipais, findo o mandato dos respectivos Prefeitos. O problema se agrava quando o titular do cargo de Prefeito disputa a reeleição e não logra ser eleito[13]. Como premissa básica, mister compreendermos os ditames da Lei Federal nº 4.320/64, a qual trata do orçamento público, norma esta que deverá ser cotejada com a Lei de Responsabilidade Fiscal.[14]

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em vários dispositivos, mais especificamente no art. 42, veda ao agente público realizar despesa que não possa ser honrada dentro de seu mandato. Porém existem situações específicas que fogem ao âmbito da regra, pois, no final de mandato e não havendo possibilidade de reeleição, todas as despesas empenhadas devem ser liquidadas e pagas.

Assim, é clara a necessidade de se apurar se os *restos a pagar* foram liquidados e pagos com recursos oriundos do orçamento do ano anterior (por exemplo: contas vencidas em janeiro de 2008, obrigatoriamente deveriam estar empenhadas e liquidadas até 31 de dezembro de 2007). A regra é de clareza solar, isto é, veda que o agente público que deixa o cargo contraia dívidas que inviabilizem a administração do novo detentor.

Nesse diapasão:

> [...] traduz ato de improbidade administrativa submetido ao alcance do art. 11, da Lei nº 8.429/92, a conduta do prefeito municipal que, às vésperas de encerrar o seu mandato, em consenso de vontades com os gestores do fundo de previdência e assistência dos servidores municipais, toma de empréstimo recursos desta entidade para resgatar dívidas do município, com violação a literal disposição de Lei local.[...][15]

Destarte, havendo *restos a pagar*, é necessária a investigação pormenorizada para se apurar se as despesas foram contraídas de forma deliberada ou fruto de desmando administrativo (para se aferir culpa ou dolo) e,

ainda, se a liquidação e o pagamento não se realizaram em face da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Também não é incomum, infelizmente, os gestores públicos, principalmente em anos eleitorais,[16] *outorgarem ao quadro de servidores aumentos de vencimentos despropositados e, em alguns casos, fora do lapso temporal* fixado na Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Presente a hipótese versada, deve o órgão de execução oficiante deflagrar procedimento de investigação (inquérito civil ou procedimento preparatório) para se apurar se os contornos da conduta se traduzem em atos de improbidade, tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Sendo certo pela prova colhida que a conduta, traduzida na concessão de aumentos indiscriminados de vencimentos, visou tão somente a favorecer o próprio agente ou eventual candidato por ele apoiado, surge a necessidade do manejo de ação civil pública (ou cautelar preparatória) que obste a prática ímproba.[17]

No mesmo diapasão, faz-se necessária a atuação ministerial quando estamos diante de *operação de antecipação de receitas*. O art. 37 da LCF nº 101/2000 acabou com a nefasta prática das *antecipações de receitas*, expediente escuso que era utilizado por alguns agentes públicos que procuravam, em regra, empresas de grande porte e "solicitavam" o aporte de valores pecuniários aos cofres públicos a título de "antecipação" do pagamento de futuros tributos devidos.

Não é necessário muito esforço para se aferir que, além da nítida subserviência que a operação impunha aos gestores públicos, solapando os mais comezinhos princípios da administração pública, toda sorte de mazelas emanavam da conduta. Num primeiro plano, tornava o agente público displicente no trato da coisa e das finanças públicas, uma vez que, mesmo havendo administração desastrosa, ao final dos exercícios fiscais bastava *convencer* as empresas a anteciparem pagamentos dos tributos devidos para resolver a incompetência e a ineficiência administrativa; num segundo momento, trazia grande apreensão para toda a sociedade, pois, ante a recusa de antecipação, a máquina pública ficava comprometida e a população prejudicada, e, por fim, as empresas, não raras vezes, impunham um sem-número de condições e descontos, levando à dilapidação do erário.

Assim sendo, ante a comprovação da prática, surge para órgão ministerial o dever de promover a investigação devida e, presentes os elementos caracterizadores da conduta ímproba, o manejo de ações judiciais para a defesa do erário público, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, especialmente na esfera penal.

As caixas escolares

No âmbito estadual, as denominadas caixas escolares foram criadas por ato do Poder Executivo estadual através da Resolução n° 2.289/77, com fundamento na Lei Federal nº 5.692/71, que estabelece as Diretrizes e Bases para o Ensino de 1º e 2° Graus dos Estados, notadamente nas disposições contidas nos arts. 41 a 62. As citadas caixas, embora sejam *entidades de caráter civil*, não raras vezes recebem aporte de recursos de índole estatal (verbas da Secretaria de Estado da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, repassado diretamente pelo Ministério da Educação, uma vez por ano, por meio do Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE).

Destarte, ocorrendo repasse de verbas, notadamente oriundas do erário estadual, não obstante o caráter de entidade civil sem fins lucrativos, é óbvio que a conduta das referidas entidades se insere no conceito de sujeitos passivos trazido pela Lei Federal nº 8.429/92, pois recebem subvenção do poder público.[18]

Assentada tal premissa, está claro que as caixas escolares estão sujeitas às imposições da Lei Federal nº 8.666/93.

Com efeito, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 preceitua que deve haver efetivo *controle sobre todas as entidades que integrem a administração pública, inclusive as de natureza civil que recebam recursos públicos ou que de qualquer forma dependam, para seu funcionamento, daquela.*

Afere-se, então, que as *caixas escolares* que recebam subvenção de natureza estadual ou municipal, *obrigatoriamente*, devem se submeter à Lei de Licitações, sob pena de incorrerem em atos de improbidade aqueles que as dirigem.

Assim, é necessário precisar se as *caixas escolares* estão ou não recebendo recursos públicos, podendo o órgão de execução oficiante valer-se da *requisição ou do acompanhamento via internet da execução orçamentária do órgão público respectivo* [19)] e, em caso positivo, deve o órgão *diligenciar* a fim de apurar se está havendo obediência aos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 e, ainda, quando se trate de hipótese de dispensa de licitação, quer pelo valor do objeto, quer por dispensa fundamentada, se está ocorrendo a devida *prestação de contas.*

A *ausência de licitação*, em suas variadas formas, bem como a *ausência de prestação de contas*, dependendo dos contornos da conduta, podem dar azo à ocorrência de atos de improbidade administrativa, previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (LIA).

Sobre o tema, há a *Recomendação 001/2006*, expedida pela Promotoria de Justiça de Viçosa [20)] Além disso, mostram-se de grande valia as considerações constantes de *nota técnica existente no endereço eletrônico* do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na *página do CAO-PP*, no liame de *Licitação e Contratações na administração pública direta e indireta.*

Fiscalização dos atos da administração pública

[21)]

Como é curial, basicamente, os atos administrativos dividem-se em duas grandes categorias, quais sejam, os *vinculados* e os *discricionários*.

A etimologia da primeira classificação não deixa dúvida de que o administrador público está vinculado, por completo, aos ditames legais que regem a hipótese versada, expressando-se no *princípio constitucional da legalidade.*

Noutro norte, situam-se os *atos administrativos discricionários*, nos quais o legislador cria os contornos genéricos, delegando ao administrador público o juízo de *conveniência* e *oportunidade.*

A primeira espécie, os atos *vinculados*, enseja fiscalização mais efetiva, pois basta confrontar o ato administrativo realizado com os ditames da legislação de regência; no caso de disparidade, estando presentes as demais hipóteses reclamadas pela Lei nº 8.429/92 (LIA), estaremos diante de eventuais atos ímprobos, *sem prejuízo da anulação ou nulidade do ato realizado.*

A grande celeuma repousa na fiscalização com vias à anulação ou nulidade dos denominados atos administrativos discricionários.

À guisa de informação, anulação e nulidade constituem-se hipóteses diversas, sendo que, na primeira, o ato administrativo produz seus efeitos até a declaração de sua anulação[22)]. Em regra, tais atos padecem de vícios menos graves. Na segunda hipótese, os atos nulos (ou até inexistentes, para alguns) não produzem nenhum efeito, pois a gravidade do vício é tão latente que não há como aproveitá-lo.[23)]

Celso Antônio Bandeira de Mello bem explica o tema:

> Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade).
> Não há graus de invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma graduação no repúdio a eles.
> É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrímen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.
> [...]
> A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quantos aos atos inválidos no Direito Administrativo Brasileiro.
> A) Alguns entendem que o acarreta sempre nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por

> exemplo.
> B) Outros, como Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Arranha Bandeira de Mello, sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que:
> a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente;
> b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados por provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou ex officio pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta argüição pelos interessados para serem fulmináveis;
> c) os atos nulos só prescrevem longi temporis (20 anos) enquanto os anuláveis prescrevem brevi temporis.
> A) Seabra Fagundes defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressaltando todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício nem quanto aos efeitos deles;
> Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos nulos.
> [...]
> Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se precedeu dos atos administrativos.
> Entretanto, parece-nos que há, além deles – e nisto modificamos a posição que vínhamos assumindo até época recente -, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de 'conversão'. Além disto, existe direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de “atos inexistentes”. Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e radicalmente vedadas pelo Direito.
> [...]
> Tais atos merecem uma catalogação à parte, pois a distinção entre as diferentes espécies de atos viciados só faz sentido se a eles corresponderem diferentes tratamentos jurídicos, de tal sorte que haverá tantas categorias quantos forem os distintos regimes a que se submeterem.
> Assim, em nosso entender são categorizados como inválidos os atos inexistentes, os atos nulos e os atos anuláveis.[24)]

Praticados os atos administrativos, num primeiro momento, a própria Administração pode valer-se da *autotutela*[25)] para a correção do ato, mas tal situação não elide a eventual prática do ato de improbidade administrativa. A anulação ou declaração de nulidade do ato administrativo por parte da própria administração pública, se presentes os requisitos legais, não elide a aplicação das sanções tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa. Caso a administração pública não promova correção via autotutela, deve o Ministério Público, mediante os instrumentos colocados à sua disposição, buscar a declaração de invalidade do ato eivado de vício.

A primeira questão que deve ser enfrentada é afastar-se o anacrônico entendimento de que o mérito do ato administrativo não pode ser sindicado pelo Judiciário, por força da separação dos poderes[26)]. Felizmente, hodiernamente, os *Tribunais*, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, firme no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 e em outras disposições correlatas, têm entendido *que é lícito ao Judiciário verificar os requisitos do ato administrativo discricionário, até mesmo no que tange ao juízo de conveniência e oportunidade, cotejando-os com os princípios constitucionais, uma vez que, não raras vezes, os atos administrativos hauridos de aparente legalidade trazem em seu bojo um sem-número de mazelas*.[27)]

A propósito, cabe citar um lapidar acórdão que serve de paradigma:

> *ADMINISTRATIVO*. CONSTITUCIONAL.
> 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no *controle* dos *atos* da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade

da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.... 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.
[...]
12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.
13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.
14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.
15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.
17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.
18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.
19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25/10/2004.
20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 7/11/2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.
[...]
21. Recurso especial provido (REsp 718203/SP – 2005/0008518-5. Min. Relator Luiz Fux. Julgado em 6/12/2006. Publicado DJ 13/02/2006. página 694, grifo nosso).[28)]

O avanço jurisprudencial fornece aos órgãos de execução ministerial a possibilidade de exercer efetivo e concreto controle e fiscalização sobre os atos administrativos realizados por todos os órgãos e poderes que compõem a administração pública e estão inseridos nos conceitos de sujeitos passivos, delineados no art. 1º da Lei nº 8.429/92 (LIA), cotejando-os com o texto da Constituição Federal e seus princípios informadores.

Destarte, deve o órgão de execução oficiante ficar atento à prática dos atos administrativos e, na ocorrência de condutas que maculem o texto constitucional e sua principiologia, dando azo, por corolário, às hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, adotar as medidas extra e judiciais ao seu cargo.

Procedimentos oriundos do Tribunal de Contas

Providências preliminares

Recebido o expediente contendo conta municipal rejeitada do Tribunal de Contas Estadual (TCE), instaurar inquérito civil para apuração das irregularidades mencionadas, adotando as providências referidas em tópico acima.

Identificação das irregularidades apontadas

Localizar no parecer as irregularidades ocorridas, bem como obter, se houver, cópia integral da ata da sessão legislativa que aprovou ou rejeitou as contas e ainda a relação dos Vereadores presentes. Podem ter ocorrido as seguintes hipóteses:

a) a Câmara aprova o parecer e concorda com a existência das irregularidades apontadas pelo TCE: presume-se que as despesas apontadas como irregulares não visavam ao interesse público. Essa atitude do Legislativo terá repercussões em alguns casos de despesas públicas que poderiam ter sido convalidadas posteriormente pelo referido órgão.
b) a Câmara rejeita o parecer no todo ou em parte:[29] examinar a possibilidade de instauração de inquérito civil ou de ajuizamento de ação civil pública.

Análise do parecer

Normalmente, as irregularidades aparecem nominadas e acompanhadas de um valor numérico, expresso na moeda corrente à época do exercício, que deverá ser posteriormente atualizada. Os itens remetem a um anexo que consta dos autos do procedimento. Tais anexos deverão ser localizados. Feito isso, deve-se atentar que eles geralmente apresentam uma sigla demonstrativa do documento que comprovará, perante a administração, a despesa realizada. Os mais comuns são a nota de empenho (NE) e a ordem de pagamento (OP). Esses documentos são individualizados com um número, sendo costume aparecer no anexo o mês no qual ele foi emitido e o seu respectivo valor.

Requisição de informações e documentos

Para instruir o inquérito civil, requisitar do atual Prefeito ou Presidente da Câmara, conforme as irregularidades sejam relativas às contas da Prefeitura ou da Câmara, respectivamente:

a) informações sobre quem seria a autoridade responsável por tal exercício, com a sua qualificação completa e endereço atual, visto que será ele o réu de eventual ação;
b) os documentos pertinentes a cada irregularidade que apresentarão variações conforme a natureza de cada uma, por exemplo:
I) despesa sem licitação: as notas de empenho, as notas fiscais relativas à despesa e todos os documentos que digam respeito ao procedimento licitatório realizado no caso, com cópia do contrato firmado com a empresa vencedora;
II) remunerações recebidas a maior pelos agentes políticos: as folhas de pagamento ou ordens de pagamento a elas referentes e as resoluções da Câmara que fixaram os valores (as quais se acham mencionadas, geralmente, em quadro comparativo entre os valores percebidos conforme a folha de pagamento e os valores que deveriam ter sido pagos consoante tais resoluções ou em virtude de lei, constante do procedimento enviado pelo TCE);
III) despesa realizada sem o devido convênio ou lei municipal autorizativa: cópia da nota de empenho, da nota fiscal que geralmente a acompanha, de eventual contrato e do convênio ou lei, se houver, etc.

Observar que, em se tratando de documentos públicos, as cópias deverão vir autenticadas, visto que cópia sem a devida autenticação não é tida como documento público para fins penais no caso de existir alguma falsidade.

Perícia – hipóteses em que poderá ser dispensada

Recebida a documentação, caso necessário, providenciar a realização de perícia, observando as recomendações aqui contidas.

Lembrar que o parecer do Tribunal de Contas, que é um órgão público, tem por base análises técnicas das contas de determinado administrador, o que, muitas vezes, já pode ser suficiente para a prova do dano na fase de investigação; além disso, há irregularidades que podem ser constatadas de plano, independente de qualquer análise técnica, por exemplo:

a) despesas sem empenho prévio: comparar a data constante na NE com a data do documento que consubstancia a despesa realizada, por via de regra uma nota fiscal;
b) despesas não afetas ao município que necessitam de lei municipal autorizativa e/ou convênios, acordos ou ajustes: verificar se existem tais documentos;
c) despesas sem licitação: consultar a legislação sobre licitação em vigor à época em que foi realizada a despesa, comparando com o valor desta a fim de determinar o tipo do certame ou de sua dispensa ou inexigibilidade. Havendo discrepância com as disposições da lei, a irregularidade já está configurada.

Em outros casos, como créditos suplementares abertos ilegalmente, valores recebidos a maior pelos agentes políticos, divergência entre o balanço financeiro e a conciliação bancária, etc., a perícia é recomendável, mas nada impede que a ação seja proposta desde logo e que tal prova seja realizada no curso do processo, sob o crivo do contraditório, por perito contábil.

Conclusão do inquérito

Concluída a investigação, recomenda-se a adoção das providências acima descritas neste manual.

Legitimidade para cobrança de dívida fixada pelo Tribunal de Contas do Estado

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais é órgão que tem por objetivo a análise técnica, financeira e orçamentária dos atos da administração pública e seus agentes. Nesse desiderato, poderá aplicar penalidades administrativas aos agentes públicos autores de atos administrativos considerados irregulares pelo Tribunal. Contudo, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para cobrança de tais sanções, que se apresentam sob a forma de títulos executivos, em nome do Tribunal de Contas. É que o Capítulo VII do Título I, arts. 22 a 24, da Lei Complementar nº 33/94 foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque as atribuições do órgão de execução do Ministério Público dependem de Lei Complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, o que não ocorreu no caso do dispositivo em foco. Além disso, a Constituição da República, em seu art. 130, prevê, expressamente, a instituição de Ministério Público próprio com atribuições específicas e exclusivas junto aos Tribunais de Contas. No entanto, sugere-se que o Promotor de Justiça dirija uma *recomendação escrita* ao responsável pela execução da multa do TCE para que adote a providência em prazo razoável, e, se este não o fizer ou não der resposta, deve-se instaurar inquérito civil contra ele para ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, por deixar de cumprir ato jurídico a que está obrigado pelo ordenamento legal.

Por outro lado, as eventuais irregularidades detectadas pelo Tribunal de Contas poderão consubstanciar atos de improbidade administrativa ou, simplesmente, atos lesivos ao erário, o que exige a atuação do Ministério Público. O procedimento oriundo do Tribunal de Contas poderá instruir ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou de responsabilização de danos ao erário (art. 129, III, da CF/88), sem que seja necessário a instauração de inquérito civil público.

Constatação do dano

> Lembrar que, não raras vezes, se constata a existência de atos formalmente irregulares, que até podem configurar a prática de delitos por parte dos agentes envolvidos, mas que por si só não ensejam prejuízo

> material ao patrimônio público, o que ocorre nas prestações de contas analisadas e rejeitadas pelo Tribunal de Contas (por exemplo: ausência de licitação na compra de bens, contratação de serviços ou obras; despesas efetuadas sem prévio empenho; contratação irregular de servidores e outros);
> No caso de compras ou contratos sem licitação, é possível que os preços praticados sejam compatíveis ou até inferiores eventualmente aos de mercado, o que descartaria a ocorrência de dano; na hipótese de servidores contratados sem concurso público, caso tenha havido a regular prestação dos serviços, também não há que se falar em prejuízo;
> Analisando essas hipóteses, os tribunais têm entendido que para postulação de indenização contra o agente público não basta a prova do ilícito e da culpa do agente, sendo indispensável ainda a demonstração do dano material acarretado à Administração, que não pode ser presumido, caso contrário haveria locupletamento ilícito da Administração.[30)]

Atuação na hipótese de não constatação do dano material

Observar, contudo, que a Lei nº 8.429/92, em seu art. 21, inciso I, instituiu importante avanço legislativo nesse tema, ao dispor que as sanções previstas na lei são aplicáveis independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.

Assim, nos casos em que subsista irregularidade de ordem normal, não sendo, porém, possível a constatação material de dano ao erário, deve o Promotor de Justiça postular a aplicação das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92, diversas do ressarcimento do dano, consignando-se, sobretudo, que o ato atenta contra os princípios da administração pública, principalmente o da legalidade (art. 11, e incisos, da Lei nº 8.429/92).

Remuneração recebida a maior por agentes políticos

É comum que, tomando por base os parâmetros legais balizadores dos limites remuneratórios de Vereadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos, o Tribunal de Contas do Estado considere que durante determinado exercício esses agentes políticos perceberam remuneração superior à permitida pelas referidas normas. Do trabalho desenvolvido pelo TCE já constarão os valores recebidos a maior, discriminados mensalmente, na unidade monetária da época.

Tão logo recebida a documentação, recomenda-se a adoção das seguintes providências:

a) requisitar da mesa da Câmara Municipal os nomes dos Vereadores que exerceram mandato no exercício referenciado;
b) providenciar a atualização dos valores apontados pelo TCE;
c) notificar todos os agentes políticos beneficiários do recebimento ilícito, com o fito de verificar a possibilidade de solução extrajudicial do caso, com o ressarcimento espontâneo pelos beneficiários dos valores apurados, por via de termo de ajustamento de conduta, não se olvidando, porém, que, ainda que o ressarcimento seja efetuado parceladamente, é imprescindível que corresponda à integralidade do débito;
d) caso não seja possível a composição extrajudicial, ajuizar ação civil (de conhecimento), com apoio no art. 9º, caput e inciso XI, da Lei nº 8.429/92, para obtenção de ressarcimento dos danos apurados.

Observar também que, independentemente de provocação do Tribunal de Contas do Estado, o Promotor de Justiça deverá fiscalizar a regularidade da remuneração percebida pelos Vereadores dos municípios de sua comarca, tomando-se por conta a resolução regulamentadora, aprovada na gestão passada, verificando, além disso, se o referido ato normativo está consonante com os parâmetros estabelecidos para a matéria, ou seja, remuneração dentro dos 75% (setenta e cinco por cento) da remuneração dos Deputados Estaduais, limitada a determinado percentual da receita do município, estipulado pela legislação infraconstitucional em vigor.

Despesas sem comprovação

A Corte de Contas por vezes constata uma série de despesas realizadas pela municipalidade sem que os documentos fiscais respectivos instruam a prestação de contas. Nesses casos, o Promotor deverá notificar o ex-Prefeito (ordenador das despesas), a fim de que este, se puder, justifique documentalmente o ocorrido. Caso o ex-alcaide não comprove documentalmente a realização da despesa e não se proponha espontaneamente a ressarci-la, deverá ser proposta contra ele, bem como contra os beneficiários identificados das despesas, ação

de responsabilização, com fundamento na Lei nº 8.429/92 (art. 10, IX e XI).

Despesas não afetas ao Município

É comum o Tribunal de Contas do Estado identificar na prestação de contas despesas realizadas pelo município que, na realidade, seriam de responsabilidade de outras instâncias (Estado, entidades assistenciais, etc.).

Inicialmente, deve-se verificar se as referidas despesas atendem ao interesse público da comunidade, como, por exemplo, pagamento pela Prefeitura de aluguel do imóvel destinado ao funcionamento do Destacamento da Polícia Militar ou da Delegacia de Polícia, que seriam de responsabilidade do Estado, mas atendem ao interesse comum da coletividade. Nesses casos, não se deve postular eventual ressarcimento da despesa; contudo, é preciso averiguar se a operação foi devidamente formalizada, o que se faz, normalmente, mediante a assinatura de convênio entre os órgãos envolvidos ou edição de lei municipal.

Caso não haja formalização do ato, não obstante inexista dano material, estará caracterizado o ato de improbidade administrativa, por inobservância dos princípios da administração pública (art. 37 da CF/88), devendo o ex-Prefeito ser responsabilizado, com fundamento no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92.

Contudo, se se realiza uma despesa que não é afeta ao município e não atende ao interesse da coletividade, como, por exemplo, o pagamento de aluguel de imóvel residencial de agente público, sem previsão legal, isso ensejará propositura de ação de responsabilização contra o ex-Prefeito e o beneficiário da despesa, objetivando a imposição das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 (ressarcimento e restritivas de direitos).

Despesas sem prévio empenho e abertura de créditos adicionais sem autorização legislativa

Em ambas as hipóteses, as irregularidades eventualmente apontadas pelo Tribunal de Contas se referem aos aspectos formais das operações que, por si só, não ensejam dano material. Convém, portanto, investigar a correta destinação dos recursos e, no caso das despesas efetuadas sem emissão prévia de nota de empenho, verificar se foram antecedidas do necessário procedimento licitatório, quando este for obrigatório; não sendo hipótese de dispensa ou inexigibilidade, estas devem ser formalizadas, consoante o estabelecido na Lei nº 8.666/93. Sendo comprovada a *correta destinação e aplicação dos recursos, ainda assim estará configurado o ato de improbidade administrativa*, com supedâneo no disposto no art. 10, VI, IX e XI, e no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, devendo o ex-Prefeito, na condição de ordenador das despesas, ser responsabilizado.

Aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) das receitas municipais na rubrica manutenção e desenvolvimento do ensino, consoante prescreve o art. 212, caput, da CF/88

A par da constatação pelo Tribunal de Contas do Estado da não aplicação em determinado exercício do percentual mínimo exigido pela Constituição na rubrica assinalada, deve o Promotor de Justiça ater-se, inicialmente, ao fato de que na *hipótese incide o prazo prescricional quinquenal* instituído pelo Decreto nº 20.910/32 [31)], uma vez que *eventual ação civil pública a ser proposta o será contra a Fazenda Pública no sentido de compelir a municipalidade a efetivar a compensação dos recursos necessários no exercício seguinte*, consoante o permissivo legal constante do art. 11 da LACP.

Nesse sentido, cumpre solicitar ao *Tribunal de Contas do Estado as certidões de aplicação*, pelos municípios componentes de sua Comarca, relativamente à rubrica manutenção e desenvolvimento do ensino dos últimos cinco exercícios.

De posse das certidões, faz-se necessário verificar se a média de aplicação do aludido período atingiu o percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento).[32)]

Em caso negativo, adotar uma das seguintes providências:

a) procurar estabelecer contatos com a autoridade municipal para estabelecimento de eventual termo de ajustamento de conduta, objetivando a inclusão nos orçamentos futuros dos percentuais necessários à compensação da diferença apurada;
b) não sendo viável a compensação, deverá ser proposta ação civil pública (Lei nº 7.347/85) contra o município, no sentido de compeli-lo a efetuar a compensação dos recursos orçamentários necessários à adequação ao

preceito constitucional;[33]

c) concomitantemente, comunicar o caso concreto ao Procurador-Geral de Justiça, objetivando a análise de eventual ação interventiva, considerando o disposto no art. 35, III, da CF/88.

---

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

[2] É de anotar que a propaganda extemporânea em época eleitoral, além de ato ímprobo, se traduz em crime eleitoral e abuso de poder político.

[3] A jurisprudência oferta alguns subsídios para a análise, especialmente em período eleitoral.

[4] Direito administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71.

[5] No caso de Minas Gerais, a recente Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade está fazendo a análise de toda a legislação municipal, visando verificar a constitucionalidade das respectivas normas.

[6] , [28] Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

[7] Art. 37, inciso IX, da CF/88.

[8] No caso do convite, a lei estabelece o número mínimo de empresas convidadas (três), mas nada impede que a licitação se desenvolva com o atendimento ao convite por um número menor de empresas.

[9] Arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1983.

[10] Improbidade administrativa. Op. cit. p. 352.

[11] Arts. 19 e 20 da LC nº 101/2000.

[12] Art. 37 da LC nº 101/2000.

[13] Em regra, visando ser eleito, o titular do cargo de prefeito promove um sem número de obras, algumas para serem pagas no próximo mandato.

[14] Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

[15] Disponível em: <http://www.tj.sc.go.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

[16] Art. 73, inciso VIII, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

[17] Sem prejuízo das sanções de natureza eleitoral.

[18] Art. 1º, caput, da Lei nº 8.429/92.

[19] Secretaria Estadual ou Municipal de Educação.

[20] Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008.

[21] O Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (GEPP) disponibiliza roteiro prático de autuação com várias peças, inclusive roteiros e peças relativas a procedimentos de prestação de contas do Tribunal de Contas, na página da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais: http://www.mp.mg.gov.br.

[22] Em regra, são declarados com efeito ex nunc.

[23] Em regra, são declarados com efeito ex tunc.

[24] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros. p. 333-335

[25] Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

[26] Art. 2º da CF/88.

[27] Perseguição política, em especial em desapropriações, favorecimento em obras públicas, etc.

[29] *"O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal"*(art. 31, § 2º, da CF/88), sendo certo que, se o parecer é rejeitado por percentual inferior a este, é considerado como aprovado, e, se o Legislativo aprova ou rejeita as contas, antes da emissão do parecer prévio pelo TCE, a decisão não tem nenhuma validade (Súmula nº 31 do TCE); de qualquer forma, é bom lembrar que a decisão da Câmara, muitas vezes implicando um julgamento político, não vincula o Ministério Público, que tem amplo poder de investigar o eventual ilícito cometido.

[30] STJ - AI nº 44.761-5-RJ e AI nº 44.189-0-RJ, ambos relatados pelo Min. César Asfor Rocha, DJU de 07/12/93; TJSP 157/9; TJSP - RDA 195/211; STJ - RT 709/180 apud MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 157.

[31] Sobre prescrição das ações contra a Fazenda Pública, ver item 2, seção I, cap. 2, título II.

[32] A necessidade de se apurar a média está no fato de que a lei permite a compensação de eventual diferença no exercício seguinte (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.348, de 24 de julho de 1985).

[33] O TJMG tem posicionamento contrário, ao entender que a intervenção do Estado no Município seria o meio constitucionalmente mais adequado. No entanto, recomenda-se que a ação civil pública seja ajuizada até que o STJ e o STF apreciem os diversos recursos excepcionais manifestados pelo Ministério Público de Minas Gerais.

9.4. Ementário de legislação pertinente

- Constituição da República Federativa do Brasil.
- Constituição do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 8.429/92 – Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.
- Lei nº 8.666/93 – Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- Decreto nº 23.780/84 – Aprova a Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG).
- Decreto nº 1.306 – Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências.
- Decreto-Lei nº 201/67 – Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências.
- Decreto nº 5.687/06 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, e assinada pelo Brasil, em 9 de dezembro de 2003.
- Lei nº 91/35 – Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.
- Lei nº 1.493/51 – Dispõe sobre o pagamento de auxílios e subvenções.
- Lei nº 6.639/79 – Introduz alteração na Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, que determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.
- Lei Complementar nº 101/00 – Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.
- Lei Estadual nº 4.086/01 – Cria o Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos e o Conselho Estadual de Direitos Difusos e dá outras providências.
- Lei Estadual nº 869/ 52 – Estatuto do Servidor Público Estadual.
- Lei nº 4.320/64 – Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
- Lei nº 7.347/85 – Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências.
- Lei nº 8.078/90 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- Lei nº 8.437/92 – Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.
- Lei nº 8.625/93 – Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.
- Lei nº 11.079/04 – Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.
- Lei nº 11.107/05 – Dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

Referências bibliográficas

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes.**Ato de improbidade administrativa:** 15 anos da Lei nº 8.429/92. São Paulo: RT, 2007.

BEZERRA FILHO, Aluízio.**Lei de improbidade administrativa**: aplicada e comentada. Curitiba: Juruá, 2005.

BITTENCOURT NETO, Eurico.**Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOSCO, Maria Goretti Dal.**Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.).**Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos.**Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Epaminondas da.**Manual do patrimônio público**. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

COSTA, José Armando da.**Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DECOMAIN, Pedro Roberto.**Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo.**Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo.**Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco.**Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Coord.).**Manual prático:** a investigação e as ações civis públicas de improbidade administrativa e de defesa do patrimônio público e da ordem jurídica. Publicação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal.**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo.**Ação civil pública**. São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de.**O limite da improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro.**A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro.**O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes.**Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes.**Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de.**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILMAN, Fábio.**Improbidade processual**. São Paulo: Forense, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS.**Patrimônio público**. Coleção Centros de Apoio Operacional. [s/d]

MIRANDA, Gustavo Senna.**Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

NEIVA, José Antônio Lisboa.**Improbidade administrativa**: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina.**Improbidade administrativa**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fabio Medina.**Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: RT, 2007

PAZZAGLINI FILHO, Marino.**Improbidade administrativa:** aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino.**Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di.**Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Djalma.**Direito Eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida.**Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROENÇA, Luis Roberto.**Inquérito civil**. São Paulo: RT, 2001.

ROSA, Márcio Fernando Elias; PAZZAGLINI FILHO, Marino; FAZZIO JÚNIOR, Waldo.**Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1998.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos.**Improbidade administrativa**: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. São Paulo: Forense, 2007.

SARMENTO, George.**Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira.**Improbidade administrativa**. Campinas: Vale do Mogi, 2002.

SEABRA, Antônio Luiz Bandeira.**Prática forense da improbidade administrativa**: Lei nº 8429/92 interpretada. Campinas: Syslook, 2007.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo.**Improbidade administrativa** no exercício das funções do Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2002.

TOLOSA FILHO, Benedicto.**Comentários à lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Forense, 2003.

TOURINHO, Rita.**Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004.

9.5. Jurisprudência

EMENTA: ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE. 1. Por óbice da Súmula nº 282/STF, não pode ser conhecido recurso especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal a quo. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexiste espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. (Resp.Nº 708.170 - MG (2004/0171187-2), Rel. Ministra Eliana Calmon, Brasília-DF, julgamento: 06 de dezembro de 2005).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92. ATO DE IMPROBIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO. 1. Os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) normalmente sujeitam o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre são dolosos e ferem o interesse público, ocupando o mais alto degrau da escala de reprovabilidade. Todos são prejudicados, até mesmo os agentes do ato ímprobo, porque, quer queiram ou não, estão inseridos na sociedade que não respeitam. 2. Na reparação de danos prevista no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, e não apenas o efetivo ganho ilícito auferido pelo agente do ato ímprobo, porque referida norma busca punir o agente não só pelo proveito econômico obtido ilicitamente, mas pela prática da conduta dolosa, perpetrada em ferimento ao dever de probidade. 3. Na hipótese em que sejam vários os agentes, cada um agindo em determinado campo de atuação, mas de cujos atos resultem o dano à Administração Pública, correta a condenação solidária de todos na restituição do patrimônio público e indenização pelos danos causados. 4. Recursos especiais conhecidos em parte e improvidos.(RESP 678599/MG – STJ)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 10, INCISO XII, DA LEI nº 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. 1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal. 2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art. 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração). 3. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92. 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art.10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. 5. Recurso especial provido.(REsp 842428 / ES RECURSO ESPECIAL 2006/0068856-1 - STJ)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.° 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estado de Minas Gerais em face de servidores públicos municipais, membros de Comissão de Julgamento de Licitação, na modalidade de convite, por ato de improbidade administrativa, decorrente do favorecimento de empresa no procedimento atinente à contratação de serviços de transporte e monitoramento de crianças cadastradas no Programa Brasil Criança Cidadã - Projeto a Caminho do Futuro. 2. É de sabença o caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas

meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. 4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. 5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido.[...]" (REsp 807551 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0006443-0 – STJ)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRADOR PÚBLICO - CONTAS REJEITADAS - RESSARCIMENTO - SEQÜESTRO DE BENS - PRESCRIÇÃO - LEI nº 8.429/92 - ALCANCE DA APLICABILIDADE - COMPETÊNCIA - LEI nº 10.628/02 – INAPLICABILIDADE - FUNDAMENTOS DA MEDIDA - RECURSO DESPROVIDO. Cuidando-se de ação civil pública que, diversamente daquela que busca a responsabilização e a sanção do administrador, persegue a reposição de valores ao erário com sustentação em rejeição de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, não há que se falar em prescrição, eis que a ação consagra situação de indisponibilidade de direitos; da mesma forma, na esfera exclusiva do seqüestro, norma de natureza processual, pouco importa que tal se dê com base em lei vigente depois do período a que se referem as contas rejeitadas. A Lei nº 10.628/02 não é - independente do exame de sua constitucionalidade – aplicável às ações em que se busca apenas o ressarcimento de valores ao erário público, e não a responsabilização por atos de improbidade administrativa, o que torna competente o juízo singular. A medida de seqüestro de bens, tal como prevista na Lei nº 8.429/92, se presta para garantir a preservação do patrimônio público, e, baseando-se em legislação menos exigente – quanto aos requisitos – do que a norma processual comum, deve ser concedida quando se vê que a ação de ressarcimento se funda em rejeição de contas por órgão técnico, cuja decisão é desprovida, por natureza, de conotação política. (Relator Moreira Diniz, Data do acórdão: 18/03/2004 e Data da publicação:04/05/2004)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LESÃO CAUSADA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA, ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SENTENCIADAS: PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL - REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO - INAPLICABILIDADE DAS PENALIDADES DA LEI Nº 8429/92 AOS FATOS A ESTA ANTERIORES – DEVER DE RESSARCIR – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 37, § 5º, E 129, III, DA CF/88; 1º, IV, E 5º, DA LEI Nº 7347/85 (LACP) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A par da possibilidade de cidadão legitimado intentar ação popular, com idêntica finalidade, admissível e próprio o manejo, pelo Ministério Público, de ação civil pública para defesa do patrimônio público, inclusive com eventual reparação de danos ao erário, consoante a CF/88 e a Lei nº 7347/85. 2. A despeito na inaplicabilidade das sanções da Lei nº 8429/92 aos fatos a esta anteriores, o dever de ressarcir é imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, sendo imperativo se comprovado efetivo dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. 3. Recurso ministerial parcialmente provido. (Relator Pedro Henriques, Data do acórdão: 05/02/04, Data da publicação: 30/04/04)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REPARAÇÃO AO ERÁRIO – PRESCRIÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. A prescrição qüinqüenal não se aplica às ações de ressarcimento aos cofres públicos, oriundas de ilícitos administrativos, pelo que dispõe a parte final do art. 37, § 5º, da CF/88. Evidenciados o fumus boni iuris e o periculum in mora no processado, em face da existência de indícios da prática de improbidade administrativa pelo agravante, haverá de persistir a decisão que determinou a indisponibilidade dos seus bens, a qual somente alcançará aqueles que se mostrem suficientes para garantir eventual reparação do erário, a teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.Agravo desprovido. (Relator Lucas Sávio V. Gomes, Data do acórdão: 18/03/04 e Data da Publicação: 06/04/04)

"REsp 586248 / MG 2003/0129146-0 Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA Data do julgamento: 06/04/2006 Data da publicação/fonte: DJ 04.05.2006 p. 135 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA POR PARTE DOS AGENTES POLÍTICOS. I - O Tribunal a quo realizou a prestação jurisdicional invocada, pronunciando-se sobre os temas propostos, tecendo considerações acerca da demanda, não sendo obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da litis contestatio, o que ocorreu no presente caso. II - É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de ser o Ministério Público legítimo para propor ação civil pública na hipótese de dano ao erário público. III - A ação

civil pública é imprescritível, porquanto inexiste disposição legal prevendo o seu prazo prescricional, não se aplicando a ela os ditames previstos na Lei nº 4.717/65, específica para a ação popular. IV - A análise do recurso especial acerca da ocorrência de cerceamento de defesa, pela impossibilidade de produção de prova pericial, resta prejudicada quando enseja o reexame do substrato fático-probatório contido nos autos, o que é vedado pela Súmula nº 07/STJ. V - "No que se refere à alegada ausência de comprovação de culpa ou dolo dos agentes políticos, essencial destacar que a culpa dos recorrentes está consubstanciada na maneira negligente e imprudente em que aprovaram a resolução (fls. 102) para aumentar seus vencimentos sem um mínimo de fundamento legal, posto que o art. 29, V, VI, e 37, XIII, da Constituição Federal, são claros em estabelecer o modo de fixação, dos subsídios dos agentes políticos municipais, vedando qualquer vinculação ou equiparação salarial, não deixando qualquer margem de interpretação" (parecer do douto Ministério Público Federal, fls. 571). VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido". (grifo nosso).

Ação Popular. Abertura de Conta Corrente em Nome de Particular para Movimentar Recursos Públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa. Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico [...] Recurso não conhecido.(STF, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26/3/1999, DJ 13/8/99)

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. ACESSO. NECESSIDADE DE SIGILO. JUSTIFICATIVA. ORDEM DENEGADA. 1. O direito do advogado a ter acesso a inquérito policial não é absoluto, devendo ceder diante da necessidade de sigilo na investigação, examinada no caso concreto. 2. Tratando-se de exceção à regra geral, a autoridade policial deverá apresentar as razões da necessidade do sigilo. 3. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. (DJU, 16/12/02, p. 245)

EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.(STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança 21729-4/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 19/10/2001, p. 33)

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO RELATIVO. SUSPEITA DE CRIME FINANCEIRO. 1. A suspeita de crime financeiro, calcado em prova de lesividade manifesta autoriza a obtenção de informações preliminares acerca de movimentação bancária de pessoa física ou jurídica determinada por autoridade judicial com o escopo de instruir inquérito instaurado por órgão competente. 2. A quebra do sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, diverso da natureza do processo, o que afasta a alegação de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes.

(Vide § 3º e § 4º do art. 1º e 7º da Lei Complementar nº 105/2001) 4. Recurso Ordinário improvido. (STJ, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15149/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/03/2003, DJU 07/04/2003, p. 223.) Com efeito, é assente na doutrina que a denominação "agentes públicos" refere-se genérica e indistintamente a todos os sujeitos que servem ao poder público, que desempenhem funções estatais, considerando-se um "gênero" do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados. Nesse sentido, assim dispõem os arts. 1º, 2º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa:

> […]
> Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão "agente público" possui expressivo elastério o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao poder público.

A própria lei, em seu art. 2º, amplia o seu espectro, por isso que de maneira exemplificativa emprega a expressão "ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função" fazendo remição ao art. 1º o qual retrata os sujeitos ativos dos atos de improbidade.

OSÓRIO Fábio Medina. In: Improbidade Administrativa. 2 ed. Síntese, 1997. p. 97-99, ao tratar da conceituação do termo "agentes públicos", afirma que quanto às atividades delegadas, quando engendradas em detrimento de qualquer entidade de Direito Público, podem ser considerados sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa os denominados "agentes delegados":

Cumpre examinar os sujeitos ativos do ato de improbidade à luz da Lei nº 8.429/92. Imperioso analisar as diversas acepções de agente público que se destinam a ser tutelados pela legislação repressora da improbidade, interpretando o art. 2º da Lei nº 8.429/92. Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. A regra é a atribuição de funções ao órgão, as quais são repartidas entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargos. O agente titulariza o cargo – o qual integra o órgão – para servir ao órgão. As funções são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes. A verdade é que os agentes públicos repartem-se em quatro espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados. O conceito de agente público, para efeitos de controle da probidade administrativa, levará em linha de conta, fundamentalmente, o art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, diferenciando-se, em certa medida, das concepções doutrinárias que visualizam os agentes delegados como espécies de agentes públicos. Os agentes delegados são aqueles que são particulares e recebem incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público, realizando-o em nome próprio. São colaboradores com o poder público. 'Nesta categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo'. Os chamados permissionários, concessionários e autorizatários realizam serviços públicos pela descentralização administrativa. Serviços concedidos são aqueles que o particular realiza ou executa, em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público executado por particular em razão da concessão. HELY LOPES MEIRELLES é de opinião no sentido de que os agentes delegados, quando lesam direitos no desempenho das funções delegadas, devem responder civil e criminalmente sob o império das normas que regem a Administração Pública de que são delegados, inclusive por crime funcional, pois a transferência da execução não descaracteriza o caráter público da atividade, tanto que a lei de mandado de segurança considera 'autoridade', para fins de impetração, as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público. Estarão os agentes delegados, todavia, sob o império direto da Lei nº 8.429/92? Interessante observar, nesse tópico, que a lei busca, primordialmente, tutelar o dinheiro público, o patrimônio público material, tanto que a definição dos sujeitos passivos alcança aqueles que atuam comumente ao abrigo das normas de direito privado, mas, por circunstâncias especiais, se encontram tocados pelo setor público. Neste campo, ocorre aquilo que se denomina de convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, na medida em que estiverem em contato com o dinheiro público, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas. As concessionárias, autorizatárias e permissionárias de serviços públicos atuam, na verdade, como empresas privadas, ao abrigo de regras do direito privado, salvo se houver nelas injeção de

dinheiro público. Assim, uma empresa de telecomunicações exerce atividade concedida pelo poder público, no que se refere ao canal televisivo, mas nem por isso estará, automaticamente, enquadrada como sujeito passivo da lei de improbidade em razão exclusiva da natureza da atividade. Em decorrência, os empregados da entidade, os agentes delegados também não se encontram sob o império da definição de sujeitos ativos, embora, por ângulo diverso, até pudessem se subsumir na ampla conceituação de agente público. É que, não obstante não sejam agentes públicos, podem concorrer ao ato de improbidade praticado por agente público, quando lesarem o erário. Os sujeitos ativos do ato de improbidade serão definidos, fundamentalmente, em razão do reconhecimento dos sujeitos passivos, porque é agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionadas no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. Dentre essas entidades, s.m.j., não se consegue vislumbrar todas as empresas concessionárias, autorizatárias ou permissionárias de serviços públicos, pelo só fato de estarem nessa condição, salvo se fosse possível inseri-la na conceituação mais ampla de 'administração indireta' exigida pelo art. 1º, caput, da lei, diante da exigência de tipicidade. (STJ, Ministro Luiz Fux, no Resp 455933).

ADMINISTRATIVO – LEI DE IMPROBIDADE – CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO 'AGENTES PÚBLICOS' – HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE) – FUNÇÃO DELEGADA – 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º da Lei nº 8.429/92: 'a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327). 2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. 3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento. 4. Em conseqüência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato ímprobo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula nº. 07 do STJ. 5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeteram às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (STJ – REsp 416.329/RS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 23/092002 – p. 254)

PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PETIÇÃO INICIAL – ARTIGO 282, III, DO CPC – REQUISITOS PROCESSUAIS DA AÇÃO – EFEITOS – A ação de improbidade administrativa, de alto destaque na vida democrática da nação, notadamente para fiscalizar o agente público, no pertinente ao patrimônio público que lhe está afeto, enseja, através de meios prontos e eficazes, alcançar judicialmente a decretação de invalidade dos atos lesivos ao erário, obrigando os responsáveis ao ressarcimento do dano causado. A demanda, contudo, deverá ser idônea para produzir os efeitos procurados, ou seja, uma decisão de mérito. Para isso há certas exigências, de cunho processual, que precisam transparecer na petição inicial que necessita estar apta ao estabelecimento da relação processual. Destarte, a peça vestibular deve ser precisa quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada. Dessa forma, os fatos, antes da citação, devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer a sua defesa. No caso em exame, a inicial não apontou o ato ilícito atribuído ao recorrente, a justificar a sua permanência na presente ação, na forma do art. 282, III, do CPC. Com efeito, é ônus do autor da ação de improbidade administrativa apresentar na peça vestibular a indicação precisa do fato e dos fundamentos jurídicos da demanda, ou seja, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício de ilegalidade e a sua lesividade ao patrimônio público. No que concerne ao recorrente não se aponta, de forma concreta e objetiva, como é em que condições teria praticado o apelado os atos de improbidade que lhe são imputados. No caso dos autos, em nenhum momento da inicial é apontado pelo autor, concretamente, a ilegalidade e a lesividade ao patrimônio público. Em alentado parecer, onde são analisados os pressupostos processuais que autorizam o ajuizamento da ação popular, aplicável ao caso dos autos, leciona o ilustre ministro Thompson Flores, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, verbis: "[…] 5. A ação em comentário, erigida em garantia constitucional, de alto destaque na vida democrática da nação, atribuiu a 'qualquer cidadão' como parcela do povo, de onde provém todo o poder, como é expressa a própria Lei Maior (art. 1º, § 1º), legitimidade ativa para fiscalizar a administração, no pertinente ao patrimônio público que lhe está afeto,

ensejando-lhe, através de meios prontos e eficazes, alcançar judicialmente, a decretação e invalidade dos atos que sejam lesíveis ao erário, obrigando os responsáveis ao ressarcimento do mal causado. Não poderia, como nem seria curial, que instaurasse ele a grave lide, sem que 'aparelhado' estivesse para ela. 6. Por isso, acentuou com propriedade José Afonso da Silva (ob. cit., p. 221, nº. 189): '[...] a demanda, contudo, deverá ser idônea, para produzir os efeitos procurados, ou seja, uma decisão de mérito. Para isso há certas exigências que precisam transparecer na petição inicial que necessita ser apta ao estabelecimento da relação processual. [...] a demanda popular propõe-se por petição na forma do art. 158 do CPC, com todos os requisitos ali especificados e mais os que no caso concreto exigir. ' o socorro ao CPC citado deflui do disposto no art. 22 da Lei nº 4.717/65; e o invocado art. 158 corresponde ao art. 282 do CPC vigente. 7. Destarte, o libelo inicial deve ser preciso quanto à indicação do fato e os fundamentos jurídicos do pedido; para a espécie, o ato cuja decretação de invalidade postula, o vício que o contaminou e em que consistiu sua lesividade ao patrimônio público da entidade indicada. É possível que o autor, de início, não disponha de todos os elementos necessários, porque não tenham sido fornecidos pelas entidades em questão. O remédio está, claramente, assegurado no art. 7º, I, 'b', e § 2º, da Lei nº 4.717. O certo, porém, é que os fatos, antes da citação devem estar devidamente expostos, bem como os fundamentos do pedido, para que os réus possam, com base neles, oferecer sua defesa. [...]". (In: Revista de Processo. p. 61/221) no caso dos autos, o autor não demonstrou, concreta e efetivamente, como se teria caracterizado a lesividade ao patrimônio público, ônus que lhe cabia, a teor do art. 333, I, do CPC. Incide, aqui, a lição do mestre da hermenêutica jurídica francesa, Fabreguettes, quando pontifica: tout fait quelconque (4), allégué en justice, contraire à L'état normal ou habituel des choses, ou à une situation acquise, doit être prouvé" (FABREGUETTES, M. P. la logique judiciaire et L'art de juger, 2 ed. Paris: Librairie Générale, 1926. p. 55). A propósito, convém recordar a velha, mas sempre nova lição de Henri de Page, in de L'interprétation des lois, éditions swinnen, Bruxelles, 1978, t. II, pp. 22/3, verbis: "dans le domaine de L'application de la loi, le juge, peut-être, en tempérera ou en élargira L'exercice. Il usera d'une certaine souplesse suivant les circonstances. Mais son oeuvre, quelque large ou discrète qu'elle soit, devra demeurer compatible avec les pouvoirs limités de juge qui lui donne la division du travail. Il n'est que juge et non pas législateur. Prisonnier de la décision d'espèce, il lui est impossible de s'en évader. Par définition, il est incapable de créer des règles générales, de "légiférer". " dessa forma, incensurável a conclusão da r. Sentença, eis que, com a devida vênia, a petição inicial padece dos vícios apontados no decisum impugnado, acarretando a improcedência da ação. Improvimento da apelação. (TRF 4ª R. – AC 2004.71.01.002194-0 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 31/10/2007, grifo nosso). [1)]

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECISÃO SINGULAR QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS REQUERIDOS – IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DA INICIAL, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR E IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À PRÁTICA DOS SUPOSTOS ATOS, BEM COMO DOS VALORES EM SUA CONTA CORRENTE – FUNDAMENTOS EXARADOS QUE NÃO MERECEM SER ACOLHIDOS – DECISÃO CORRETA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – Questões atinentes à existência ou não de improbidade pertencem ao mérito da ação civil pública, necessitando de cognição mais completa e exauriente, com a realização do contraditório, dentro do devido processo legal. Entretanto, pelo contido nos autos, há indícios de atos que infringiram condutas descritas como ímprobas, devendo ser recebida a inicial. Desde que justificado o pedido, demonstrada a necessidade de assegurar ao processo principal a sua idoneidade para cumprir, de maneira eficaz, a tutela jurisdicional definitiva, nada obsta que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos réus da ação principal. A providência não exige prova cabal, mas razoáveis elementos configuradores da lesão, sendo que, as provas colacionadas na ação civil pública deixam ver, ao menos a priori, os requisitos necessários a sua concessão, revelando a plausibilidade de virem os réus a ser responsabilizados nos termos da Lei de improbidade administrativa. O art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa determina que, a indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, dirigindo-se à qualquer um deles, pouco importando se foram adquiridos antes, durante ou posteriormente à prática dos supostos atos de improbidade. Neste contexto, mostra-se prudente e recomendável o bloqueio dos bens pertencentes aos requeridos, dentre eles os do agravante, até que estejam devidamente esclarecidos os fatos e as alegações formuladas pelo Ministério Público, não se evidenciando ilegalidade ou arbitrariedade na decisão atacada. (TJPR – AI 0368300-1 – Palotina – 4ª C.Cív. – Relª Desª Anny Mary Kuss – DJPR 6/07/2007)

ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO EM CARGOS PÚBLICOS – REMUNERAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO – ADMISSIBILIDADE – AGRAVO CONHECIDO MAS

IMPROVIDO – 1. Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto em face de decisão proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara/PB, Dr. Alexandre Costa de Luna Freire, que em sede de ação de improbidade administrativa, concedeu a antecipação da tutela para afastar do exercício das funções públicas os servidores do INSS ora Agravantes, com fundamento no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92, desde 30 de agosto de 2005. 2. Perda temporária dos vales-alimentação e vales-transportes. Ausência de prejuízo para os agravantes, pois tais benefícios visam ao suprimento de despesas inerentes ao servidor ativo, ou seja, em exercício, não se incorporando à sua remuneração. 3. No caso dos autos, inocorreu a antecipação dos efeitos da condenação com o afastamento dos Agravantes de seus cargos públicos, eis que há previsão legal determinando tal afastamento, sem prejuízo da remuneração, visando à proteção da instrução processual. 4. Agravo conhecido, mas improvido. (TRF 5ª R. – AGTR 2005.05.00.034858-2 – 1ª T. – PB – Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataide – DJU 13/12/2007 – p. 794, grifo nosso). [2)]

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE – 1. Por óbice da Súmula nº 282/STF, não pode ser conhecido Recurso Especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo tribunal a quo. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de improbidade e de responsabilidade fiscal, inexiste espaço para o administrador “desorganizado”e “despreparado”, não se podendo conceber que um prefeito assuma a administração de um município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso Especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. (STJ – RESP 200401711872 – (708170 MG) – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 19/12/2005 – p. 00355)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO – O Ministério Público, sob o suporte da Constituição Federal (art. 129, inc. III) e da Lei nº 8.429/92 (art. 17), tem indiscutível legitimidade para propor ação civil pública, tendente a obter o ressarcimento de danos ao erário público e/ou a penalização dos agentes, públicos ou particulares, que tenham praticado atos de improbidade administrativa. Transferência ilegal de valores do fundo de previdência dos servidores municipais para o pagamento de dívidas do executivo. Vedação prevista em Lei Municipal. Violação ao princípio da legalidade. Superveniente extinção do fundo e incorporação ao patrimônio do município. Improbidade administrativa tipificada no art. 11 da Lei nº 8.429/92. Viola o princípio da legalidade e, como tal, traduz ato de improbidade administrativa submetido ao alcance do art. 11 da Lei nº 8.429/92, a conduta do prefeito municipal que, às vésperas de encerrar o seu mandato, em consenso de vontades com os gestores do fundo de previdência e assistência dos servidores municipais, toma de empréstimo recursos desta entidade para resgatar dívidas do município, com violação a literal disposição de Lei local. (TJSC – AC 2005.024819-3 – Maravilha – 1ª CDPúb. – Rel. Des. Newton Janke – J. 05/10/2006)

OBSERVAÇÃO: Os modelos de peças práticas poderão ser encontrados na página do CAOPP, no site do MPMG: www.mpmg.mp.br.

[1)] Disponível em: http:www.trf4.gov.br. Acesso em: 20 abr. 2008.

[2)] Disponível em: http://www.trf5.gov.br. Acesso em: 20 abr. 2008.

10. Atuação especializada na defesa do patrimônio cultural e turístico

Autor/Organizador: Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

Introdução – Patrimônio cultural e meio ambiente

Percebe-se, nos últimos tempos, a especial atenção que vem sendo dispensada pela sociedade, pela imprensa e pelos órgãos estatais à preservação do patrimônio cultural brasileiro. Parece-nos que, depois de duas décadas de vigência da chamada Constituição Cidadã, o poder público e a sociedade finalmente estão se apercebendo do dever solidário de proteger nossos bens culturais e da responsabilidade de transmiti-los, na plenitude de sua integridade, às gerações vindouras.

Se, por um lado, é gratificante constatar essa importante e auspiciosa mudança de paradigma, por outro é impositivo que os operadores do Direito estejam preparados para enfrentar os novos e crescentes desafios que passam a se apresentar com essa nova tendência, sendo indispensável conhecer e manejar com habilidade os instrumentos aptos à satisfação da grande expectativa social acerca da efetiva proteção do patrimônio cultural de nosso país.

Como ponto de partida para a efetiva proteção do patrimônio cultural brasileiro, é necessário que se deixe de lado a visão puramente administrativista que norteou por longo tempo a aplicação dos institutos protetivos pertinentes (tombamento, desapropriação, etc.), passando a encarar tal bem jurídico como integrante do meio ambiente globalmente considerado, tratando a temática, por conseqüência, sob as luzes do Direito Ambiental.

Infelizmente, está ainda arraigada na concepção de grande parte dos brasileiros a impressão de que o meio ambiente se resume tão somente ao seu aspecto naturalístico, compreendendo apenas o solo, os recursos hídricos, o ar, a fauna e a flora. Trata-se de uma concepção equivocada e estreita da real conceituação de meio ambiente.

Já em 1976, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em sua décima nona sessão, realizada em Nairóbi, por meio da Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e à sua função na vida contemporânea, reconhecia que:

> […] os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares.

Seguindo tal direcionamento, os estudiosos do Direito Ambiental em nosso país afirmam, unanimemente, que o meio ambiente não se resume ao aspecto meramente naturalístico ou físico, mas comporta, hodiernamente, uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência, no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o envolve.

Calha trazer à colação, a propósito, a singular e precisa manifestação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho sobre o tema:

> O meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo.
> Alguns destes elementos existem independentemente da ação do homem e os chamamos de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção, e os chamamos de meio ambiente cultural.[1)]

Sobreleva ressaltar que também no Direito Comparado iremos encontrar essa concepção unitária de meio

ambiente, sendo este definido como:

> As condições físicas que existem numa área, incluindo o solo, a água, o ar, os minerais, a flora, a fauna, o ruído e os elementos de significado histórico ou estético. (*California Environmental Quality Act*, 1981).

Com efeito, o meio ambiente deve ser entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, que compreenda a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano.

Como se sabe, nos dias atuais, torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque são pouquíssimos os lugares na Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície terrena que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente naturais está cada vez mais rara.

Por isso, para os fins protecionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais ao patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, arquivístico, arquitetônico, monumental, espeleológico, arqueológico, fossilífero, urbanístico, etc.

É este, a propósito, o entendimento que vem sendo acolhido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que acerca do tema já decidiu:

> MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente *ao meio ambiente natural* (dunas) e *ao meio ambiente cultural* (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). (STJ – RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02.09.2002 – grifos nossos)

Em termos legislativos, é de lembrar que a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) traz seção que trata especificamente dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65), o que demonstra a consolidação em nosso país do entendimento de que meio ambiente é conceito amplo, no qual se inclui também o patrimônio cultural.

É realmente incontroverso que natureza e cultura são bens interdependentes e inseparáveis, o que deve ser objeto de consideração das autoridades públicas, operadores do direito, organizações não governamentais, imprensa, enfim, de todos os que militam na seara da defesa ambiental, em seus mais variados aspectos.

Sob o ponto de vista do Direito, as conseqüências práticas decorrentes de tal entendimento são extremamente significativas, podendo-se elencar as seguintes:

a) possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes cometidos contra o patrimônio cultural; b) aplicação dos princípios do Direito Ambiental em defesa do patrimônio cultural (princípios da prevenção, da reparação, da responsabilização, da intervenção estatal obrigatória, do *in dubio pro ambiente*, etc.); c) imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos causados ao patrimônio cultural; d) a indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico – quando o *Parquet* não for o próprio autor – ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127, CF/88 e art. 82, III, CPC).

Enfim, para a melhor tutela do patrimônio cultural brasileiro, é necessário compreender esse bem jurídico como integrante do meio ambiente *lato sensu*.

- 10.1. Evolução da tutela do patrimônio cultural no Brasil
- 10.2. Princípios informadores da tutela do patrimônio cultural
- 10.3. Instrumentos de proteção

- 10.4. Bens culturais em espécie
- 10.5. Técnica de atuação judicial - A ação civil pública na defesa do patrimônio cultural
- 10.6. Defesa do patrimônio turístico
- 10.7. Técnicas de atuação extrajudicial
- 10.8. Ementário de legislação pertinente
- 10.9. Jurisprudência
- 10.10. Modelos de quesitos

[1] *Op. cit*, p. 21.

10.1. Evolução da tutela do patrimônio cultural no Brasil

O primeiro indício de preocupação governamental com a preservação do patrimônio cultural brasileiro data do ano de 1742, quando o então Vice-Rei do Brasil, André de Melo e Castro, Conde de Galveias, escreveu ao Governador de Pernambuco, Luis Pereira Freire de Andrade, ordenando a paralisação das obras de transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em um quartel para as tropas locais, ocasião em que foi determinada a restauração do palácio.

Em âmbito penal, a primeira tipificação no ordenamento jurídico brasileiro que objetivou a tutela do patrimônio cultural – ainda que de forma tímida e indireta – adveio com o art. 178 do Código Criminal do Império (1830), que considerava criminosa a conduta consistente em "destruir, abater, mutilar ou danificar monumentos, edifícios, bens públicos ou quaisquer outros objetos destinados à utilidade, decoração ou recreio público, cominando pena de prisão com trabalho de dois meses a quatro anos e multa de vinte por cento do valor do dano". O Código Penal Republicano (1890) repetiu a tipificação em seu art. 328. No âmbito cível, apesar do interesse de Dom Pedro II pelos estudos da História e das Artes, pouca evolução houve acerca da proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Merece registro o Aviso de 13 de dezembro de 1855, expedido pelo Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, que transmitia ordens aos Presidentes das Províncias e ao Diretor das Obras Públicas da Corte para terem cuidados especiais na restauração dos monumentos, protegendo as inscrições neles gravadas.

Entretanto, somente em 1933 surgiu o primeiro diploma federal brasileiro que tratou do patrimônio cultural. Foi o Decreto nº 22.928, de 12 de julho daquele ano, que erigiu a cidade de Ouro Preto em Monumento Nacional.

Materializava-se finalmente, em um ato emanado do Governo Federal, o reconhecimento da obrigação estatal de preservar o patrimônio cultural brasileiro, uma vez que constava do decreto:

> [...] considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos de sua história; considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga Capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de acontecimentos de alto relevo histórico na formação de nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d'arte, que merecem defesa e conservação.

No ano seguinte, iniciou-se a organização de um serviço de proteção aos monumentos históricos e às obras de arte por meio do Decreto nº 24.735, que aprovou um novo regulamento para o Museu Histórico Nacional.

Mas o grande avanço se deu em 1934, com a consagração da proteção ao patrimônio cultural pela Constituição Federal promulgada em 16 de julho daquele ano. A novel Carta Magna instituiu a função social da propriedade como princípio constitucional (art. 133, inciso XVII) e estabeleceu o seguinte, em seu art. 134:

> Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional. Em seu art. 10 dispunha ainda a Lex maxima: Compete concorrentemente à União e aos Estados: III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a saída de obras de arte.

As importantíssimas inovações constitucionais assentaram as bases para a criação de instrumentos legais capazes de garantir eficazmente a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Em 1935, durante o Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Natureza, ocorrido no Rio de Janeiro, foi idealizada a criação de um serviço técnico especial de monumentos nacionais. O então Ministro da Educação, Gustavo Capanema, foi quem tomou a iniciativa de um projeto de lei federal referente ao assunto. Contando com a colaboração do historiador Luís Camilo de Oliveira Neto e com alusão às leis francesas e ao projeto de José Wanderley de Araújo Pinho, o Ministro encarregou o escritor Mário de Andrade, então diretor do

Departamento de Cultura do Município de São Paulo, da elaboração de um plano de criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Em 13 de janeiro de 1937, por meio da Lei nº 378, que tratava da estrutura do Ministério da Educação, Getúlio Vargas criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com o objetivo de promover no território nacional o tombamento, a conservação e a divulgação desse patrimônio. Para a direção do novel órgão de proteção foi escolhido o nome de Rodrigo Melo Franco de Andrade.

O projeto de lei sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, elaborado por Mário de Andrade e por Rodrigo de Melo Franco Andrade, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 15 de outubro de 1936, quando tramitou muito rapidamente, sendo aprovado e encaminhado ao Senado. No Senado, o texto foi aprovado com emendas e retornou à Câmara, sendo marcada a data de 10 de novembro de 1937 para a discussão final. Naquele mesmo dia, por ironia da História, um golpe de Estado dissolveu o Congresso e entrou em vigor a nova Constituição Federal, que, embora produto do autoritarismo, era mais eficaz na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Na Carta do Estado Novo, a matéria foi regulada pelo art. 134, nos seguintes termos:

> Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Cumprindo a vontade constitucional, o Estado Novo editou, depois de apenas vinte dias de existência, o seu 25º Decreto-Lei, no dia 30 de novembro de 1937, organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O texto do decreto era praticamente uma cópia do projeto de Mário de Andrade, já aprovado na Câmara e no Senado[1)]. Com a sua edição, o sistema jurídico brasileiro obteve um instrumento legal para a proteção do patrimônio cultural, batizado popularmente como *Lei do Tombamento*.

Apesar do produto final da Lei de Proteção ao Patrimônio Cultural ter-se materializado em um ato típico do autoritarismo (Decreto-Lei), ele passou por todo o procedimento democrático que antecede à sanção e à promulgação dos projetos de leis, e o seu conteúdo foi o resultado de trabalhos aprofundados e sérios de intelectuais e políticos comprometidos com a defesa da cultura brasileira.

Com o objetivo de assegurar maior efetividade aos comandos protetivos do Decreto-Lei nº 25/37, foi introduzido no Código Penal de 1940 um tipo penal que incriminava a destruição, deterioração ou alteração dolosa de bens tombados pela autoridade competente (art. 165).

O Decreto-Lei n° 3.866, de 21 de novembro de 1941, fruto nefasto do autoritarismo, dispôs sobre o cancelamento de tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional, sendo tal ato normativo duramente criticado por toda a doutrina especializada no assunto.

Findo o regime autoritário implantado pelo Estado Novo, a nova Constituição, promulgada em 1946, estabelecia, no art. 178, que os bens culturais da nação ficam sob proteção do poder público: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob proteção do poder público”. Com essa disposição de natureza programática, houve um relativo retrocesso em relação à posição adotada pelo constituinte de 1937, que deu vigor à proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro, equiparando a crime contra o patrimônio nacional qualquer atentado em relação a tais valores.

Importantíssima inovação legislativa adveio no ano de 1961, com o então presidente Jânio Quadros, quando foi sancionada a Lei nº 3.924, de 26 de junho, dispondo sobre o nosso patrimônio arqueológico.

O texto desse diploma legal foi resultado dos trabalhos desenvolvidos por uma comissão formada por estudiosos do assunto, dentre os quais estavam Paulo Duarte (USP), José Loureiro Fernandes (Universidade do Paraná), Rodrigo Melo Franco de Andrade (IPHAN) e Benjamin Campos (Procuradoria do Ministério da Agricultura).

Em 1965, objetivando o controle da evasão dos bens móveis integrantes do patrimônio cultural brasileiro, houve

a proibição da saída para o exterior de obras de arte produzidas no país até o fim do período monárquico, com a edição da Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965.

A Carta Magna de 1967 reiterou a norma programática estabelecida em 1946, dispondo no Título II – que trata *da família, da educação e da cultura* – que o amparo a esta última deve ser dado pelo Estado. A Emenda de 1969 reproduziu os preceitos da Carta de 1967, alterando-se apenas a numeração dos dispositivos.

No ano de 1968, foi sancionada a Lei n° 5.471, que proibiu, sob qualquer forma, a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros editados entre os séculos XVI e XIX.

Em meados da década de 1970, no governo do General Ernesto Geisel, foi sancionada a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, que tornou o tombamento e seus cancelamentos dependentes da homologação do Ministério da Educação e Cultura.

No ano de 1988, com o advento da nova Carta Magna, alcançamos o mais alto degrau na evolução normativa de proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Como bem salientado por Carlos Frederico Marés, acerca das várias conquistas alcançadas com a nova ordem constitucional e dos desafios para se efetivar as determinações lançadas na *Lex Magna*:

> A novidade mais importante trazida em 1988, sem dúvida, foi alterar o conceito de bens integrantes do patrimônio cultural passando a considerar que são aqueles *portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*. Pela primeira vez no Brasil, foi reconhecida, em texto legal, a diversidade cultural brasileira, que em conseqüência passou a ser protegida e enaltecida, passando a ter relevância jurídica os valores populares, indígenas e afro-brasileiros. A tradição constitucional anterior, marcava como referência conceitual expressa a monumentalidade, ao abandonar esta referência. O que a Constituição atual deseja proteger não é o monumento, a grandiosidade de aparência, mas o íntimo valor da representatividade nacional, a essência da nacionalidade, a razão de ser da cidadania.

A inclusão de todos esses conceitos na nova Constituição brasileira não é apenas um avanço jurídico, no sentido de inovar na matéria constitucional, mas traz efetivas alterações nos conceitos jurídicos de proteção:

a) consolida o termo *patrimônio cultural*, que já era usado internacionalmente e estava consagrado na literatura brasileira, mesmo oficial, mas não na lei; b) cria formas novas de proteção, como o inventário, o registro, a vigilância; c) possibilita a inovação, pelo poder público, de outras formas de proteção ao patrimônio, além do tradicional tombamento e da desapropriação. Além disso, o texto constitucional, ele mesmo, declara tombados bens que considera relevantes para o patrimônio cultural brasileiro, como os documentos e sítios dos antigos quilombos.

Porém, para que todos esses dispositivos protecionistas sejam efetivamente aplicados, será necessário novo esforço legislativo. Apesar das leis em vigor não se chocarem diretamente com o texto constitucional, estão muito aquém de sua vontade e determinação. É necessário, p. ex., regulamentar o inventário, o registro e dar nova roupagem e dimensão ao tombamento, que ficou acanhado na configuração que lhe deu o legislador em 1937.[2)]

Atendendo à real necessidade de reformulação da proteção do patrimônio ambiental brasileiro, foi promulgada, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. No referido diploma legal, a Seção IV do Capítulo V é dedicada aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, dispostos nos arts. 62 a 65.

A nova Lei de Crimes Ambientais tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente, no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e já não há necessidade de prévio tombamento para viabilizar a tutela penal.

Ademais, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente, no qual se inclui o chamado *meio ambiente cultural*.

Outra conquista legislativa adveio com a edição do Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, promovendo a proteção dos bens culturais de natureza intangível e resgatando uma dívida histórica com os bens culturais imateriais, como saberes, celebrações, expressões, que resguardam os cantos, lendas, hábitos, festas, rituais e outras práticas populares.

Por último, a Lei nº 10.257/2001 trouxe ao nosso ordenamento jurídico o Estatuto da Cidade, que estabeleceu normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, do equilíbrio ambiental, da segurança e do bem-estar dos cidadãos. Em seu art. 2º, o Estatuto definiu dezesseis postulados orientadores da política urbanística, sendo prevista como uma delas, no inciso XII, a "proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico". Por outro lado, a administração passou a contar também com novos e valiosos instrumentos de acautelamento, proteção e preservação do patrimônio cultural (estudo de impacto de vizinhança, transferência do direito de construir, direito de preempção, etc.) que reforçaram, em nível nacional, o rol daqueles já tradicionais e previstos de forma exemplificativa na Constituição Federal vigente (art. 216, § 1°).

[1)] MARÉS, Carlos Frederico. p. 22.

[2)] Op. cit, p. 23.

10.2. Princípios informadores da tutela do patrimônio cultural

Princípio da proteção

A proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta ao poder público, com a colaboração da comunidade, por força do que dispõe a Constituição Federal em seus arts. 216, § 1o, e 23, III e IV. Dessa forma, a ação protetiva do patrimônio cultural não se trata de mera opção ou de faculdade discricionária do poder público, mas de imposição cogente, que obriga juridicamente todos os entes federativos.

Em decorrência, podemos falar no subprincípio da *intervenção obrigatória do poder público* em prol da proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural, uma vez que, havendo necessidade de ação do poder público para assegurar a integridade de bens culturais, esta deve dar-se de imediato, sob pena de responsabilização[1]. Ressalte-se que a atuação do poder público nessa área deve ocorrer tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito legislativo, e até no judiciário, uma vez que cabe ao Estado a adoção e a execução das políticas e programas de ação necessários à proteção do patrimônio cultural.

Princípio da função sociocultural da propriedade

A nossa Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXIII, que a *propriedade atenderá a sua função social*. É ainda a Carta Magna que estatui como princípio norteador da ordem econômica (que tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social) a função social da propriedade (art. 170, III).

Como a Carta Magna impôs tanto ao poder público quanto à comunidade o dever de preservar o patrimônio cultural (art. 216, § 1º), evidente que os proprietários de bens culturais não podem exercer ilimitadamente o seu direito de propriedade, causando danos a esses bens, uma vez que, sendo bens de interesse público, estão sujeitos a um regime jurídico próprio.

Assim, os proprietários de bens culturais devem exercer o direito sobre eles não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, observando-se todo o regramento constitucional e legal sobre a proteção do patrimônio cultural. É precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo titular. Para alcançar a função social, ambiental e cultural da propriedade, pode o poder público valer até mesmo de instrumentos que imponham ao proprietário comportamentos positivos (e não meramente de abstenção), a fim de que a propriedade se concilie concretamente com a preservação do meio ambiente cultural.

Princípio da fruição coletiva

Este princípio decorre diretamente do art. 215, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Como os bens culturais são, à evidência, *fontes de cultura*, o acesso ao conhecimento deles deve ser assegurado à coletividade, não se podendo dispensar a eles o mesmo tratamento dado aos bens não culturais.

O alcance do princípio da fruição coletiva dos bens culturais está bem sintetizado na Conclusão de nº 06 da Carta de Santos, assim lavrada:

> O pleno exercício dos direitos de cidadania relacionados à fruição do patrimônio cultural só se torna efetivo se as medidas adotadas para a identificação, pesquisa, registro, proteção, conservação e preservação dos bens e manifestações de valor cultural assegurem a ampla e pública divulgação das medidas adotadas e do valor cultural dos referidos bens e manifestações, bem como o acesso público, às presentes e futuras gerações.

Princípio da prevenção de danos

A prevenção de danos ao patrimônio cultural é uma das mais importantes imposições no que tange à matéria sob análise. É de lembrar que nosso legislador constituinte estatuiu que meras ameaças (e não necessariamente danos) ao patrimônio cultural devem ser punidas na forma da lei (art. 216, § 4º); ou seja, em termos de patrimônio cultural, nosso ordenamento está orientado para uma posição de caráter fundamentalmente preventivo, voltado para o momento anterior à consumação do dano – o do mero risco.

Diante da pouca valia da mera reparação, sempre incerta e, quando possível, na maioria das vezes excessivamente onerosa, a prevenção de danos ao patrimônio cultural é a melhor solução, quando não a única, ante a dificuldade de retornar ao *status quo* de bens dotados de especial valor, representando sua degradação ou desaparecimento um empobrecimento imensurável do patrimônio de toda a humanidade.

Por isso, a proteção do meio ambiente cultural deve ser eficaz e temporalmente adequada.

Princípio da responsabilização

O princípio da responsabilização decorre do que dispõe a Constituição Federal em seu art. 225, § 3º, *verbis*:

> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A ampla responsabilidade pelos danos causados ao patrimônio cultural está relacionada com a autonomia e independência entre os três sistemas existentes: civil, administrativo e criminal, de forma que um mesmo ato de ofensa a tal bem jurídico pode e deve acarretar responsabilização, de forma simultânea e cumulativa, nas três esferas, nos exatos termos do que determina a nossa Constituição Federal.

Princípio do equilíbrio

Por força desse princípio, é necessário criar os meios adequados para assegurar a integração das políticas de crescimento econômico e social e de conservação do patrimônio cultural, tendo-se como finalidade o desenvolvimento integrado, harmônico e sustentável.

Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico é um valor precioso da sociedade, mas ele deve coexistir com a preservação do meio ambiente cultural, de forma que aquele não implique a anulação deste. Ou seja, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio, para que o desenvolvimento atenda às necessidades do presente sem comprometer os direitos das gerações vindouras.

Princípio da participação popular

O princípio da participação comunitária na proteção do patrimônio cultural expressa a idéia de que, para a resolução dos problemas atinentes a tal área, deve-se dar especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, pela participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política de preservação dos bens culturais.

As *Normas de Quito* sobre conservação e utilização de monumentos e lugares de interesse histórico e artístico, editadas em 1967, após reunião da Organização dos Estados Americanos, já prenunciavam o seguinte:

> Do seio de cada comunidade pode e deve surgir a voz de alarme e ação vigilante e preventiva. O estímulo a agrupamentos cívicos de defesa do patrimônio, qualquer que seja sua denominação e composição, tem dado excelentes resultados, especialmente em localidades que não dispõem ainda de diretrizes urbanísticas e onde a ação protetora em nível nacional é débil ou nem sempre eficaz.

Os novos tempos mostram efetivamente que o Estado, por si só, na maioria das vezes não tem condições de atuar de maneira pronta e eficaz para a satisfação de todos os anseios públicos. Daí a nova tendência constitucional de incentivar a participação da sociedade na definição e execução de medidas que visam à melhoria da condição de vida da própria população.

Princípio da vinculação dos bens culturais

Este princípio tem assento constitucional e decorre do disposto no art. 23, IV, da vigente Carta Magna, que estatui ser competência comum da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios *impedir a evasão* de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Quis o legislador constituinte, portanto, que o poder público adotasse as medidas cabíveis para assegurar a mantença de tais bens em suas origens, tendo em vista o seu elevado significado para a memória e a identidade de nosso povo.

Como decorrência deste princípio, os bens culturais brasileiros devem ser mantidos no país, ressalvada a saída temporária para o exterior com o objetivo de intercâmbio científico ou cultural. Nesse mesmo sentido, vejam-se o Decreto-Lei nº 25/37 (art. 14), as Leis n° 3.924/61 (art. 20), n° 4.845/65 (arts. 1° a 5°) e n° 5.471/68 (arts. 1° a 3°).

Princípio da educação patrimonial

A educação patrimonial decorre do princípio da participação comunitária na preservação do patrimônio cultural, acima já estudado, além de ser uma imposição constitucional expressa (art. 225, VI, CF/88).

A educação patrimonial consiste em um processo de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte de conhecimento. O termo é uma tradução da expressão inglesa *heritage education*, que surgiu no contexto de programas educativos realizados por museus, principalmente, e foi posteriormente incorporada por diversas instituições educacionais e culturais.

Na profícua Carta de Goiânia, assim ficou consignado na Conclusão de nº 04:

> Só por meio da educação é possível mudar valores e incluir a preservação do Patrimônio Cultural na rotina de vida dos cidadãos. É preciso que as instituições de cultura, educação e a sociedade em geral incluam a educação sobre o patrimônio em seus projetos.

Princípio da solidariedade intergeracional

A nossa Constituição Federal dispõe que é dever do poder público e da coletividade a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*).

Sendo certo que os bens que integram o patrimônio cultural estão incluídos entre os bens ambientais, em seu sentido amplo, impõe-se-lhes a defesa com vistas às gerações vindouras, já que são de fundamental importância para a sadia qualidade de vida e para a dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos afirmar que as gerações atuais têm a responsabilidade de cuidar para que as necessidades e os interesses das gerações futuras, no que tange ao acesso e à fruição sadia e adequada dos bens culturais, sejam plenamente salvaguardados.

Princípio da cooperação internacional

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 4º, IX, estabelece como princípio nas suas relações internacionais a *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*.

No que se refere ao meio ambiente cultural, é incontroverso que a resolução de inúmeras situações de violação aos bens que o integram deve passar pelo concurso de diversos países e pelo suporte de organizações internacionais especializadas, mormente porque a proteção desse patrimônio em escala nacional é freqüentemente incompleta, em razão da magnitude dos meios de que necessita e da insuficiência de recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se encontra o bem a ser protegido.

A cooperação deve ser realizada como uma política solidária dos diversos países, dada a necessidade intergeracional de proteção dos bens ambientais de valor cultural.

[1)] Na Carta de Goiânia, a Conclusão de nº 34 sintetizou: *"É vinculada, e não discricionária, a atividade do Poder Público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, sob pena de responsabilização"*.

10.3. Instrumentos de proteção

Com o advento da nova ordem constitucional, ficou assente e incontroverso que o tombamento (até então visto por muitos como a única ferramenta de proteção do patrimônio cultural brasileiro) tornou-se tão somente uma das formas de proteger os bens culturais existentes em nosso país, ao lado de vários outros instrumentos.

Com efeito, o legislador constituinte, no art. 216, § 1º, da CF/88:

> § 1º Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Destarte, qualquer instrumento (administrativo, legal ou judicial) ou iniciativa (pública ou privada) que detenha potencialidade para acautelar e preservar o patrimônio cultural brasileiro encontrará amparo explícito na parte final do citado dispositivo legal.

Assim, o tombamento é uma das muitas formas de preservação de um bem que possui valor cultural. Entretanto, a preservação não possui uma única face, traduzindo-se, em verdade, num conjunto de ações, que podem ser tomadas ou pelo poder público ou mesmo por particulares que visem à manutenção da memória de uma população com referência a fatos e dados históricos.

A Professora Sônia Rabello de Castro, em sua obra intitulada *O Estado na Preservação de Bens Culturais*, explicita, de forma bastante didática, que não se pode confundir preservação com tombamento, esclarecendo:

> Comumente costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. Porém é importante distingui-los, já que diferem quanto a seus efeitos no mundo jurídico, mormente para a apreensão mais rigorosa do que seja o ato de tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise a conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar este aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da Legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, caracterizam-se como ações de fomento ou têm como conseqüência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma e preservação específica. (Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 5).

A propósito, o mestre constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *Ordenação Constitucional da Cultura*[1)], ensina-nos que os meios de atuação tutelar do patrimônio cultural – constituídos por formas, procedimentos ou instrumentos preordenados para promover e proteger os bens culturais – são vários e têm por objetivo fundamental:

> [...] defendê-los de ataques, tais como a degradação, o abandono, a destruição total ou parcial, o uso indiscriminado e a utilização para fins desviados, que envilecem o patrimônio, desnaturando seus objetivos.

O Ministério Público, para cumprir sua missão constitucional de tutelar a integridade do patrimônio cultural brasileiro, poderá (mediante atuação administrativa ou judicial) agir diretamente ou provocar a iniciativa do poder público ou do setor privado para que sejam utilizados um ou mais dos diversos instrumentos de proteção, prevenção e preservação existentes em nosso ordenamento jurídico, dentre os quais se destacam os listados a seguir.

Inquérito civil público

O inquérito civil permite ao Promotor de Justiça que o preside formar sua convicção sobre os fatos levados a seu conhecimento como violadores de interesses e direitos que merecem tutela no âmbito das atribuições

conferidas à Instituição.

Por meio dele, e no uso de suas prerrogativas requisitórias, o Ministério Público pode ter acesso às informações necessárias ao deslinde da questão posta, sendo coligida a prova sem intermediários e possibilitando sua conclusão com a adoção de solução legitimada, até mesmo, pelo consenso.[2)]

Objetiva o inquérito civil colher os elementos necessários para o exercício responsável da ação civil pública, quando não dispuser o Ministério Público dos subsídios para tanto.

Subsidiariamente, o inquérito civil poderá servir para:

a) colher os elementos para o exercício de qualquer ação pública ou de outra forma de atuação a seu cargo; b) preparar a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, realização de audiências públicas e expedição de recomendações, viabilizando o alcance de soluções de conflitos sem a necessidade de acionamento do Poder Judiciário.

Não resta dúvida de que o inquérito civil se constitui em um importante instrumento de cidadania. Não raras vezes a simples instauração do procedimento investigatório acaba por abortar a possibilidade do conflito transindividual. Ademais, a sua adequada utilização previne a propositura de lides temerárias (contribuindo para desafogar o Judiciário) e viabiliza a adoção de medidas extrajudiciais de relevo, permitindo a composição do conflito coletivo sem a necessidade de acionar a lenta, burocrática e às vezes ineficiente máquina judiciária.

Nelson R. Bugalho sustenta ser indiscutível que o inquérito civil cumpre um papel de prevenção e até mesmo de intimidação sobre o potencial causador de dano a interesse transindividual, levando-o a desistir da atividade ou a ajustar-se à legislação pertinente.[3)]

Sobre a utilização do inquérito civil público para a defesa do patrimônio cultural brasileiro, leciona Ana Maria Moreira Marchesan:

> Conquanto coexistam outros co-legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, somente ao Ministério Público foi conferido o instrumento do inquérito civil como meio de investigação.
> Inicialmente gestado para a finalidade precípua de colher elementos para que o Ministério Público pudesse identificar a ocorrência de circunstância justificadora do ajuizamento de ação civil pública, o inquérito civil vem se afirmando como valioso instrumento de tutela a *priori* e *a fortiori* dos danos ambientais.
> Muitos inquéritos, e na área do Patrimônio Cultural são pródigos os exemplos, servem como verdadeiros instrumentos de fomento de políticas públicas voltadas a ações preservacionistas desencadeadas pelos governos e pelos particulares. Mesmo sem redundarem em termos de ajustamento de conduta, ações civis públicas ou recomendações, há inquérito civis que chegam ao seu ocaso obtendo a solução do problema, como, por exemplo, o inquérito que tramitou na Promotoria de Justiça de Porto Alegre em que praticamente se monitorou a restauração completa de um prédio da antiga Companhia Estadual de Força e Luz, atual sede do Centro Cultural Érico Veríssimo.
> Nesses casos, o promotor atua tensionando o poder público e, por vezes, particulares, a buscarem soluções para que bens dotados de valor cultural, tombados ou não, escapem de tombamento no sentido físico da palavra. Essa atuação ministerial como protagonista na construção de políticas públicas voltadas à conservação de nosso Patrimônio Cultural adquire relevo no contexto brasileiro, em que vivemos uma realidade marcada por carências materiais básicas, havendo uma natural tendência dos governantes de priorizarem outras áreas, de maior visibilidade ou de maior alcance social, em detrimento à atuação preservacionista objeto deste trabalho.[4)]

Recomendação

A recomendação ministerial é o instrumento extrajudicial com que o Ministério Público expõe, mediante ato formal e não diretamente coercitivo, suas razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão concreta, a fim de advertir e exortar o destinatário (ou recomendado) a que pratique ou deixe de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa incumbe ao *Parquet*.

A vinculação do instituto da recomendação à função ministerial de *ombudsman* abre-lhe a possibilidade de provocar os agentes do poder público mesmo em situações em que a discricionariedade administrativa seja latente.

Trata-se de especial forma de controle do poder público, que é assim sintetizada por João Gaspar Rodrigues:

> Em função, exatamente, da insuficiência dos diversos controles, fez-se necessário o surgimento de um órgão que se encarregasse do controle residual, buscando associar as vantagens das diversas espécies de controle. Há situações em que não é cabível o exercício legal de qualquer espécie de controle, seja parlamentar, judicial ou administrativo, precisamente porque há casos concretos, de natureza discricionária, que refogem a qualquer dos tipos de controle interno ou externo: para tais casos concretos, o contrasteamento jurídico, somente pode ser realizado eficazmente por intermédio do *Ombudsman*. O ouvidor do povo supre e supera a rigidez granítica, a limitação e as deficiências eventuais das outras espécies de controle.[5)]

Busca-se com a recomendação a escorreita prestação de serviços públicos ou de relevância pública, bem como o respeito a direitos e bens pelos quais tem incumbência de velar o membro do Ministério Público, entre os quais se encontra o direito à fruição e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

São exemplos de consequências que podem atingir o agente recomendado em decorrência do não cumprimento das medidas apontadas pelo Ministério Público:

a) caracterização de dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal;
b) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*);
c) caracterização do dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa[6)], quando tal elemento subjetivo for exigido.

Termo de Ajustamento de Conduta

Nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, os órgãos públicos legitimados para a propositura da Ação civil pública poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento que se afigura como de indiscutível importância em termos de defesa de direitos difusos uma vez que permite a rápida solução extrajudicial de conflitos permitindo a recomposição do meio ambiente lesado, muitas vezes com resultados mais significativos e eficazes do que aqueles oriundos dos comandos frios de uma serôdia decisão judicial.

Sabe-se que o meio ambiente, neste inserido também o aspecto cultural, é um direito difuso e indisponível, a respeito do qual não se admite a transação.

Contudo, conforme preleciona Daniel Roberto Fink:

> Quando a lei autoriza celebrar-se o ajustamento de conduta, o que se quer é que o infrator ambiental se disponha, mediante a assunção de obrigações, consubstanciadas em cláusulas e condições, a recuperar o ecossistema alterado por sua ação ou atividade, de tal forma a recompor integralmente o interesse público representado pelo bem ambiental.
> Vê-se, assim, que o objeto a ser negociado não é o meio ambiente, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação de recuperar integralmente o meio ambiente.[7)]

O termo de ajustamento de conduta, quando possível, deve ser privilegiado em detrimento do aforamento de ações civis públicas. Dentre as vantagens da constituição do título executivo extrajudicial, destacam-se:

a) a parte compromissária negocia a realização de algo possível faticamente, o que facilita o cumprimento da

obrigação; b) há, por via de regra, um aprendizado sereno, por parte do degradador, acerca das obrigações impostas a todos em benefício da preservação do meio ambiente, com resultados preventivos mais eficazes; c) solução economicamente barata e célere para a resolução dos conflitos, privilegiando a defesa do meio ambiente; d) viabilidade de compor os danos ambientais de forma a permitir a aplicação dos benefícios penais relativos à transação penal, suspensão condicional do processo e da pena (arts. 17, 27 e 28, I, da Lei nº 9.605/98).

Ação civil pública

Vide Técnica de Atuação Judicial - a ação civil pública na defesa do patrimônio cultural.

Ação penal pública

A nova Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. No que se refere especificamente aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas na norma em comento (arts. 62 a 65) condutas culposas violadoras desse bem jurídico; além disso, superou-se a exigência do tombamento como pressuposto exclusivo para a proteção penal, assegurando ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Como salienta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

> Incluída na categoria dos direitos difusos, de qual é titular toda a coletividade, pode-se afirmar que a higidez do patrimônio cultural representa uma faceta daquilo que se convencionou chamar de meio ambiente sadio. Com efeito, numa perspectiva antropocêntrica, não só os elementos constitutivos do meio ambiente natural são relevantes para a preservação da espécie humana. É necessário assegurar ao indivíduo um referencial histórico, cultural, revelador de sua identidade, vinculando o presente ao seu passado e garantindo, dessa forma, o embasamento indisponível à edificação do futuro da humanidade. Os bens culturais (reminiscências do passado, testemunhos do presente e vaticínios do futuro) constituem, assim, parte integrante do patrimônio ambiental lato sensu, de indiscutível relevância para a conformação de uma sadia qualidade de vida. Daí a correta inserção dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural no rol dos crimes contra o meio ambiente.[8)]

Outra grande inovação da Lei de Crimes Ambientais está prevista em seu art. 3º, que atribuiu expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica pelos crimes contra o meio ambiente (neste incluído o seu aspecto cultural, como já visto) nos casos em que a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Ainda segundo o diploma legal, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Tombamento

Em nosso ordenamento jurídico, o instituto do tombamento surgiu com a edição do Decreto-Lei nº 25/37, que é ainda hoje a lei nacional sobre tombamentos. O legislador da época entendeu por conservar as antigas expressões reinícolas[9)] no aludido diploma legal, acabando por preservar, com tal iniciativa, o nosso patrimônio linguístico.

Assim define José Eduardo Ramos Rodrigues o tombamento:

> […] um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis ou imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro do Tombo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício de propriedade, com a finalidade de preserva-las. Portanto, trata-se de ato ao mesmo tempo declaratório, já que declara um bem de valor cultural, e constitutivo, vez que altera o seu regime jurídico.[10)]

Já para Maria Coeli Simões Pires, o tombamento é conceituado como:

> […] o ato final resultante de procedimento administrativo mediante o qual o Poder Público, intervindo na propriedade privada ou pública, integra-se na gestão do bem móvel ou imóvel de caráter histórico, artístico, arqueológico, documental ou natural, sujeitando-o a regime jurídico especial de tutela pública, tendo em vista a realização de interesse coletivo de preservação do patrimônio[11].

A finalidade do tombamento é a conservação da integridade dos bens acerca dos quais haja um interesse público de proteção em virtude de suas características especiais.

No que tange ao objeto, o tombamento pode aplicar-se aos bens móveis e imóveis, públicos ou privados, de interesse cultural ou ambiental, quais sejam: fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, cidades, regiões, florestas, cascatas, etc.

Com a submissão de determinado bem ao regime jurídico do tombamento, surgem obrigações positivas e negativas para o seu proprietário, o poder público, a vizinhança e a coletividade.

Inventário

Com a Constituição Federal de 1988, o inventário passou a integrar, expressamente, o rol dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Ou seja, trata-se de ferramenta protetiva de estatura constitucional, autônoma e autoaplicável, por se constituir em uma das formas de garantia à preservação do patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental e difuso.

Em nosso ordenamento jurídico, não há ainda lei nacional que regulamente especificamente os efeitos decorrentes do inventário como instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Independentemente da ausência da lei regulamentadora acima referida, os órgãos públicos responsáveis pela preservação do patrimônio cultural brasileiro podem e devem realizar o inventário de bens de valor cultural, e, com a inventariação, advêm conseqüências jurídicas para o proprietário do bem (desde que cabalmente cientificado do ato) e para o próprio ente responsável pelo trabalho técnico.

Logo, pode-se concluir que o bem inventariado como patrimônio cultural submete-se – conforme os ditames da Constituição de 1988 – a medidas restritivas do livre uso, gozo e disposição, tornando-se, por outro lado, obrigatória a sua preservação e conservação para as presentes e futuras gerações.

Por isso, independentemente de tratar-se de bem público ou privado, os bens culturais inventariados passam a ser considerados pela doutrina mais moderna como *bens de interesse público*.

José Afonso da Silva, invocando ensinamentos de doutrinadores italianos, afirma sobre esse regime jurídico diferenciado dos bens culturais:

> A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens – os 'bens de interesse público' – na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público. Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso – de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.
> São inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.)[12]

Ante o exposto, entendemos que advêm com o ato formal da inventariação os seguintes efeitos jurídicos:

a) os bens inventariados devem ser conservados adequadamente por seus proprietários, e sua preservação respeitada por todos os cidadãos, uma vez que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens

culturais protegidos; b) os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados mediante prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer especial vigilância sobre o bem; c) os bens inventariados ficam qualificados como objeto material dos crimes previstos nos arts. 62 e 63 da Lei nº 9.605/98.[13)]

Registro

Em nosso ordenamento jurídico, o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, viabilizando a efetiva proteção administrativa dos bens culturais intangíveis que se relacionam à identidade e à ação dos grupos sociais.

O registro implica a identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, permitindo a continuidade dessa forma de patrimônio, assim como a sua disseminação.

O processo de registro dos bens culturais em livros se assemelha ao processo de tombamento, mas não produz os efeitos restritivos que são próprios daquele. O registro identifica a referência cultural e, na medida em que contenha informações relativas aos seus dados históricos e características peculiares, permite o acesso das pessoas às informações necessárias ao conhecimento e divulgação da manifestação cultural.

A proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e de valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem a impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural.[14)]

De acordo com o art. 1º do decreto, o registro do patrimônio imaterial poderá ser efetuado em quatro livros, quais sejam: Livro de Registro dos Saberes, Livro de Registro das Celebrações, Livro de Registro das Formas de Expressão, Livro de Registro dos Lugares.

Em Minas Gerais, o Decreto nº 42.505/2002 instituiu as formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural do Estado. O modo de fazer o tradicional queijo do Serro (Vale do Jequitinhonha) foi o primeiro bem registrado como patrimônio cultural imaterial de Minas Gerais pelo IEPHA.

Vigilância

A vigilância sobre os bens integrantes do patrimônio cultural diz respeito a uma das manifestações do poder de polícia outorgado aos entes federados para que possam tutelar administrativamente tal bem jurídico.

Com efeito, a vigilância é uma das formas mais visíveis de manifestação do poder de polícia, viabilizando à administração, por exemplo, a inspeção de bens imóveis tombados, para verificar-lhes o estado e a conservação; as vistorias, para verificação do cumprimento das normas edilícias, e as inspeções prévias, para evitar a expedição de alvarás ou licenças que ponham em risco imóveis de valor cultural pela poluição, perda de visibilidade ou qualquer outra contingência nociva ao uso.

No que tange aos bens tombados, por exemplo, o Decreto-Lei nº 25/37 dispõe, em seu art. 20, que eles ficam sujeitos à *vigilância permanente* do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa.

Ressalte-se que aquele que dificultar ou obstar a ação fiscalizadora do poder público no trato de questões ambientais estará sujeito à pena de detenção, de um a três anos, e multa, nos termos do que dispõe o art. 69 da Lei nº 9.605/98.

Educação patrimonial

Não há dúvida acerca da necessidade de que todos tenham consciência da importância da preservação da

memória para que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em relação ao patrimônio cultural, uma vez que a comunidade é corresponsável pela sua gestão e defesa (CF/88, art. 216, § 1°).

Por isso, a educação patrimonial é um dos mais importantes e eficazes instrumentos de proteção do patrimônio cultural, uma vez que, por meio dela, torna-se possível mudar valores e incluir a preservação dos bens culturais na rotina de vida dos cidadãos.

A educação patrimonial pode ser definida como sendo:

> […] um processo permanente e sistemático de trabalho educacional centrado no patrimônio cultural como fonte primária de conhecimento individual e coletivo. A partir da experiência e do contato direto com as evidências e manifestações da cultura, em todos os seus múltiplos aspectos, sentidos e significados, o trabalho de educação patrimonial busca levar as crianças e adultos a um processo ativo de conhecimento, apropriação e valorização de sua herança cultural, capacitando-os para um melhor usufruto desses bens, e propiciando a geração e a produção de novos conhecimentos, num processo contínuo de criação cultural.[15)]

A conscientização das comunidades sobre o valor dos bens culturais materiais e imateriais que as cercam, a divulgação eficiente das leis (lei de crimes ambientais, leis que condicionam ou proíbem a exportação de antiguidades, leis de incentivo à cultura, etc.), de programas (programa de divulgação e recuperação de bens culturais subtraídos, p. ex.), de informações sobre bens culturais (museus virtuais, cadastro nacional de sítios arqueológicos, inventário nacional de bens imóveis em sítios urbanos tombados, guia dos bens tombados, acervo iconográfico e a rede informatizada de bibliotecas do IPHAN, p. ex.), de mecanismos de proteção (tombamento, inventário, registro, ação popular, ação civil pública, etc.), bem como a visibilidade das ações concernentes ao patrimônio e a seus benefícios sociais e econômicos, são alguns exemplos de iniciativas que podem ser desenvolvidas em sede de educação patrimonial.

Enfim, a educação patrimonial, em suas mais variadas formas, possibilita a compreensão da importância da preservação dos bens culturais e dos instrumentos existentes para tanto, tornando-se valiosa ferramenta de promoção e vivência da cidadania, despertando a responsabilidade individual e coletiva em relação ao patrimônio cultural nacional.

Proteção por meio de lei

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum impedimento à ação legislativa tendente à preservação de bem específico em razão de seu valor cultural. Ressalte-se que a via legislativa se mostra como uma das alternativas de proteção mais eficazes nas hipóteses de inércia ou desinteresse dos órgãos administrativos competentes para deflagrar o processo administrativo de tombamento. E com uma grande vantagem: o desfazimento do ato só pode se dar mediante outro diploma legislativo de mesma hierarquia.

Esse tipo de proteção muitas vezes tem sido chamado de *tombamento por lei*, expressão que nos afigura como imprópria, uma vez que, classicamente, o tombamento é considerado como sendo um típico ato administrativo.

A proteção por meio de lei, ainda que no texto da norma protetiva conste o vocábulo *tombamento*, deve ser entendida tecnicamente como inserida no conceito das *outras formas de acautelamento e preservação* de que fala a Constituição Federal após enumerar, no § 1º do art. 216, alguns dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Como bem ressalta Carlos Frederico Marés, a tradição legislativa brasileira é no sentido de reconhecer, por meio da própria lei, bens do patrimônio cultural, tomando como exemplo a cidade de Ouro Preto, monumento nacional desde 1933, legalmente protegido pelo Decreto nº 22.928, de 12 de julho.

A inexistência de consulta ao órgão técnico administrativo para fins de alicerçar a decisão por meio de lei não se mostra como empecilho à proteção. Os Poderes Legislativo e Executivo são autônomos e independentes, e conforme realça Paulo Affonso Leme Machado:

> […] parece-nos mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tombado do que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado. Além disso, o Legislativo, nos seus três níveis, pode ser assessorado, como em outras matérias, também relevantes para o país, por especialistas de notória sabedoria e idoneidade.[16)]

A possibilidade de reconhecer o valor cultural de bens pela via legislativa ficou evidenciada na própria Carta Magna, quando ela mesma, de forma expressa, *tombou* todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5°).

Também em Minas Gerais, a Constituição Estadual assim dispôs, no art. 84 do ADCT:

> Art. 84 - Ficam tombados para o fim de conservação e declarados monumentos naturais os picos do Itabirito o do Itabira, do Ibituruna e do Itambé e as serras do Caraça, da Piedade, de Ibitipoca, do Cabral e, no planalto de Poços de Caldas, a de São Domingos.
> § 1º - O Estado providenciará, no prazo de trezentos e sessenta dias contados da promulgação de sua Constituição a demarcação das unidades de conservação de que trata este artigo e cujos limites serão definidos em lei.
> § 2º - O disposto neste artigo se aplica à bacia hidrográfica do rio Jequitinhonha e aos complexos hidrotermas e hoteleiros do Barreiro de Araxá e de Poços de Caldas.
> § 3º - O Estado desenvolverá programas de emergência para recuperação e manutenção das estâncias hidrominerais.

São inúmeras as Leis Orgânicas Municipais que seguiram o mesmo exemplo, com reflexos extremamente benéficos para a proteção do patrimônio cultural de Minas Gerais.

Um aspecto de relevo prático para os fins protetivos diz respeito à menção no texto legal das limitações a que ficam sujeitos os bens protegidos (que podem ser diversas daquelas previstas para o tombamento). Outra alternativa, em termos de técnica legislativa, é a simples referência à legislação específica que dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural (ex.: fica submetido ao regime jurídico previsto na Lei Municipal nº tal o bem protegido por esta lei). Não havendo menção expressa no texto legal, e fazendo ele referência ao instituto do tombamento, entendemos que o regime jurídico a que se submeterá o bem protegido será o previsto no Decreto-Lei nº 25/37, que encerra as normas gerais sobre o referido instituto.

Plano diretor

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, em seu art. 182, a obrigatoriedade da elaboração do Plano Diretor para os municípios que tenham mais de 20 mil habitantes, por tratar-se de *instrumento básico da política e de expansão urbana* que tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

O Estatuto da Cidade reforça essa obrigatoriedade, estendendo-a às cidades de especial interesse turístico, entre outras (art. 41), e estabelecendo um prazo máximo de cinco anos para sua aprovação (art. 50).

O Plano Diretor é instrumento que, ao definir as diretrizes de desenvolvimento urbano, o faz compatibilizando os setores administrativo, econômico (extrativo, industrial e serviços), social (cultura, saúde e educação) e físico (desenvolvimento urbano e infraestrutura).

Ele deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada municipalidade, que orienta a ação da administração pública e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.[17)]

A elaboração do Plano Diretor é tarefa de especialistas nas diversas áreas de sua abrangência. As principais fases de elaboração são: coleta de dados, interpretação dos dados e fixação dos objetivos. Todo esse instrumental deve ser convertido em lei municipal (art. 40, Estatuto da Cidade), para que se torne impositivo ao

poder público e aos particulares.

Para que o Plano Diretor não seja apenas um elenco de diretrizes ou uma *carta de intenções*, deve ser amparado por legislação urbanística complementar e por uma estratégia de desenvolvimento que estabeleça, com objetividade, metas, estratégias, ações e recursos para sua consecução. A visão contemporânea coloca a questão cultural como fundamento do Plano Diretor, não apenas no capítulo que trata da preservação da memória e do patrimônio cultural, mas como chave metodológica importante. Assim, exploram-se as questões de apropriação do tecido urbano pelas populações e da proteção da paisagem, dentro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável também do ponto de vista cultural.

Estudo de impacto de vizinhança

O instrumento do *estudo de impacto de vizinhança* (EIV) foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade, em seus arts. 36 a 38. De acordo com o Estatuto, uma lei municipal definirá os empreendimentos e atividades, privados ou públicos, em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do poder público municipal.

O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Os estudos poderão indicar ao poder público a total inviabilidade do empreendimento/atividade ou apontar a necessidade de adoção de medidas que mitiguem os impactos negativos ou os compensem.

O EIV já vem sendo utilizado concretamente como instrumento de defesa do patrimônio cultural brasileiro. Em Belo Horizonte, por exemplo, a Lei Municipal nº 9.037, de 14 de janeiro de 2005, que regulamenta a Área de Diretrizes Especiais da Pampulha, exige obrigatoriamente, para a instalação de empreendimentos admitidos na região pela Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo, a apresentação de estudo de impacto de vizinhança a ser aprovado pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município. Um dos fatores que determinaram a exigência do EIV pela lei, que objetiva a requalificação urbana das áreas integrantes da região, a fim de propiciar a realização de potenciais econômicos, ampliar a oferta e as condições de apropriação de espaços públicos e acentuar a atratividade da Pampulha como espaço de lazer, cultura e turismo de âmbito metropolitano, foi a existência na região do importante Conjunto Arquitetônico da Pampulha, projetado por Oscar Niemayer e tombado nos níveis federal, estadual e municipal.

Instituição de unidade de conservação

As unidades de conservação são espaços territoriais com limites definidos e características ambientais relevantes, formalmente reconhecidos pelo poder público, com objetivos de conservação. Elas se submetem a um regime especial de administração e são objeto de medidas administrativas específicas de proteção.

Tem-se tornado comum a instituição de unidades de conservação com o escopo de proteger não só atributos naturais de determinada região, mas também aspectos integrantes do chamado meio ambiente cultural, tais como sítios arqueológicos, paleontológicos, espeleológicos, etc.

Aliás, um dos objetivos expressos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, regulamentado pela Lei nº 9.985/2000, é exatamente “proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural” (art. 4º, VII).

Na zona urbana do município de Ouro Preto, por exemplo, existe o Morro da Queimada, um sítio arqueológico de inestimável valor, que guarda testemunhos materiais das primeiras tipologias arquitetônicas da cidade e preciosos registros da exploração do ouro no início do século XVIII (ruínas das edificações da época, grandes galerias, bocas das antigas minas, construções feitas para a lavagem do ouro, etc.).

Recentemente, foi criada no município a unidade de conservação intitulada Parque Arqueológico Morro da

Queimada. A unidade pretende reverter a situação de degradação da região, que vinha passando por um processo de dilapidação das ruínas pela ocupação desordenada, com as novas construções utilizando as estruturas e pedras dos antigos vestígios arqueológicos.

A proteção do patrimônio cultural pela instituição de unidades de conservação mostra-se como uma iniciativa inteligente e prática, permitindo ao poder público escolher a categoria disciplinada na Lei do SNUC que possua o regime jurídico mais condizente com a área a ser protegida entre os grupos de unidades de proteção integral ou de uso sustentável. E com outra grande vantagem sobre o clássico instituto do tombamento: embora possa ser criada a partir de simples ato administrativo do poder público, a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica (art. 21, § 7º, Lei nº 9.985/2000).

---

[1] São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149 e 155.
[2] FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>. Acesso em: jan. 2007.
[3] BUGALHO, Nelson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental**. p. 105.
[4] **Inquérito civil público e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural**. p. 128.
[5] RODRIGUES, João Gaspar. O defensor do povo (*ombudsman*). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 5, jan. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=280>. Acesso em: 14 mar. 2007.
[6] *AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAIS DO LOTEAMENTO SÃO GERALDO II NO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO - CULPA DO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL QUE NEGLIGENCIOU NA ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA A RÁPIDA DESOCUPAÇÃO, DESATENDENDO RECOMENDAÇÃO A ELE ENCAMINHADA PELA PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO, COM PRAZO FIXADO - DANOS AO ERÁRIO COM A MORA DO RÉU QUE DETERMINOU A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO EXISTENTE E O AUMENTO DOS GASTOS COM A DESOCUPAÇÃO DAS ÁREAS. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70020363842, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 30/01/2008*).
[7] Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei nº 73.47/1985 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 121.
[8] *Op.cit*. p. 349.
[9] A palavra *tombo*, com o sentido de inventário ou registro, foi usada por Dom Fernando, em 1375, designando o Arquivo Nacional de Portugal, instalado em uma das torres que amuralhavam a cidade de Lisboa, local que ficou conhecido com o nome de Torre do Tombo. Os registros da administração portuguesa eram feitos nos Livros de Tombo, daí a sua denominação. Tombar significava, pois, inscrever nos arquivos do Reino, inventariar, arrolar.
[10] **Meio Ambiente Cultural**: Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. p. 313.
[11] **Da proteção ao patrimônio cultural**. p. 78.
[12] **Direito Ambiental Constitucional**. p. 83.
[13] Comungamos do entendimento de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto no sentido de que: "A norma do art. 216, § 1º, da Constituição Federal, corroborada agora pelo disposto no art. 63 desta Lei, permite concluir sem esforço que a autorização para proceder a alterações é exigível não apenas em relação aos bens tombados, devendo-se levar em conta, também, as demais formas de proteção já referenciadas." *Op. cit.*, p. 358.
[14] ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Op. Cit.
[15] FERRARI, Aída Lúcia. Educação Patrimonial. In: **Reflexões e contribuições para a educação Patrimonial**. Grupo Gestor (Org.). Belo Horizonte: SEE/MG, 2002. p. 108.
[16] **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 873.
[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. p. 519.

10.4. Bens culturais em espécie

O art. 216 da Constituição Federal traz uma enumeração meramente exemplificativa (e não taxativa) de bens culturais[1)] que integram o patrimônio cultural brasileiro, fazendo claro menção às formas de expressão; aos modos de criar, fazer e viver; às criações científicas, artísticas e tecnológicas; às obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e aos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Não pretendeu o legislador constitucional – e seria praticamente impossível fazê-lo – referir-se a cada um dos inúmeros e diversificados bens culturais de nosso povo, de forma que ficou aberta a possibilidade de inserção de outros elementos além dos referidos no texto da Constituição.

Abaixo, fazemos breve análise de algumas das principais categorias de bens que integram o patrimônio cultural nacional.

As formas de expressão

São consideradas como formas de expressão passíveis de integrar o patrimônio cultural as línguas (não só a portuguesa, mas também as indígenas e africanas), a literatura, a música, a dança, as artes, as festas, o folclore, entre outras.

As formas de expressão são grandes responsáveis pela transmissão de costumes, tradições e hábitos, razão pela qual são consideradas poderosos instrumentos de divulgação da cultura.

Dentre as formas de expressão acima mencionadas, destacam-se as línguas, que possibilitam ao homem a criação de tradições e a transmissão de conhecimentos entre as gerações.

A língua portuguesa, adotada como a oficial da República Federativa do Brasil pelo art. 13, *caput*, da Constituição Federal, foi alçada a uma condição jurídica especial, diferente da condição jurídica de qualquer outro idioma. Por força de tal dispositivo constitucional, o português deve ser considerado o instrumento de comunicação por excelência, ou seja, a comunicação em nosso país deve-se fazer prioritariamente (mas não exclusivamente) nessa língua.

Objetivando a proteção das formas de expressão, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu, em seu art. 1º, a instituição do Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas.

Também algumas práticas desportivas podem ser inseridas nas formas de expressão do povo brasileiro, como, por exemplo, o futebol.[2)]

Aliás, a Lei nº 9.615/98 dispõe expressamente em seu art. 4º, § 2º:

> A organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Os modos de criar, fazer e viver

Os modos de criar, fazer e viver nada mais são do que os hábitos, os costumes e as tradições de nosso povo, oriundos das influências sofridas por parte dos grupos formadores da sociedade brasileira. Dizem respeito à maneira como vivem os brasileiros, abrangendo sua culinária, agricultura, crenças, costumes, hábitos, religião, etc.

Objetivando a proteção desses bens, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu, em seu art. 1º, a instituição do Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades, e o Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social.

No estado de Minas Gerais, que possui legislação própria sobre a proteção do patrimônio imaterial, foi inscrito no Livro dos Saberes, em 7 de agosto de 2002, o processo de fabricação do famoso queijo da cidade do Serro, no Alto Jequitinhonha. Este modo de fazer, isto é, o processo ou técnica de produção do queijo artesanal da região do Serro, representa uma das mais significativas e importantes manifestações tradicionais, do ponto de vista econômico e social, enraizadas no universo do cotidiano daquela comunidade. Assim, constitui referência cultural relacionada à identidade, à memória e à ação daquele grupo social.

As criações científicas,artísticas e tecnológicas

As criações científicas, artísticas e tecnológicas também podem integrar o patrimônio cultural brasileiro.

Um produto que podemos citar como resultado de tecnologia (conjunto de conhecimentos) genuinamente brasileira é a rapadura, nome dado ao açúcar mascavo produzido em forma de tijolo, principalmente no Nordeste do país, há séculos. O gênero não é apenas um subproduto da cana-de-açúcar, mas patrimônio cultural, pois se entrelaça com nossa história desde o período colonial. Assim, a titularidade sobre o nome rapadura é coletiva, pertence a todos os brasileiros, sendo seu uso público e notório. Não é lícito, portanto, o registro comercial da marca Rapadura, designativa do produto.

Com efeito, em âmbito nacional, a Lei Federal nº 9.276/96 assim dispõe, em seu art. 126:

> A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

Entretanto, foi objeto de recente divulgação na imprensa nacional o fato de que a empresa alemã Rapunzel efetuou, ilicitamente, o registro da marca *Rapadura* nos EUA (*United States Patent and Trademark Office*) e na Alemanha (Empa, antigo *Reichspatentamt*).

Em âmbito internacional, existem tratados que vedam o registro de marca usual nos hábitos constantes do comércio de um país. As principais regras internacionais que regem a proteção das marcas e patentes são a Convenção de Paris (1883), suas revisões de Haia (1925) e Estocolmo (1975), recepcionadas pelo Brasil por meio dos Decretos nº 10.056/29 e nº 75.572/75, respectivamente. Por isso, segmentos interessados estão adotando medidas administrativas e judiciais para requerer a anulação do equivocado registro, feito ao arrepio da normatização internacional.

Espaços destinados às manifestações artístico-culturais

Procurou a Constituição Federal a preservação dos espaços físicos onde são realizadas manifestações artístico-culturais, tais como cinemas, teatros, galerias de arte, museus, bibliotecas, ginásios esportivos, casas de cultura, etc.

Os espaços referidos no texto constitucional não precisam ter intrinsecamente valor cultural, mas apenas sediar ou serem utilizados em atividades que o tenham, o que constituiu uma inovadora e inteligente previsão em nossa Carta Magna.[3)]

Para a identificação e individualização desses locais, o Decreto nº 3.551/2000, que trata do patrimônio cultural imaterial, previu, em seu art. 1º, § 1º, IV, o Livro de Registro dos Lugares, no qual serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e se reproduzem práticas culturais coletivas.

Frise-se que o registro de determinado bem imóvel no Livro de Lugares não se confunde com o tombamento. Trata-se de institutos jurídicos autônomos e distintos, pelo que não necessariamente o bem cultural inscrito em Livro preencherá os requisitos para ser tombado. É mesmo possível a dualidade de tutelas[4)].

Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico e artístico

Os conjuntos urbanos são considerados como segmentos do espaço urbano caracterizados por uma unidade morfológica de seu traçado e pela homogeneidade de seus prédios com caráter específico que lhe conferem

uma ambiência especial.

Paulo Affonso Leme Machado ressalta que a noção de conjuntos urbanos foi bem empregada pela Constituição Federal porque é mais larga do que a de cidade. Desta forma, ruas, becos, bairros, vielas, subdistritos, distritos, aglomerações e cidades estão compreendidos na expressão *conjuntos urbanos*. [5)]

O sítio histórico, segundo definição do Comitê Internacional de Jardins Históricos inserida na Carta de Florença, de maio de 1981, é uma paisagem definida, evocadora de um fato memorável, lugar de um acontecimento histórico maior, origem de um mito ilustre ou de um combate épico, assunto de um quadro célebre, etc. [6)] Ou seja, é aquele que pode ser associado a um evento ou aspecto específico da história.

O sítio de valor paisagístico, como o próprio nome sugere, é aquele que engloba uma paisagem natural de especial significado simbólico para o homem e a comunidade, sendo ela representativa da noção de lugar e história e que identifique, especialmente, determinado povo. A paisagem transformada pelo homem, como jardins históricos ou espaços abertos no campo ou nas cidades é, também, considerada patrimônio paisagístico, inserido, neste caso, na idéia de paisagem cultural. [7)]

Patrimônio documental

O patrimônio documental é formado por documentos que constituem acervo e fonte de comprovação de fatos históricos e memoráveis. Materializado sob diversas formas e sobre diferentes bases, constitui muitas vezes o principal acervo dos arquivos públicos e privados.

A importância da preservação do patrimônio documental como forma de preservação da memória nacional é indiscutível.

Se hoje sabemos, com razoável fidelidade, como ocorreu o descobrimento de nosso país, isso se deve aos documentos que foram preservados nos arquivos de Portugal, entre os quais estão: Torre do Tombo, Alfândega, Ajuda, Coimbra, Évora, Porto e o Arquivo Histórico Ultramarino.

O papel básico dos arquivos é recolher e conservar os documentos (principalmente os públicos), após estes terem desempenhado a finalidade que os fizera surgir. Os arquivistas são os responsáveis pela passagem desses documentos de sua condição de *arsenal da administração* para a de *celeiro de história.*

Para reconstituir o passado brasileiro e reconhecer o desenvolvimento de sua estrutura sociopolítica e econômica, é indispensável a existência de arquivos públicos.

Por isso, torna-se imprescindível que esses documentos sejam conservados e organizados de forma que possibilitem a pesquisa histórica. O direito à memória significa não só criar condições para os pesquisadores realizarem suas consultas, mas também para a sociedade constituir e reforçar sua identidade cultural.

Reconhecendo a grande importância da preservação do patrimônio documental brasileiro, a atual Carta Magna dispôs que a proteção dos documentos é competência comum de todos os entes federados (art. 23, III) e decretou o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º).

Ademais, atribuiu à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (art. 216, § 4°).

A Lei nº 8.159/91 dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências, reconhecendo que é dever do poder público a gestão documental[8)] e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumentos de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico, assim como elementos de prova e informação.

De acordo com a lei, consideram-se arquivos os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos.

Aproveitando a oportunidade de tratar da preservação do patrimônio documental brasileiro, chamamos a atenção para a triste situação que se observa, por via de regra, no patrimônio arquivístico existente sob a guarda do Poder Judiciário, constituído, sobretudo, pelo acervo dos autos processuais findos.

É indiscutível a importância da preservação dos autos judiciais findos, que são patrimônio público tanto no sentido administrativo quanto do ponto de vista cultural. Como depositária desse relevante patrimônio, incumbe à Justiça o dever de zelar por ele e propiciar o acesso a seus documentos, de modo a assegurar o direito à informação (art. 5º, XIV, CF/88), bem como cumprir o dever de preservar o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, CF/88), já que os processos sob a guarda do Poder Judiciário constituem elementos para o exercício da cidadania e base de preservação da memória da sociedade[9].

Contudo, são quase sempre críticas as condições de acondicionamento e organização desse precioso acervo.

Mas o pior é que muitos tribunais estaduais, fazendo indevida utilização de atos administrativos internos, acabaram eliminar sumariamente muitos processos históricos, autorizando a sua incineração sem qualquer tipo de avaliação técnica prévia.

Impende ressaltar que a Lei nº 6.246, de 7 de outubro de 1975, suspendeu a vigência do art. 1.215 do Código de Processo Civil – que autorizava a eliminação dos processos por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de cinco anos, contado da data do arquivamento – *até que lei especial discipline a matéria nele contida.*

Desse modo, somente uma norma federal, que trate especificamente acerca da matéria, poderá dizer, eventualmente, da destruição física de autos findos. E esta lei ainda não foi editada.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução nº 267/94 da Corte Superior do TJMG autorizava a destruição de autos judiciais findos, argumentando que o arquivamento de tais processos constitui um dos mais tormentosos problemas da justiça, diante da impossibilidade de destinar espaços cada vez maiores para guarda de documentos forenses, com arquivos gigantescos e ineficientes, e que a inexistência de lei que autorizasse a incineração desses documentos impunha a busca de solução pronta e eficaz, qual seja, um ato administrativo do próprio tribunal.

Já no Estado de São Paulo, em 1997, o Conselho Superior da Magistratura baixou o Provimento nº 556/97, autorizando a destruição de processos nos mesmos termos do malfadado art. 1.215 do Código de Processo Civil.

Indignada com a aberração, a Associação dos Advogados de São Paulo, em feliz iniciativa, impetrou mandado de segurança coletivo contra o ato, alegando violação aos arts. 22 e 133 da Constituição Federal e às Leis nº 8.159/91 e nº 6.246/75, mas o TJSP indeferiu a segurança pleiteada, com o argumento de que o ato impetrado encerrava norma administrativa de organização judiciária e não padecia de nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Aviado recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão datada de 16 de abril de 2002, deu provimento ao apelo e reconheceu a flagrante ilegalidade do ato impugnado, que infringia frontalmente a Lei nº 6.246/75.

Paralelamente, o Procurador-Geral da República, atendendo à representação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, propôs ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, pleiteando até medida cautelar que suspendesse os efeitos do ato impugnado, o que foi deferido.

Por ocasião da apreciação do mérito da ADIN, apesar de saber de antemão que o Recurso em Mandado de Segurança nº 11.824 havia sido julgado pelo STJ e que a decisão transitara em julgado, impossibilitando o julgamento da ação proposta no Supremo Tribunal, a Ministra Ellen Gracie proferiu seu voto, por considerar de grande importância a matéria sobre a eliminação de autos.

A Ministra fez um profundo estudo das normas a respeito da conservação de autos findos e rechaçou a tese de que a Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, tenha autorizado a destruição de processos. Entendeu estar plenamente vigente a Lei nº 6.246/75, que remeteu a lei especial à disciplina da matéria.

Ademais, invocando lições de Pontes de Miranda, a Relatora sustentou a inconstitucionalidade de norma que autorize a destruição de processos judiciais arquivados exatamente pelo alcance constitucional do dever de preservação dos documentos de valor histórico e cultural, já que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, dentre as quais estão os documentos dotados de valor histórico (arts. 215, caput, e 216, IV, da Constituição Federal).

As decisões do STJ e do STF sobre a matéria tiveram uma repercussão extremamente benéfica para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, de tal modo que vários Tribunais que haviam trilhado o mesmo caminho do Conselho da Magistratura de São Paulo revogaram ou suspenderam os efeitos de seus atos administrativos.

Em Minas Gerais, por exemplo, a Resolução nº 267/94 teve seus efeitos suspensos pela Resolução nº 344/98 em 28 de dezembro de 1998.

Patrimônio bibliográfico

A preservação dos livros, fontes primárias e testemunhas materiais do desenvolvimento sociocultural humano, garante a transmissão de informação e de conhecimento (de natureza científica, técnica, artística, filosófica, humanística, de entretenimento, etc.) para as futuras gerações.

Muito mais do que um simples documento, o livro é um veículo de disseminação de informação, um meio de comunicação social, estando presente no cotidiano humano há centenas de anos, nas mais diversas situações. Daí a importância de preservar, organizar e difundir o patrimônio bibliográfico nacional.

Em nosso ordenamento jurídico, a proteção do patrimônio bibliográfico mediante o processo de tombamento é expressamente prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 25/37.

Procurando impedir a evasão do acervo bibliográfico brasileiro para o exterior (independentemente de prévio ato de tombamento), a Lei nº 5.471/68 proíbe a saída do país – ressalvados os casos autorizados pelo Ministério da Cultura – de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, incluídas aquelas que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidas.

Mais recentemente, objetivando assegurar o registro e a guarda da produção intelectual nacional, além de possibilitar o controle, a elaboração e a divulgação da bibliografia brasileira corrente, bem como a defesa e a preservação da língua e cultura nacionais, a Lei nº 10.994/2004 regulamentou o depósito legal de publicações (produzidas por qualquer meio ou processo para distribuição gratuita ou venda) na Biblioteca Nacional.

Patrimônio arqueológico

Segundo a Carta de Lausanne para a proteção e a gestão do patrimônio arqueológico (ICOMOS, 1990), este é definido como a porção do patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários, englobando todos os vestígios da existência humana que podem ser encontrados na superfície, no subsolo ou sob as águas.

Em nosso país, a proteção específica para os bens de valor arqueológico surgiu com a edição da Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos. Até então, a proteção de tais bens dependia do tombamento (regido pelo Decreto-Lei nº 25/37), instituto pouco adequado à tutela do patrimônio arqueológico, uma vez que, em muitos casos, a pesquisa científica necessária para o estudo dos sítios acaba por desmontá-los integralmente, o que a rigor contraria a norma de proteção integral inserta no art. 17 da Lei de Tombamento.[10)] A propósito, como bem ressalta o insigne arqueólogo André Prous, da Universidade Federal de Minas Gerais: “o sítio que escavamos está sendo irremediavelmente destruído por nós mesmos, como se alguém, interessado em Camões, não tivesse outra possibilidade de ler Os Lusíadas a não ser recortando as letras e colocando-as, uma após outra, dentro de uma caixa, tendo que reconstruir o texto a partir das anotações sobre a posição de cada uma”[11)].

Com o advento da Lei nº 3.924/61, foi estabelecido um regime jurídico próprio para os bens de valor arqueológico, cuja proteção passou a decorrer *ex vi legis*, sem necessidade de tombamento. Atualmente, todo e

qualquer sítio arqueológico se submete à especial proteção estabelecida pela norma federal acima referida (art. 1°), e a sua individuação, fundamental para que se determine exatamente qual o objeto tutelado, gerando segurança jurídica, é feita por meio do registro da jazida (ato administrativo individualizador) no Cadastro dos Monumentos Arqueológicos do Brasil, gerenciado pelo IPHAN (art. 27).

Ressalte-se que bens arqueológicos e bens pré-históricos não são sinônimos. Estes últimos dizem respeito ao período em que o homem viveu antes da descoberta da escrita, enquanto os bens arqueológicos podem ser posteriores, como no caso de vestígios de aldeamentos indígenas pós-cabralinos.

Existem atualmente cerca de 20.000 sítios arqueológicos identificados no país, dos quais apenas cinco são tombados em nível federal.

O art. 20, X, da Constituição Federal dispõe que as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União Federal e, por conseguinte, são bens inalienáveis e imprescritíveis. Por sua vez, o art. 5º da Lei nº 3.924/61 declara que qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos arqueológicos ou pré-históricos é considerado crime contra o patrimônio nacional.

Também versando sobre o patrimônio arqueológico em nosso país, a Lei nº 7.542, de 1986, dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

A Portaria n° 07, de 1988 (IPHAN), estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas previstas na Lei nº 3.924/61. Também sobre essa questão existe a Carta de Nova Delhi, editada pela Unesco em 5 de dezembro de 1956, que define os princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisas arqueológicas.

A Portaria n° 230, de 2002, trata dos levantamentos arqueológicos que devem ser realizados para a obtenção de licenças ambientais nos órgãos competentes. A Portaria nº 28/2003, por derradeiro, trata dos estudos arqueológicos que devem ser realizados previamente à instalação de usinas hidrelétricas.

Patrimônio paleontológico

A Paleontologia é a ciência que se ocupa do estudo de espécies desaparecidas, mediante análise de fósseis, que são vestígios de seres vivos contidos em rochas sedimentares.

O fóssil pode ser qualquer registro de vida pré-histórica preservado em rocha, até partes de organismos e as suas atividades fisiológicas, tais como ovos e coprólitos, bem como pegadas e pistas.

A mais antiga norma legal sobre o patrimônio paleontológico brasileiro é o Decreto-Lei nº 4.146, de 4 de março de 1942, ainda vigente, que dispõe:

> Art. 1º - Os depósitos fossilíferos são propriedade da Nação, e, como tais, a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização do Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério da Agricultura.
>
> Parágrafo único. Independem dessa autorização e fiscalização as explorações de depósitos fossilíferos, feitas por museus nacionais e estaduais, e estabelecimentos oficiais congêneres, devendo, nesse caso, haver prévia comunicação ao Departamento Nacional da Produção Mineral.

O Decreto nº 98.830, de 30 de janeiro de 1990, sujeita as atividades de campo, para coleta de materiais (incluindo-se espécimes biológicos e minerais) por pessoa natural ou jurídica estrangeira, ao controle do Ministério da Ciência e Tecnologia (atual Secretaria Especial da Ciência e Tecnologia), a qual deve avaliar, autorizar, assim como supervisionar e analisar os resultados dos trabalhos de coleta, dispondo:

> Artigo 13 - Sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, a infração às normas deste Decreto poderão

> importar, segundo a gravidade do fato
> […]
> V - A apreensão e a perda do equipamento utilizado nos trabalhos, bem assim do material coletado, nos termos da legislação brasileira em vigor.

A Portaria nº 385 do Ministério das Minas e Energia, de 13 de agosto de 2003, destaca como competência da Diretoria de Desenvolvimento e Economia Mineral do DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral), a exploração, proteção e fiscalização do acervo fossilífero brasileiro e a preservação da memória geológica, incumbindo-lhe nos termos do art. 10:

> X - realizar estudos e ações visando à preservação, proteção e difusão do acervo técnico-científico que constitui a memória geológica do País, afeto à Autarquia, em especial os monumentos naturais, os sítios geológicos, os depósitos fossilíferos, os museus de minerais e rochas e as litotecas, fósseis e materiais relacionados, em articulação com os demais Órgãos do DNPM.

De acordo com a legislação brasileira, os fósseis são bens da União e, por conseguinte, são bens inalienáveis e imprescritíveis. A sua exploração sem a autorização legal do DNPM constitui crime ambiental. Também comete crime quem, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar o patrimônio paleontológico.

Patrimônio espeleológico

Embora não expressamente previstos no texto constitucional, os bens espeleológicos inserem-se no conceito de bens de valor ecológico e científico a que se refere o inciso V do art. 216 da CF/88.

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

No ano de 2006, segundo a Sociedade Brasileira de Espeleologia, o Brasil possuía um número aproximado de 4.245 cavernas identificadas, conforme dados do Cadastro Nacional de Cavernas do Brasil, número esse que demonstra a grandiosidade do patrimônio espeleológico de nosso país e, portanto, a importância e relevância do estudo dessas cavidades naturais.

A proteção desses locais é de fundamental importância sob o ponto de vista do patrimônio cultural, principalmente porque neles os arqueólogos e paleontólogos comumente encontram elementos informativos de grande relevância para melhor compreensão do passado da vida sobre a terra.

As cavernas, lapas, grutas e abrigos sob rocha onde são encontrados vestígios de natureza arqueológica são considerados monumentos arqueológicos pelo art. 2º, “b”, da Lei nº 3.924/61, sendo proibido o seu aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, antes de serem devidamente pesquisados (art. 3º).

Nos termos do art. 20, X, da CF/88, as cavidades naturais subterrâneas são consideradas bens de propriedade da União. Como salienta Paulo Affonso Leme Machado, não há necessidade de que cada cavidade natural subterrânea seja declarada bem da União. A norma é autoaplicável. Vale chamar a atenção para o fato de que não se exigiu excepcional ou notável interesse científico ou turístico para que a cavidade natural subterrânea seja bem público.[12)]

O Decreto nº 99.556, publicado em 1 de outubro de 1990, reafirmou o estabelecido na antiga Portaria nº 887 do IBAMA e, pela primeira vez, enfocou objetivamente a proteção e o manejo das cavernas como uma questão de cunho ambiental, enfatizando que as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, devem ser preservadas e conservadas de modo que permitam estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Segundo o parágrafo único do art. 1° do Decreto nº 99.556/90:

> Entende-se como cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo penetrável pelo homem, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que a sua formação haja ocorrido por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou do tipo de rocha encaixante. Nesta designação estão incluídos todos os termos regionais, tais como gruta, lapa, toca, abismo, furna e buraco.

O art. 3º do decreto em referência estabelece com clareza a necessidade de elaboração de estudos prévios para empreendimentos de qualquer natureza em áreas de ocorrência de cavidades naturais:

> […] é obrigatória a elaboração de estudo de impacto ambiental para as ações ou os empreendimentos de qualquer natureza, ativos ou não, temporários ou permanentes, previstos em áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico, os quais, de modo direto ou indireto, possam ser lesivos a essas cavidades, ficando sua realização, instalação e funcionamento condicionados à aprovação, pelo órgão ambiental competente, do respectivo relatório de impacto ambiental.

A Resolução CONAMA nº 347, de 10 de setembro de 2004, dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico brasileiro.

Em Minas Gerais, onde é imenso o número de cavidades subterrâneas que, não raro, guardam em seu interior bens de valor arqueológico e paleontológico, a Lei Estadual nº 11.726/94 estabeleceu-lhes especial proteção:

> Seção II
> Do Patrimônio Arqueológico, Paleontológico e Espeleológico
> Art. 13 - Os bens e sítios arqueológicos, as cavidades naturais subterrâneas e os depósitos fossilíferos sujeitam-se à guarda e proteção do Estado, que as exercerá em colaboração com a comunidade.
> § 1º - O dever de proteção estende-se às áreas de entorno, até o limite necessário à preservação do equilíbrio ambiental, dos ecossistemas e do fluxo das águas e à manutenção da harmonia da paisagem local.
> § 2º - Os limites das áreas de entorno devem ser definidos mediante estudos técnicos específicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso
> § 3º - O Estado dará proteção especial às áreas cársticas, das quais manterá cadastro e registro cartográfico específico e atualizados, destinados a orientar a sua preservação.
> Art. 14 -Para os efeitos do disposto nesta lei, consideram-se:
> I - bens arqueológicos os testemunhos móveis e imóveis da presença e da atividade humana, assim como os restos da flora e da fauna com este relacionados, por meio dos quais possam ser reconstituídos os modos de criar, fazer e viver dos grupos humanos;
> II - sítio arqueológico o local ou área em que se encontrem bens arqueológicos;
> III - sítios espeleológicos as cavidades naturais subterrâneas.
> Parágrafo único - Constituem cavidades naturais subterrâneas os espaços conhecidos como caverna, gruta, lapa, furna ou assemelhados, formados por processos naturais, incluídos o seu conteúdo mineral e hídrico, o corpo rochoso em que estejam inseridos e as comunidades bióticas abrigadas em seu interior.
> Art. 15 - A exploração econômica de qualquer natureza, bem como a realização de obra de infra-estrutura e a construção em área identificada como de interesse arqueológico, espeleológico ou paleontológico dependem da realização de estudo prévio de impacto cultural e da aprovação, pelo Conselho Estadual de Cultura, do respectivo relatório de impacto cultural, observado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 10.
> Art. 16 - O permissionário do direito de realizar escavações ou estudos de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico em território estadual deverá enviar, anualmente, ao IEPHA-MG relatório informativo do andamento dos seus trabalhos, bem como das descobertas efetuadas, para fins do disposto no art. 25 desta lei.
> Art. 17 - A descoberta fortuita de bem ou sítio arqueológico, paleontológico ou espeleológico deverá ser comunicada no prazo de 5 (cinco) dias ao Conselho Estadual de Cultura, pelo autor do achado ou pelo

> proprietário do local onde a descoberta houver ocorrido.
> § 1º - A descoberta de que trata o artigo determina a imediata interrupção das atividades que se realizem no local e a interdição deste, até o pronunciamento do Conselho Estadual de Cultura, ouvidos o IEPHA-MG e o Conselho de Política Ambiental - COPAM.
> § 2º - O trabalho, estudo, pesquisa ou qualquer atividade que envolva bem arqueológico, paleontológico ou espeleológico poderão ser suspensos, restringidos ou proibidos, a qualquer tempo, no todo ou em parte, quando se verificar utilização não permitida do bem.
> Art. 18 - O descumprimento do disposto no art. 16 e no caput do art. 17 desta lei acarretará a apreensão dos bens descobertos e a interdição dos sítios achados, sem prejuízo das demais penalidades previstas na legislação.
> Art. 19 - É proibida a retirada de bem arqueológico, espeleológico ou paleontológico da área em que foi encontrado, salvo para fins científicos.
> Art. 20 - A transferência, com finalidade científica ou educativa, de bem arqueológico, espeleológico ou paleontológico para outro Estado da Federação só será permitida por tempo determinado e com autorização expressa do Conselho Estadual de Cultura.
> Art. 21 - O Estado poderá, mediante convênio, transferir a guarda e a vigilância de bem ou sítio arqueológico, paleontológico ou espeleológico para o município em que se encontre localizado, observada a existência de plenas garantias à sua preservação.
> Art. 22 - A exploração de atividade turística em área identificada como de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico obedecerá ao disposto no art. 11 desta lei.
> Art. 23 - A organização das ações de proteção e a definição das formas de uso e manejo das áreas identificadas como de interesse arqueológico, paleontológico ou espeleológico pelo Estado serão feitas pela Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente e pela Secretaria de Estado da Cultura, mediante articulação entre seus órgãos, nos termos de decreto específico.
> Art. 24 - O Estado promoverá ações educativas junto a instituições públicas e privadas e à comunidade em geral, especialmente nas regiões em que se localizem conjuntos arqueológicos, espeleológicos e paleontológicos conhecidos, com vistas a divulgar, valorizar e orientar a preservação do respectivo patrimônio.
> Art. 25 - O IEPHA-MG manterá cadastro centralizado e atualizado dos bens, sítios e áreas de interesse arqueológico, paleontológico e espeleológico existentes no território do Estado.

Importante ressaltar a incompatibilidade do exercício de atividades minerárias em detrimento do patrimônio espeleológico nacional, já que é dever do poder público defendê-lo e preservá-lo, não podendo ser conivente com a sua destruição. O Decreto nº 99.556/90, em seu art. 1º, é claro:

> As cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, serão preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Como bem salienta Paulo Affonso Leme Machado, as cavernas não podem ser utilizadas para exploração mineral, incumbindo ao DNPM e ao IBAMA negar licenças, autorizações, permissões ou concessões para ser feita qualquer atividade de mineração nesses locais, assim como nas suas áreas de influência. Seria ilógico querer proteger as cavernas, se, de outro lado, são prejudicadas pelo uso inadequado de suas áreas de entorno ou de influência (art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 99.556/90).[13)]

Outro ponto de relevo diz respeito às atividades turísticas relacionadas com o patrimônio espeleológico (ecoturismo). Para que as visitações sejam possíveis, é necessário que se faça um planejamento prévio, e todas as informações necessárias devem ser fornecidas aos visitantes, evitando-se desse modo a ocorrência de impactos ambientais[14)].

Patrimônio Quilombola

A Constituição Federal de 1988 despendeu especial atenção em relação à preservação da cultura das comunidades originárias de quilombos [15)] , também chamadas de quilombolas.

A conjuntura histórico-social vivenciada no Brasil contribuiu para tanto, uma vez que quando da promulgação da Carta Magna celebrava-se o centenário da abolição da escravidão e o movimento negro apresentava-se intensamente mobilizado. Também, após o fim de duas décadas de regime militar, buscava- se restituir a cidadania às minorias até então excluídas do processo político.

Desta forma, a Constituição assegurou às comunidades remanescentes de quilombos o direito à propriedade de suas terras, de acordo com o disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como declarou tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5°).

O Decreto nº 4.887/2003 regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo como tais considerados os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 2°).

Nos termos do Decreto em referência, compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 3°).

Patrimônio Ferroviário

O patrimônio cultural ferroviário é constituído por bens imóveis (estações, oficinas, rotundas etc) e móveis (relógios, telégrafos, sinos, lanternas, ferramentas, documentos etc) que contam a trajetória das ferrovias no Brasil a partir do século XIX.

A maior parte desse patrimônio pertenceu à antiga Rede Ferroviária Federal S/A, que foi extinta.

Nos termos da Lei nº 1.483/2007:

> Art. 9º Caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN receber e administrar os bens móveis e imóveis de valor artístico, histórico e cultural, oriundos da extinta RFFSA, bem como zelar pela sua guarda e manutenção.
>
> § 1º Caso o bem seja classificado como operacional, o IPHAN deverá garantir seu compartilhamento para uso ferroviário.
>
> § 2º A preservação e a difusão da Memória Ferroviária constituída pelo patrimônio artístico, cultural e histórico do setor ferroviário serão promovidas mediante:
>
> I - construção, formação, organização, manutenção, ampliação e equipamento de museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos;
>
> II - conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços oriundos da extinta RFFSA.
>
> § 3º As atividades previstas no § 2º deste artigo serão financiadas, dentre outras formas, por meio de recursos captados e canalizados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura - PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991.
>
> [...]
>
> Art. 21. A União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, poderá, na forma do regulamento, formalizar termos de entrega ou cessão provisórios de bens imóveis não-operacionais oriundos da extinta RFFSA, excetuados aqueles destinados ao FC, previstos no inciso II do caput do art. 6º desta Lei, aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do

> Distrito Federal e dos Municípios, promovendo a sua substituição por instrumentos definitivos.

---

[1] "O bem cultural é algo apto a satisfazer uma necessidade de cunho cultural e que se caracteriza por seu valor próprio, independentemente de qualquer valor pecuniário, de ser testemunho da criação humana, da civilização, da evolução da natureza ou da técnica, não se esgotando em seus componentes materiais, mas abarcando sobretudo o 'valor' emanado de sua composição, de suas características, utilidade, significado, etc." (MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. p. 39).
[2] No Ag. 1998.01.00.057324-4-DF, o TRF1, em decisão de 14/12/1999, reconheceu o futebol como integrante do patrimônio cultural brasileiro.
[3] RODRIGUES, José Eduardo. **Patrimônio cultural**: análise de alguns aspectos polêmicos. p. 46.
[4] MENDES, Antônio Arthur Barros. A tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro: breves reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 633, 2 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6543>. Acesso em: 02 jul. 2005.
[5] op. Cit., p. 849.
[6] CURY, p. 254.
[7] Caderno de Diretrizes do IEPHA.
[8] A Gestão Documental é caracterizada como um conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à produção, transmissão, uso, avaliação e arquivamento dos documentos em fase corrente e intermediária, visando à sua eliminação, transferência ou recolhimento para guarda permanente.
[9] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio arquivístico sob a guarda do Poder Judiciário:** o problema da eliminação e do acesso aos autos processuais findos.
[10] Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena da multa de cinqüenta por cento do dano causado.
[11] PROUS, André. **Arqueologia Brasileira**. Brasília: UNB, 1992. p. 34.
[12] **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 107.
[13] *Op. cit.*, p. 638.
[14] O turismo pode ser responsável pela entrada de inúmeros materiais estranhos ao ambiente espeleológico, ocasionando desequilíbrio em seu ecossistema. Além disso, todas as instalações feitas nesses ambientes a fim de proporcionar a visitação, como escadas e iluminação artificial, também influenciam para o desequilíbrio ecológico interno, razão pela qual elas somente poderão ser efetuadas após um estudo prévio do impacto ambiental que poderiam causar.
[15] A palavra quilombo é originária do quimbundo, quicongo e do umbundo lumbu, 'muro', "paliçada", donde kilumbu, "recinto murado", "campo de guerra", "povoação", ou do umbundo kilombo, "associação guerreira". No Brasil significa esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos.

10.5. Técnica de atuação judicial - A ação civil pública na defesa do patrimônio cultural

Considerações gerais

A ação civil pública é, sem dúvida alguma, o mais importante e eficaz instrumento processual existente no ordenamento jurídico brasileiro apto a promover, mediante o acionamento do Judiciário, a proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural nacional.

Disciplinada pela Lei nº 7.347/85, a ação civil pública pode ser utilizada para a defesa do meio ambiente (*lato sensu*), do consumidor, da ordem urbanística, da ordem econômica, da economia popular e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

No dizer do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, as ações civis públicas conduzidas pelo Ministério Público, objetivando a preservação do meio ambiente e a reparação dos danos a ele causados, constituem o maior avanço em matéria de proteção da qualidade ambiental e da saúde da população observado em nosso país nos últimos anos.[1)]

Competência

No que tange à competência para a apreciação das ações civis públicas, nos termos do art. 2º da Lei nº 7.347/85, elas devem ser propostas no foro do local do dano, cujo juízo tem competência funcional para processar e julgar a causa.

O fato do bem cultural ser protegido por ato administrativo federal ou mesmo se tratar de bem de propriedade da União não exclui, *prima facie*, a atribuição do Ministério Público Estadual para adotar as medidas cabíveis e deduzir eventuais provimentos jurisdicionais, em âmbito cível, perante a Justiça Estadual.

Como sabido, a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição da República. Assim, a regra geral é que a competência da Justiça dos Estados se apura por exclusão da reservada pela Constituição aos Juízes e Tribunais da União.

Deste modo, o simples fato de determinada lide referir-se a bens que são considerados como de domínio federal ou que estejam sobre proteção de um órgão federal, por si só, não implica competência da Justiça Federal para apreciar a lide em âmbito cível, pois tal hipótese não se enquadra naquelas expressamente previstas no art. 109 da CF/88.

Entendimento contrário levaria à conclusão, por exemplo, de que toda e qualquer causa que verse sobre mineração (os recursos minerais são propriedade da União, a teor do disposto no art. 20, IX, da CF/88) seriam de competência da Justiça Federal, o que sabidamente não ocorre.

A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, a propósito, já se manifestou:

> COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. ALVARÁ, DE PESQUISA. NÃO TENDO A UNIÃO INTERESSE COMO AUTORA, RE, ASSISTENTE OU OPOENTE, NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA EXPLOSÃO MINERAL, COMPETENTE E A JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGÁ-LO. (STF – Conflito de Jurisdição 6663/MG - DJ 07-08-1987 PP-15433 EMENT VOL-01468-01 PP-00157 – Rel. Min. Carlos Madeira)

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. AÇÃO VISANDO À PRIORIDADE NA PESQUISA DE LAVRA. LEI Nº 227/67. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL É A FIXADA TAXATIVAMENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODENDO SER RESTRINGIDA NEM AMPLIADA POR LEI INFRACONSTITUCIONAL. A DISPUTA SOBRE DIREITOS DE MINERAÇÃO NÃO ESTA INCLUÍDA NA COMPETÊNCIA “RATIONE MATERIAE” DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO PARTICIPANDO NA RELAÇÃO PROCESSUAL A UNIÃO, AUTARQUIA OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL, O JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DA SITUAÇÃO DA JAZIDA (DLEI 227/67, ART. 27, INC. VI) NÃO AGE POR “DELEGAÇÃO”, MAS NO EXERCÍCIO DE SUA PRÓPRIA JURISDIÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZ DE DIREITO E JUIZ FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STJ PARA DIRIMI-LO. DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO ESTADUAL. (STJ - CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 2779 - Processo: 199200022391 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA SECAO - Data da decisão: 28/10/1992)

Com efeito, os Tribunais de Justiça dos Estados têm constantemente examinado questões relativas à proteção de bens culturais que constituem patrimônio da União, tais como os bens arqueológicos e espeleológicos.

Vejamos:

> Desmatamento de área de preservação permanente – Lei 6.938/81 – Responsabilidade objetiva – Recomposição da área degradada – Legalidade. – Preservação de cavernas e grutas – Exploração de jazida de calcário – Atividade que põe em risco as cavernas e grutas situadas nas proximidades da jazida e localizadas em propriedade do Estado – Ausência de Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, exigido pelo Decreto n. 99.556/90 – Cavernas e grutas preservadas e protegidas pelo Decreto Federal n. 99.274/90 e pela Resolução Conama – Impedimento legal para a atividade extrativa – Mantida sentença que julgou ação improcedente – Recurso improvido. (TJSP - Ap.Civ 008.661.5/2-00 –- Rel. Ribeiro Machado – j. 09/12/1997).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINERAÇÃO DE CALCÁRIO EM ÁREA PRÓXIMA A SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS. EMBARGO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 273 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. Uma vez atendidos os requisitos da verossimilhança das alegações do MP quanto ao caráter irreversível dos danos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, paleontológico e espeleológico da exploração minerária de extração de calcário em área contígua à outra já sujeita embargo judicial, impõe-se a confirmação da decisão pela qual foi concedida antecipação de tutela no sentido da abstenção, pelos Órgãos ambientais, de proceder aos atos administrativos preparatórios do licenciamento ambiental do empreendimento. (TJMG – Ag. 1.0000.00.350774-6/000 - Rel. Des. Fernando Bráulio - J. 18/03/2004)

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Competência. Eventual interesse da União Federal. Integração na relação jurídica processual ainda não ocorrida. Incompetência da Justiça Comum estadual inocorrente. Até que a União Federal eventualmente venha a integrar a relação jurídica processual em ação civil pública envolvendo proteção ao meio ambiente, ainda não se pode afirmar a incompetência da Justiça Comum estadual nos dois graus de jurisdição. (Agravo de instrumento nº 1.0194.03.031452-1/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 17/08/2004 , p. 22/10/2004) .

> EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE OBJETOS SACROS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não havendo, na ação cautelar de busca e apreensão de imagens sacras, ajuizada pelo Ministério Público, qualquer discussão sobre relação jurídica a envolver o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e inexistindo demonstração de interesse da autarquia federal – ou mesmo litisconsórcio a envolver a União – a competência para o julgamento da ação é da Justiça Estadual. - Tratando-se de discussão sobre a propriedade de imagens, com suspeita de que pertençam ao acervo cultural do Estado de Minas Gerais, possivelmente furtadas, e se o prejuízo aqui ocorreu, a competência é da Justiça Estadual.(TJMG – Agravo nº 1.0024.04.341695-7/001 – Comarca de Belo Horizonte – Órgão julgador: 7ª Cam. Cív. – Rel: Wander Marotta – julgado em: 27/09/2005)

Objeto

A ação civil pública poderá ter por objeto evitar o dano, repará-lo ou buscar a indenização pelo dano causado, sendo viável a pretensão de condenação em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, bem como da declaração de situação jurídica.

Nos termos do que dispõem os arts. 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor, combinados com os arts. 1º e 21 da Lei nº 7.347/85, para a defesa do patrimônio cultural brasileiro são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Como salienta Hugo Nigro Mazzilli:

> Cabem ações civis públicas condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias, constitutivas ou as chamadas ações mandamentais. Como exemplos afigure-se a necessidade de reparar ou impedir um dano (ação condenatória ou cautelar satisfativa), ou declarar nulo (ação declaratória) ou

> anular (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural. Ou a necessidade de anular um contrato administrativo que contenha algum vício, ou que indevidamente permita a demolição de um bem de valor histórico.[2)]

Em sede de ação civil pública sobre a defesa do patrimônio cultural, tendo-se em vista os princípios da prevenção e da reparação integral, há plena viabilidade de se cumularem pedidos consistentes em obrigações de fazer ou não fazer com indenização, em virtude dos danos tecnicamente irreparáveis e também dos danos extrapatrimoniais. Somente assim será possível a integral reparação objetivada pelo Direito Ambiental, evitando-se o enriquecimento ilícito do degradador em detrimento dos direitos da coletividade[3)].

Poderá ser ajuizada ação cautelar objetivando, até mesmo, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Poderá o Juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Havendo condenação em dinheiro, em Minas Gerais os valores deverão ser destinados ao Fundo Estadual de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Lei Estadual nº 14.086/2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.4751/2008.

Ação civil pública declaratória de valor cultural

Hodiernamente, em caso de omissão do poder público no dever de zelar pela integridade dos bens culturais, é incontroversa a possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem mediante um provimento emanado do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e de ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação, ante a omissão de seu proprietário ou do poder público.

O art. 216, § 1º, da CF/88 é claro ao estabelecer que o tombamento é uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única. Como abaixo se vê, há muito a doutrina, a jurisprudência e, mais recentemente, a própria legislação federal vêm consagrando a possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de certo bem e determinar as medidas necessárias à sua conservação, independentemente de prévio ato de tombamento.

Nelson Nery Júnior, em parecer acerca da viabilidade do reconhecimento do valor cultural de determinado bem pelo Poder Judiciário, argumenta judiciosamente o seguinte:

> Não se exige o tombamento formal do bem para que se possa classificá-lo como de interesse histórico. Ou o bem é de interesse histórico ou não é. E sendo, já merece a proteção pela via da ação judicial (Lei nº 7.347/85). O tombamento é formalidade que torna juris et de jure a presunção de que o monumento tem valor histórico. Somente isso. Não pode constituir-se em requisito para que o patrimônio histórico possa ser protegido, o que seria desastroso principalmente num Estado como São Paulo, onde há muitos edifícios de valor histórico.
> O mesmo alvitre é propugnado pela doutrina alemã, a propósito da interpretação do art. 2º da Lei de Proteção aos Monumentos do Estado da Baviera, de 25/06/1973. Esse art. 2º estipula a necessidade de haver um rol dos bens tombados (*Denkmalliste*), que devem sê-lo ex *officio*, dando-se ciência ao proprietário. Em comentário a esse dispositivo já se afirmou que 'o ingresso do bem no rol dos bens tombados, segundo o sistema da Lei de Proteção aos Monumentos, não é condição nem para classifica-lo como bem de valor arquitetônico, nem para a aplicabilidade da Lei de Proteção aos Monumentos (Erbel-Schiedermais-Petzet, Bayerische Denkmalschutzgesetz, Munchen, 2. ed, Comentário n. 2, I, 1, ao art. 2º, p. 41)'.[4)]

O Mestre Hugo Nigro Mazzilli leciona que:

> Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei nº 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados — e seria rematado absurdo se o fizesse.
> Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural ?!
> O tombamento, na verdade, é um ato administrativo complexo: de um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é *ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento*.

Em complemento ao afirmado, arremata o doutrinador:

> Admitir que necessário fosse o prévio tombamento para posterior defesa em juízo, seria, na verdade, tornar inócua na maioria das vezes a proteção jurisdicional. Se só bens tombados (definitiva ou provisoriamente) pudessem ser protegidos pela ação civil pública, por absurdo nem mesmo uma cautelar, dita satisfativa, destinada a impedir um dano iminente, poderia ser proposta, se o bem de valor cultural não estivesse tombado ... Frustrar-se-ia o escopo das leis, seja o da Lei nº 7.347/85 (que cuida não só da reparação do dano, como de sua prevenção), seja até mesmo o escopo da Constituição da República (cujo art. 216, § 4º, prevê punição não só pelos danos, como pelas próprias situações de risco causadas ao patrimônio cultural).
> Além do mais, partindo do raciocínio de que o bem tenha valor cultural para a comunidade, titulares deste interesse são os indivíduos que compõem a coletividade (por isso que o interesse é difuso). Ora, seria inadmissível impedir, por falta de tombamento, o acesso ao Judiciário para proteção a valores culturais fundamentais da coletividade. Não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar.[5)]

Rui Arno Richter, em brilhante estudo sobre o tema, afirma com correção:

> Assim, se o Poder Executivo e o Poder Legislativo omitirem-se na preservação e acautelamento de determinado bem ou de um conjunto de bens de valor cultural, a iminência de sua destruição, deterioração ou mutilação exige a possibilidade de remédios jurídicos à disposição da sociedade civil e do cidadão para invocar a tutela do Poder judiciário, buscando decisão judicial como outra forma de acautelamento e preservação do patrimônio cultural.
> Estes instrumentos imprescindíveis são a ação civil pública e a ação popular, que mais irão contribuir para atingir os fins para as quais foram concebidas se interpretadas pelos profissionais do Direito com o mesmo sentido de garantia de acesso à ordem jurídica justa que inspirou estas criações.[6)]

Recentemente, a Lei de Crimes Ambientais, na seção atinente aos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, tipificou como crime a lesão a bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou *decisão judicial*, o que importou no reconhecimento explícito, em âmbito nacional, da possibilidade de se proteger, pela via judicial, o patrimônio cultural brasileiro.

Desta forma, a ação civil pública tem-se mostrado como um instrumento extremamente útil, em caso de omissão do Poder Executivo e do Legislativo, no dever de preservar o patrimônio cultural brasileiro, sendo viável o reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao poder

público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à mantença de sua integridade.

Sob o ponto de vista da prática processual, importante ressaltar a lição de José Eduardo Ramos Rodrigues:

> Nem sempre o bom senso costuma imperar na Administração Pública. Daí parecer-nos essencial que, em caso de propositura de ação civil pública, tanto na cautelar como na principal, visando a preservar um bem por seu valor cultural, devam integrar o seu pólo passivo como litisconsortes não apenas o proprietário do móvel ou imóvel, mas também a pessoa jurídica de direito público interno mais próxima e que possua um órgão próprio especializado com condições e infra-estrutura capazes de efetivar a proteção e fiscalização daquele bem.[7)]

Há diversos precedentes jurisprudenciais sobre a possibilidade de se declarar o valor cultural de determinado bem por meio de ação civil pública.

Legitimidade ativa

A legitimidade do Ministério Público para tutelar o patrimônio cultural por meio de ação civil pública decorre expressamente do art. 129, III, da CF/88 e do art. 5º, I, da Lei nº 7.347/85. Não há necessidade de nenhum ato protetivo prévio sobre determinado bem cultural para que se verifique a legitimidade ministerial para a adoção das medidas cabíveis[8)]).

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Admite-se o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos passíveis de serem defendidos pela ação civil pública.

Fica facultado ao poder público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

Sobre a legitimidade do Ministério Público para propor ações civis públicas em defesa do patrimônio cultural, o STJ já assentou:

> Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Em conseqüência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. (STJ - RESP - 586307 - Processo: 200301512700 - UF: MT - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX 14/09/2004)

Controle de constitucionalidade

É plenamente viável a propositura de ação civil pública para a defesa concreta do patrimônio cultural, invocando como causa de pedir da ação não o próprio pedido, mas a inconstitucionalidade de atos normativos. Nesses casos, opera-se o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade, não havendo de se falar em invasão da competência constitucional dos Tribunais para conhecerem, com exclusividade, sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em tese (o que só é viável por ação declaratória de inconstitucionalidade).

Assim, por exemplo, suponhamos que em uma lei municipal conste, dentre outros dispositivos, um que determine a destruição de todos os documentos de valor histórico existentes em seus arquivos, e outro que disponha que no âmbito do município não serão admitidas doravante as aplicações, pelo Conselho do Patrimônio Cultural, dos instrumentos administrativos de defesa e proteção dos bens culturais imóveis, tais como o tombamento e o inventário.

Em ambos os casos, há evidente violação do que dispõe a Constituição Federal em seu art. 216, § 1o e § 2o, sendo possível a propositura de ação civil pública para pleitear a declaração *incidenter tantum* (na parte fundamentadora da sentença) da inconstitucionalidade dos dispositivos e propor que a administração se abstenha de destruir os documentos e de impedir a aplicação dos instrumentos constitucionais de proteção ao patrimônio cultural pelos órgãos municipais competentes.

Como salienta o constitucionalista Alexandre Moraes:

> O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá soluciona-l0 e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou do ato normativo – seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal.
> O Juiz ou Tribunal – CF, art. 97 – poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com efeitos somente para as partes e naquele caso concreto.[9)]

Precedentes favoráveis a respeito: STJ – RESP 493270 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 24.11.2003 – p. 00221; STJ – RESP 166877 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 13.12.2004 – p. 00272; TJDF - APC 5181599 – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Estevam Maia – DJU 30.06.2005 – p. 55.

Modelos de peças práticas

Modelos de iniciais de ação civil pública sobre todos os temas tratados neste tópico podem ser encontradas no endereço eletrônico da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais (www.mp.mg.gov.br > Execução > Coordenadoria do patrimônio cultural > Peças práticas > Ação civil pública).

---

1) O meio ambiente na visão do STJ. O papel do Judiciário na proteção ambiental. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: AMB, ano 4, n. 9, p. 7, 2000.
2) *Op. cit*. p. 196.
3) Sobre o tema *vide*: Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais. Análise dos pressupostos. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *et al*.
4) Parecer na Apelação TJSP 119.378-1 apud EI nº 55.415-5/3-02 – TJSP, j. 28/03/2001.
5) MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo** (meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural). 3. ed. revis. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1991. p. 85-86.
6) RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultual**: omissão do Estado e tutela judicial.
7) **Meio Ambiente Cultural**: Tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. p. 328-329.
8) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG – Agravo N° Nº 000.335.443-8/00 – Comarca de Pirapora - 7ª C.Civ.- Rel. Des. Wander Marotta DJPR 05/05/2003
9) MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 547.

10.6. Defesa do patrimônio turístico

Tutela legal dos bens turísticos

A Constituição Federal tratou expressamente da promoção do turismo como fator de desenvolvimento econômico e social (art. 180), além de prever a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a proteção e a responsabilidade por danos ao patrimônio turístico (art. 24, VII e VIII).

Em Minas Gerais, a Constituição Estadual traçou diretrizes específicas para a proteção e a promoção dos bens turísticos nos arts. 242 e 243.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, dispôs sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico, sendo tal norma regulamentada pelo Decreto nº 86.176, de 6 de julho de 1981.

Tal normatização objetiva dar condições para se atingir o justo equilíbrio entre a necessidade de facilitar e estimular a prática do lazer e do turismo como instrumentos de paz social e alívio das tensões próprias da vida urbana, e a preservação das manifestações culturais, das belezas naturais, da flora, da fauna e dos demais recursos naturais renováveis, para uso das futuras gerações.[1)]

Percebe-se que os bens turísticos são, na maioria das vezes, bens naturais (cachoeiras, serras, praias, matas, etc.) ou culturais (prédios históricos, museus, manifestações folclóricas e religiosas, etc.) dotados de um aspecto adicional que os qualifica como tais: o especial interesse humano pelo seu conhecimento e visitação. Assim, os bens turísticos são essenciais à sadia qualidade de vida dos cidadãos e integram a categoria de bens ambientais, ou seja, bens de interesse público sujeitos a um especial regime jurídico.

Sob o ponto de vista processual, a Lei nº 7.347/85 disciplina a ação civil pública que pode ser utilizada para evitar ou reprimir danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. De igual sorte, a ação popular é também um instrumento de proteção expressa do patrimônio turístico.

Conclui-se, dessa forma, que nosso ordenamento jurídico reconhece o patrimônio turístico como bem a ser protegido na condição de direito difuso da coletividade, estando o Ministério Público, portanto, legitimado a promover a sua defesa[2)]).

Proteção dos bens turísticos pelo Ministério Público

Proteção administrativa e judicial

A proteção dos bens de valor turístico pelo Ministério Público pode dar-se tanto no âmbito administrativo (por meio da expedição de recomendações e celebração de termos de compromisso, *v.g.*), quanto no âmbito judicial (por meio de ação civil pública ou denúncia criminal, *v.g.*).

O papel do Ministério Público na defesa dos bens turísticos pode ser para exigir condutas comissivas ou omissivas, tanto do proprietário como da administração pública.[3)]

A ação daqueles que destruírem, danificarem ou mutilarem bens de valor turístico encontrará adequação típica no art. 62 da Lei nº 9.605/98. A alteração do aspecto de bens turísticos sem licença ou autorização das autoridades competentes é tipificada como crime no art. 63 da Lei nº 9.605/98. Para a configuração de tais delitos, há a necessidade de que o objeto material da ação danosa seja especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Já para a proteção em âmbito cível, desnecessário se faz o prévio reconhecimento do valor turístico de determinado bem para se evitar o seu mau uso, degradação, abandono, destruição, etc.

O reconhecimento do valor turístico pode dar-se pelo próprio Poder Judiciário, em sede de ação popular ou ação civil pública, como ressalta Édis Milaré:

> Realmente, a identificação do valor cultural de um bem não emerge da mera criação da autoridade, visto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade. O fato de um bem determinado pertencer ao

> patrimônio cultural ou, como diz a lei, ser bem ou direito 'de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico', pode ser provado no curso da ação civil pública e referendado por provimento jurisdicional.[4]

A jurisprudência, de igual sorte, tem entendido:

> Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (art. 216, § 1º). (Apelação Cível nº 97.001063-0, 3ª Câmara Civil do TJSC, Criciúma, Rel. Des. Silveira Lenzi. j. 24.08.1999).

> *MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA EM DEFESA DE BEM CULTURAL DE VALOR HISTÓRICO, ARTÍSTICO E TURÍSTICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PARA OBSTAR DEMOLIÇÃO DE CORETO. PODER GERAL DE CAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS PELO ARTIGO 4º, DA LEI N. 7347/85. (TJMG - AGRAVO N° 1.0338.06.052707-8/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA – j. 31/07/2007)*

É de registrar que a Lei nº 6.015/73, por sua própria força e independentemente de qualquer outro ato, reconhece genericamente, em seu art. 1°, o valor turístico dos bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico; das áreas destinadas à proteção dos recursos naturais renováveis; das manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram; das paisagens notáveis; das localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas ou de lazer; das fontes hidrominerais aproveitáveis e das localidades que apresentem condições climáticas especiais.

Por isso, a tutela dos bens expressamente mencionados pela Lei nº 6.015/73 torna-se mais fácil sob o ponto de vista jurídico, pois há uma presunção legal *juris tantum* de que eles ostentam valor turístico, independentemente da existência de qualquer outro ato administrativo (tombamento, inventário, etc.) ou legal (plano diretor, instituição de unidade de conservação) que incida sobre eles.

Como destaca Luciano Loubet:

> Portanto, independentemente do bem ser protegido por alguma legislação específica, tendo ele função turística, seja para práticas recreativas ou desportivas, já poderá ser protegido por ser integrante do meio ambiente cultural. Assim, em exemplo hipotético, não poderia a Pedra da Gávea no Rio de Janeiro – local utilizado para prática de vôo livre – ser utilizada para construção de um restaurante ou qualquer outra obra que inviabilizasse a prática desse esporte, pois haveria violação ao bem turístico, o que é inadmissível, sob pena de violação da ordem infraconstitucional e constitucional.
> De igual maneira, também parece ser possível a utilização de ação civil pública objetivando evitar a implantação de um grande resort em praia paradisíaca cujo projeto arquitetônico destoe totalmente da paisagem natural ali estabelecida, prejudicando assim o interesse turístico do local.[5]

Licenciamento de atividades turísticas

A proteção dos bens de valor turístico não raras vezes demanda ações do Ministério Público, a fim de que o exercício do turismo se dê de maneira organizada, segura e sustentável.

Com efeito, como consignado no item 4 da Carta de Turismo Cultural (ICOMOS, 1976):

> Sem dúvida, qualquer que seja sua motivação e os benefícios que possui, o turismo cultural não pode estar desligado dos efeitos negativos, nocivos e destrutivos que acarreta o uso massivo e descontrolado dos monumentos e dos sítios. O respeito a estes, ainda que se trate do desejo elementar de mantê-los num estado de aparência que lhes permita desempenhar seu papel como elementos de atração turística e de educação cultural, leva consigo a definição; o desenvolvimento de regras que mantenham níveis

> aceitáveis. Em todo caso, com uma perspectiva de futuro, o respeito ao patrimônio mundial, cultural e natural, é o que deve prevalecer sobre qualquer outra consideração, por muito justificada que esta se paute desde o ponto-de-vista social, político ou econômico. Tal respeito só pode assegurar-se mediante uma política dirigida à doação do equipamento necessário e à orientação do movimento turístico, que tenha em conta as limitações de uso e de densidade que não podem ser ignoradas impunemente. Além do mais, é preciso condenar toda doação de equipamento turísticos ou de serviços que entre em contradição com a primordial preocupação que há de ser o respeito devido ao patrimônio cultural existente.

Uma das formas de se fazer com que as atividades turísticas sejam compatíveis com a proteção dos bens visitados é pelo licenciamento das atividades por meio dos órgãos de defesa do meio ambiente e patrimônio cultural, mediante o estabelecimento de regras para a visitação, além da elaboração de planos de manejo e do cumprimento de medidas mitigadoras e compensatórias.

Não havendo licenciamento, o Ministério Público poderá pleitear a paralisação das atividades turísticas até a sua obtenção. A propósito, já existe precedente jurisprudencial a esse respeito:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TURÍSTICAS - MUNICÍPIO DE BONITO - PREVENÇÃO A DANOS AO MEIO AMBIENTE - AUSÊNCIA DE LICENÇA DE OPERAÇÃO - INTERDIÇÃO ATÉ OBTENÇÃO - PROVIMENTO. Se a autora exerce atividades turísticas sem a devida licença de operação dada pelos órgãos ambientais, deve ter suas atividades interditadas até a obtenção desta. (TJMS – Ap. Civ. 2007.011472-6 - Rel. Des. Luiz Carlos Santini – j. 26/06/2007)

Citamos abaixo, a título de ilustração, algumas das principais normas que exigem a elaboração de estudos técnicos ou a aprovação do licenciamento ambiental para o exercício de atividades turísticas:

- RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997 – Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental e elenca como empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental os complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos.
- RESOLUÇÃO CONAMA nº 347, de 10 de setembro de 2004 – Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. Segundo a norma, os empreendimentos ou atividades turísticas, religiosas ou culturais que utilizem o ambiente constituído pelo patrimônio espeleológico deverão respeitar o Plano de Manejo Espeleológico, elaborado pelo órgão gestor ou pelo proprietário da terra onde se encontra a caverna, aprovado pelo IBAMA (art. 6º). O plano de manejo espeleológico é o documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais da área, se estabelecem o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da cavidade natural subterrânea.
- LEI ESTADUAL nº 11.726/94 – Dispõe sobre a política cultural do Estado de Minas Gerais, estabelecendo o seguinte, em seu art. 11:

> A exploração de atividade turística em área identificada como de interesse histórico, artístico, arquitetônico ou paisagístico será precedida de estudo e planejamento pormenorizados, a serem submetidos à aprovação do Conselho Estadual de Cultura. Parágrafo único - Resolução do Conselho Estadual de Cultura definirá as normas de elaboração e apresentação do estudo de que trata o caput deste artigo.

- LEI ESTADUAL nº 14.368/2002 – Estabelece a política estadual de desenvolvimento do ecoturismo no Estado de Minas Gerais, estatuindo que:

> Art. 5º - A implantação de empreendimento ou de serviço voltado para a exploração do ecoturismo dependerá da aprovação prévia, pelo órgão estadual competente, de projeto de exploração turística que inclua:
> I - estudo do impacto da atividade econômica sobre os elementos discriminados no inciso I do artigo 3º

> desta Lei, com previsão de avaliação periódica;
> II - ações voltadas para a conscientização e sensibilização do profissional atuante no empreendimento, do turista e da população local e flutuante quanto à necessidade de preservação dos elementos discriminados no inciso I do artigo 3º desta Lei;
> III - programa de redução de resíduos antrópicos e instalação de serviço para sua coleta, tratamento e destinação segura;
> IV - definição de medidas destinadas à proteção da área e de seu entorno, entre as quais se incluem a determinação da capacidade de carga do local e a forma de utilização de trilhas e caminhos.
> Parágrafo único - O não-cumprimento total ou parcial do disposto neste artigo implicará multa de 100 a 2.000 UFEMGs (cem a duas mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais) e o embargo do empreendimento, com a suspensão de suas atividades, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

- LEI ESTADUAL nº 15.258/2004 – Dispõe sobre a exploração econômica do turismo em represas e lagos do Estado de Minas Gerais, estabelecendo que:

> Art. 1° – A exploração econômica do turismo em represa ou lago do Estado depende de aprovação do respectivo projeto pelo órgão estadual competente.
>
> Art. 2° – O projeto de exploração econômica do turismo a que se refere o art. 1°, com vistas a demonstrar o atendimento às exigências de desenvolvimento sustentável e de prevenção à degradação do ecossistema, conterá:
>
> I – definição da área a ser utilizada e levantamento dos recursos de biodiversidade da região;
>
> II – determinação do grau de fragilidade do ambiente e de sensibilidade das espécies animais à presença humana;
>
> III – projeção da capacidade de carga que o sítio pode suportar sem provocar degradação do ecossistema;
>
> IV – estudo voltado para a preservação da biodiversidade, que incluirá plano de redução do resíduos gerados, seu tratamento e destinação final;
>
> V – plano de controle do uso adequado dos recursos ou serviços disponíveis na área;
>
> VI – programa de informação da população local sobre a importância econômica e social do turismo sustentável e da preservação da biodiversidade;
>
> VII – previsão de medidas que preservem a identidade cultural dos habitantes e a diversidade natural da região, com detalhamento das ações de prevenção de degradação que repercuta nas tradições locais;
>
> VIII – apresentação de roteiros para visitação turística, bem como planejamento da circulação de pessoas na área, com estabelecimento de regras de visitação e apresentação de caminhos em sistema de rodízio.
>
> Parágrafo único – O poder público municipal acompanhará a elaboração do projeto de que trata o caput deste artigo, sendo sua aprovação requisito para a concessão do alvará municipal.
>
> Art. 3° – O projeto a que se refere o art. 1° será elaborado por equipe multidisciplinar de profissionais habilitados, inscritos nos órgãos de classe competentes.
>
> Art. 4° – O projeto a que se refere o art. 1° será submetido à análise conjunta de técnicos das áreas de meio ambiente e turismo, nos termos de regulamento.
>
> Parágrafo único – O recebimento, pelo órgão a que se refere o art. 1°, do projeto de exploração econômica do turismo em represa ou lago depende de sua aprovação prévia pelo Município sede do empreendimento.

- LEI ESTADUAL nº 16.686/2007 – Dispõe sobre a prática de esporte de aventura no estado de Minas Gerais, estabelecendo que:

> Art. 2º A prática dos esportes de aventura pautar-se-á pela preservação da integridade física de seus praticantes, observado ainda o controle dos impactos da atividade sobre o meio ambiente e as comunidades envolvidas.
>
> Art. 3º São requisitos para a promoção do esporte de aventura, nos termos a serem definidos no regulamento desta Lei:
>
> I - autorização do Corpo de Bombeiros Militar para a realização da atividade;
>
> II - autorização do órgão competente para a utilização de locais públicos ou privados para a realização da atividade;
>
> III - responsabilização técnica de profissional habilitado pela atividade;
>
> IV - utilização de equipamento e técnicas adequadas à atividade;
>
> V - acompanhamento das atividades por monitores habilitados;
>
> VI - prestação de primeiros socorros no local onde se realize a atividade, se necessário;
>
> VII - condições de resgate da vítima, em caso de acidente.
>
> Parágrafo único. Os equipamentos utilizados na prática de esportes de aventura devem apresentar certificado de qualidade expedido pelo órgão responsável em nível estadual ou federal.

Fiscalização do cumprimento da função turística da propriedade

Outro aspecto que não pode ser negligenciado pelo Ministério Público diz respeito à fiscalização do cumprimento da função turística da propriedade, seja esta pública ou privada.

Antônio Carlos Brasil Pinto conceitua a função turística da propriedade nos seguintes termos:

> A propriedade, pública ou privada, rural ou urbana, cumpre sua função turística quando, tomada em conjunto ou individualmente, não interfere na harmonia e contribui para a preservação e valorização de locais ou porção do território que desencadeiam e favorecem o fenômeno turístico e o especial interesse de visitação, ante seu grande significado histórico, artístico, paisagístico, pitoresco, natural, estético, arqueológico, palenteológico, ecológico, científico ou cultural, ou traduzam referências à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nacional.[6)]

Segundo Luciano Furtado Loubet, para que a propriedade de valor turístico cumpra sua função social, deve exercer dois atributos, um positivo e outro negativo: o positivo consiste em contribuir para a harmonia ou melhora do local para fomentar o fenômeno turístico; o negativo, por sua vez, consiste em abster-se de causar quaisquer danos[7)].

Exemplificando medidas que podem ser adotadas para se alcançar o cumprimento da função turística da propriedade, aduz o mesmo autor:

> Em relação ao proprietário podem ser exigidas ações no sentido de, entre outras, conservar a propriedade – ajudando no fomento do turismo – ou omissões, tais como a não-construção de imóvel que venha a romper o equilíbrio arquitetônico ou paisagístico do local, que venha a prejudicar o interesse turístico. No que pertine à Administração Pública, podem ser exigidas condutas omissivas – como a de não causar, com obras públicas, danos à paisagem de interesse turístico – e comissivas, como compeli-la a declarar

> certo bem ou bens como de interesse turístico, para os fins da Lei nº 6.513/77.

Sobre o tema, trazemos à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO ECOLÓGICO - EDIFICAÇÃO EM MORRO LITORÂNEO - DESATERRO DO LOCAL, EM FUNÇÃO DAS OBRAS, A ALCANÇAR O PATRIMÔNIO ESTÉTICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO - DIREITOS MERECEDORES DE TUTELA JURÍDICA, A TEOR DA LF 7.347/85 - IMPOSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREPONDERAR SOBRE LEGISLAÇÃO FEDERAL - NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO MEIO LOCAL - PROGRESSIVA DETERIORAÇÃO DESTE QUE NÃO JUSTIFICA SUA MAIOR PROTEÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE - CONDENAÇÃO DA RÉ A ABSTER-SE DE UTILIZAR O ALVARÁ, BEM COMO A REPARAR O DANO - RECURSO PROVIDO. (TJSP - APELAÇÃO 157.725-1/3 - QUINTA CÂMARA CIVIL. REL. DES. MARCO CESAR – J. 20/02/92).

> MUNICÍPIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MUNICÍPIO. CAPELAS. MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Tem o município o dever de manutenção e preservação das capelas, por constituírem estas, patrimônio cultural do município, mormente quando, no caso, a capela já se transformou em ponto turístico da região. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada com acerto. (Agravo de Instrumento nº 598117679, 5ª Câmara Cível do TJRS, Caxias do Sul, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 18/03/1999).

Defesa do direito ao turismo

Tendo-se em vista a normatização constitucional vigente, é possível afirmar que o direito ao turismo é uma faceta do direito ao lazer e ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Por isso, os bens turísticos deverão, por via de regra, estar disponíveis para a visitação, a fim de se assegurar o gozo público e a fruição coletiva.

Mas, obviamente, a visitação pode ser objeto de restrições e condicionamentos, para fins de proteção, acautelamento e sustentabilidade do bem turístico ou mesmo por segurança dos turistas.

Nesse sentido:

> Mandado de segurança. Parque Florestal. Acesso. Controle. Meio ambiente. Preservação. Particular. Privilégios. Direito líquido e certo. Inexistência. O controle de acesso de visitantes a unidade de conservação (Parque Estadual do Ibitipoca), mediante a aquisição individual de ingressos, é providência equânime, que atende aos princípios de que trata o art. 37 da Constituição Federal e à preservação do meio ambiente, que recebeu especial destaque no seu art. 225, como bem de uso comum do povo. Ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização dos bens de interesse comum do povo. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG - 1.0000.00.244079-0/000(1) – Rel. Des. Almeida Melo – j. 11/06/2002)

Mas quando a restrição for desmotivada ou desarrazoada, pode o Ministério Público lançar mão da ação civil pública para assegurar o direito à visitação turística, havendo até mesmo julgado a tal respeito:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIVRE ACESSO E PRESERVAÇÃO DE PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO, HISTÓRICO E CULTURAL. FORTE DOS REIS MAGOS E PRAIA DO FORTE. O direito de uso de terreno de marinha ou acrescido não compreende o de impedir o acesso a bem público de uso especial nele encravado nem o de restringir a fruição de bem comum do povo. - Acesso à “Praia” e ao “Forte dos Reis Magos”. (TRF – 5ª Região - AC - Apelação Cível – 243633 – RN - Proc. 200105000047266 – Terceira Turma. Rel. Desembargador Federal Ridalvo Costa. J. 13/05/2004)

Elaboração e aprovação de planos diretores pelas cidades turísticas

O Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana do município, sendo

sua razão precípua determinar a função social da propriedade. Aprovado por lei, ele deve conter diretrizes técnicas para o desenvolvimento físico, social, cultural, econômico e administrativo do município.

O art. 41, inciso IV, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2003) determina que todos os municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico devem ter seus planos diretores aprovados. Segundo o Ministério das Cidades (Parecer CONJUR/Ministério das Cidades nº 949/2007), enquadram-se na hipótese de obrigatoriedade os municípios integrantes de circuitos turísticos e os reconhecidos como detentores de potencial turístico pela Embratur (Instituto Brasileiro de Turismo).

Embora o Estatuto da Cidade não tenha estabelecido prazo limite para a aprovação dos planos diretores pelos municípios turísticos, não é razoável que se espere indefinidamente a implementação desses instrumentos, que são importantíssimos para o desenvolvimento sustentável das cidades e para a própria proteção de seus atrativos culturais e turísticos.

Por isso, deve o Ministério Público adotar medidas administrativas (expedição de recomendação, celebração de termo de compromisso, *v.g.*) ou mesmo judiciais para o cumprimento de tal obrigação legal pelos municípios em prazo razoável.

---

[1] PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente**: aspectos jurídicos. 5. ed. Campinas: Papirus, 2003. p. 30.
[2] Nos exatos termos da Lei nº 7.347/85, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora. Recurso Especial improvido. Retorno dos autos ao Juízo de origem, para cumprir o acórdão recorrido. (STJ – REsp – 327297 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 24/09/2001 – p. 00249
[3] LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ecoturismo.pdf.> Acesso em: 10 maio 2008.
[4] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2000. p.193.
[5] Op. cit.
[6] Op. Cit, p. 122.
[7] LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle.**

10.7. Técnicas de atuação extrajudicial
Ministério Público resolutivo

O eminente doutrinador e atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin, em crítica à atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, aponta o judicialismo como uma das características marcantes do modelo tradicional de agir do *Parquet*, fulcrado no equívoco de se imaginar que o processo judicial é sempre a melhor forma de solução dos conflitos ambientais.

Alertando para o risco de se construir um modelo ministerial em que o Promotor de Justiça restringe sua atuação aos autos judiciais, transformando a Promotoria em casulo, protetor num sentido, mas profundamente limitante num outro, o Mestre assim adverte:

> A atuação do Ministério Público sofre de um apego exagerado a soluções judiciais, sob a equivocada idéia de que o mandamento constitucional que obriga a intervenção institucional cumpre-se em grande medida no momento da propositura da ação civil pública. Na verdade, tão ou mais relevante que a utilização de ação civil pública é a formulação e acompanhamento de projetos legislativos (ordinários ou regulamentares), o controle do exercício do poder de polícia pelos órgãos ambientais (em especial a expedição de licenças) e a própria atividade de prevenção como um todo.[1)]

Marcelo Pedroso Goulart, também criticando o modelo demandista de atuação ministerial, pondera:

> O membro do Ministério Público deve ter claro que sua atuação não se limita ao processo, sob pena de total ineficácia social de seu trabalho. Os conflitos decorrentes da tutela desses interesses superam, evidentemente, os aspectos jurídico-processuais e a arena de luta não se restringe ao espaço físico dos tribunais.[2)]

Realmente, o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais não se alcança somente na via judiciária, pelo que é necessário que, paralelamente às formas de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, sejam postos à disposição da população e dos órgãos competentes meios alternativos de resolução de conflitos, na busca da justiça e da paz social. A resolução dos conflitos ambientais mediante a construção do consenso entre as partes envolvidas, viabilizando a adoção das medidas a serem tomadas em prol do ambiente, são as mais indicadas.[3)]

Com efeito, não se concebe hodiernamente que os membros do Ministério Público – mormente os que atuam na defesa de direitos difusos e coletivos – se transformem em meros e contumazes repassadores de demandas ao Poder Judiciário, como se acometidos do chamado *complexo de Pilatos*, caracterizado por *lavar as mãos* e transferir a responsabilidade pela resolução de determinado problema a terceira pessoa. Como bem ressalta Jaques de Camargo Penteado: “Um Promotor de Justiça não é o porteiro de teatro que anseia pelo encerramento do recital para fechar as portas do edifício”.[4)]

Essa concepção de um Ministério Público demandista – em que o membro do *Parquet* tem como horizonte unicamente a atuação perante o Poder Judiciário, sendo um mero agente processual – se opõe à moderna tendência de se privilegiar a atuação do Ministério Público *resolutivo*, marcado pela tentativa de esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas).[5)]

Salienta Marcelo Pedroso Goulart que a atuação demandista do Ministério Público é marcada pela transferência para o Poder Judiciário, por via ação civil pública, da solução de todas as questões que lhe são oferecidas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário, em que os resultados práticos da atuação ministerial são desastrosos, pois o Judiciário, não raras vezes, responde mal às demandas que envolvem interesses coletivos e difusos, negando vigência aos novos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 e nas leis democratizantes.[6)]

Em contrapartida, conforme disse bem Ximena Cardozo Ferreira, na esfera extrajudicial trata-se com o consenso, de modo que o Ministério Público conta com boa vontade do responsável para o cumprimento

voluntário das obrigações, o que deixa de ocorrer quando há o ajuizamento de demanda no Poder Judiciário. De outra parte, extrajudicialmente, pode o Ministério Público obter resultados mais efetivos, não só pela celeridade ou até imediatidade, mas também pela qualidade da atitude pretendida.[7)]

Realmente, ante a notória ineficiência da máquina judiciária brasileira, tem prevalecido, nos dias atuais, a tendência de se incentivar a atuação ministerial resolutiva, orientada pela politização e desjurisdicionalização de suas atividades (o acionamento do Poder Judiciário como *ultima ratio*). De fato, tem a Instituição – em saudável evolução interna – optado hodiernamente pela busca da composição na via administrativa, relegando a judicialização das questões ambientais a segundo plano (na hipótese de insucesso extrajudicial).[8)]

Sílvia Cappelli elenca os motivos dessa novel posição institucional:

> a) morosidade no julgamento das demandas – mesmo reconhecendo-se a costumeira complexidade das ações civis públicas por envolverem a formação de uma prova altamente técnica, a qualidade de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento, expressamente prevista em lei e confirmada pela jurisprudência, confere inegável vantagem à utilização do segundo, comparativamente à primeira.
> b) é ainda preponderante a visão privatista da propriedade, a opção pelos valores da livre iniciativa e do crescimento econômico em detrimento das questões ambientais nos arestos que apreciam a matéria;
> c) maior abrangência do compromisso de ajustamento do que da decisão judicial em face dos reflexos administrativos e criminais;
> d) menor curso, já que o acesso à Justiça é caro (v. g. custo pericial, honorários advocatícios);
> e) maior reflexo social da solução extrajudicial, ao permitir o trato de problemas sob diversas óticas: por ecossistemas e por bacias hidrográficas (promotorias regionais, temáticas e volantes), por assuntos (permitindo estabelecer prioridades, bem como a realização de audiências públicas e a intervenção da comunidade, o que resultará na obtenção de decisões consensuais e, conseqüentemente, maior efetividade do trabalho).

No campo prático, para alcançar esse patamar de resolutividade, o Ministério Público deve:[9)]

> a) transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação;
> b) atuar integradamente e em rede nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas;
> c) transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da sociedade civil planetária;
> d) buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o Judiciário como espaço excepcional de atuação).

O ilustrado Professor Gregório Assagra de Almeida destaca igualmente a importância da atuação resolutiva do Ministério Público para defesa dos interesses coletivos, asseverando com absoluta propriedade:

> É de fundamental importância a atuação do Ministério Público para a proteção dos direitos ou interesses coletivos no plano extrajurisdicional. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade; muitas vezes extingue os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é a instância mais legítima e democrática para dar efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade.
> O papel do Ministério Público resolutivo na defesa dos interesses sociais deve ser exercido de forma efetiva em todas as suas esferas de atuação. Na área criminal, é imprescindível a sua inserção no seio social, para que se inteire das verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas de atuação dos órgãos públicos, além de atuar diretamente na investigação das condutas criminosas que mais

> abalam a sociedade; combaterá, assim, o crime organizado da forma mais efetiva possível. No campo dos direitos ou interesses coletivos, o Ministério Público deverá atuar de forma preventiva, para evitar a violação desses direitos sociais, instaurando os procedimentos necessários para esse fim, e de forma repressiva, com a realização de termo de ajustamento de conduta, visando a reparação dos danos causados no seio social.
> [...]
> O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso a uma ordem jurídica realmente legítima e justa. Os membros dessa instituição democrática devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos.[10)]

Há de se ressaltar que a opção pelos meios de solução extrajudicial de conflitos não pode dar-se apenas em razão da lentidão dos processos e com o intuito de desafogar o Poder Judiciário, mas, sobretudo, com o intuito e o cuidado de assegurar a garantia dos direitos fundamentais. A adoção de meios alternativos de resolução de conflitos representa tentativa efetiva de aumentar o acesso à justiça, uma vez que não se pode confundir o acesso ao judiciário com o acesso à justiça. O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido por um Estado que pretenda não apenas proclamar, mas efetivamente assegurar direitos a todos. E o alcance aos direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição pode ser obtido tanto na via jurisdicional e formal, como na via alternativa de solução de conflitos por meios extrajudiciais.[11)]

Com efeito, numa época em que se privilegia a atuação do poder público como parceiro da resolução dos conflitos em detrimento do seu atuar repressivo e cominatório, até mesmo como meio de aumentar a efetividade do controle social pela conhecida falibilidade do nosso aparelho jurisdicional, é importante aproveitar-se de todas as formas alternativas de resolução dos conflitos que se encontram previstas no sistema, como meio de legitimar os atos do poder e levar a uma menor resistência das partes em conflito, assegurando o alcance consensual da Justiça.

Trata-se de um novo enfoque de acesso à Justiça, que tem um alcance extremamente amplo, concentrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos capazes de prevenir e solucionar disputas nas sociedades modernas, deixando de lado a ultrapassada *cultura do litígio*. Nesse sentido, a diversificação das formas de acesso à justiça mostra-se como uma providência indispensável e elementar para alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira como verdadeiro Estado Democrático de Direito, uma vez que contribui para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, para a afirmação da dignidade da pessoa humana e para a promoção do bem coletivo.

Não resta dúvida de que, voltando suas forças primeiramente para uma forma de atuação resolutiva, o Ministério Público estará apto a cumprir a função mediadora que o mundo contemporâneo requer, habilitando-se como agente privilegiado na luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania.

Assim, para a solução dos conflitos ambientais, mostra-se como recomendável a adoção primordial das vias alternativas, que levam à construção de uma solução negociada, garantindo-se o célere acesso à justiça e evitando-se prejuízos para o meio ambiente e para a sociedade como um todo.

O acionamento da via judiciária deve ser deixado para os casos em que todas as tentativas de solução extrajudicial mostraram-se frustradas ou quando a transação e o consenso não forem permitidos pela legislação vigente, como é o caso da responsabilização por atos de improbidade administrativa.[12)]

A atuação do Ministério Público Ombudsman na defesa do patrimônio cultural e turístico

A nova escala de prioridades que foi instituída pela Constituição Federal de 1988 no plano principiológico da atuação do novel Parquet acabou por conferir redobrada importância às atribuições extrajudiciais. Essa forma de controle da legalidade e do cumprimento dos direitos assegurados pela Constituição, própria da função de *ombudsman*[13)], é uma valiosa ferramenta de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, deveres impostos pelo art. 127 da *lex fundamentalis*.[14)]

Realmente, não resta dúvida de que ao Ministério Público brasileiro foi conferida uma função de *ombudsman*

(defensor do povo – art. 129, II, CF/88), visto que lhe compete agir como um dos instrumentos de tutela do cidadão na busca do reconhecimento dos seus direitos, e, sobretudo, do respeito dos órgãos públicos àqueles que os procuram.

Essa função de *ombudsman* outorgada ao Ministério Público brasileiro tem suas origens vinculadas à legislação escandinava, onde tal agente atua como ponto de convergência de críticas, denúncias e sugestões, devendo providenciar a extração de seu sumo e, posteriormente, encaminhar recomendações de aperfeiçoamento aos respectivos órgãos, sem prejuízo da remessa de elementos necessários aos agentes responsáveis pelo controle repressivo.[15)]

Em nossa realidade, as reuniões e audiências públicas, bem como a expedição de recomendações pelo Ministério Público, são algumas das formas de expressão da atividade própria do *ombudsman*, figura trazida em boa hora para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que permite o acesso à Justiça sem a necessidade do acionamento do Poder Judiciário.

Indicamos, a seguir, alguns aspectos que devem ser verificados pelos Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural, a fim de alcançar a melhor proteção dos bens culturais, principalmente pelos municípios:

1. Legislação abrangente e adequada

Ter uma legislação vaga e imprecisa sobre o patrimônio cultural pouco adianta. A legislação municipal deve ser abrangente, contemplando, de forma clara e pormenorizada, os diversos instrumentos e órgãos de defesa e promoção do patrimônio cultural (tais como registro do patrimônio imaterial, inventário e seu regime jurídico, tombamento, gestão documental, poder de polícia, infrações e sanções administrativas, educação patrimonial, Conselho e Fundo Municipal de Patrimônio Cultural, entre outros).

Por isso, os Promotores devem estimular a edição de normas que contemplem os diversos instrumentos protetivos (tais como registros, inventários, tombamento, gestão documental, poder de polícia, educação patrimonial, etc.) e os órgãos de defesa e promoção do patrimônio cultural (Departamento, Conselho e Fundo Municipal de Patrimônio Cultural).

2. Conselho Municipal de Defesa do Patrimônio Cultural capacitado e atuante

O Conselho Municipal de Defesa do Patrimônio Cultural deve ser representativo dos diversos segmentos da sociedade civil e do poder público, exercendo suas competências de maneira independente, sempre embasado em fundamentos técnicos e na lei. Não basta a mera criação formal (no papel) do Conselho. Ele deve funcionar efetivamente, e os Conselheiros devem estar devidamente capacitados para tanto.

3. Fundo Municipal do Patrimônio Cultural em funcionamento

A criação do FUMPAC (Fundo Municipal do Patrimônio Cultural) objetiva facilitar a adoção de medidas de defesa e promoção do patrimônio cultural, mediante a previsão de recursos financeiros específicos para ações de preservação e conservação de bens culturais, além do fortalecimento e capacitação dos órgãos envolvidos com a temática. Trata-se de um dos mais importantes instrumentos para o funcionamento eficiente, democrático e sustentável de políticas de proteção ao patrimônio cultural comprometidas com resultados.

Os valores recebidos a título de ICMS Cultural devem ser destinados ao Fundo para que sua aplicação se dê, sobretudo, em benefício da conservação e promoção dos bens responsáveis pela geração dos recursos.

Com a instituição e o funcionamento adequado do Fundo, saem ganhando o patrimônio cultural, a comunidade e o poder público.

Por isso, recomenda-se aos Promotores de Justiça com atribuição na defesa do patrimônio cultural e turístico que adotem as medidas cabíveis para que os valores recebidos pelos Municípios a título de ICMS Cultural (Lei Robin Hood) sejam prioritariamente revertidos em benefício da preservação e conservação de bens culturais protegidos.

4. Busca de fontes alternativas de recursos para investimentos na área

Existem diversas possibilidades de conseguir recursos extraorçamentários para investimento na defesa do patrimônio cultural. O Fundo Estadual de Cultura (FEC), o Fundo Federal de Direitos Difusos Lesados (FUNDIF), o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), além de programas específicos do Ministério das Cidades e do Ministério do Turismo, são algumas das alternativas de obter recursos para a restauração de bens culturais, elaboração de plano diretor, etc. É preciso manter contato constante com esses órgãos.

5. Equipe técnica capacitada

O município deve contar com profissionais com qualificação técnica necessária à gestão adequada dos bens culturais (arquiteto, historiador, etc). Os profissionais devem estar disponíveis para prestar seus serviços de modo contínuo, e não esporádico. É até mesmo possível a formação de consórcios entre municípios para essa finalidade.

6. Publicidade dos atos relativos ao patrimônio cultural

Todos os atos relativos à proteção e à gestão do patrimônio cultural devem ser amplamente divulgados para conhecimento da população em geral, pois são atos públicos. Sugere-se a publicação de atas de reunião do Conselho Municipal, Deliberações, Decretos, Fichas de Inventário, etc., nos meios de comunicação local (jornais, informativos, etc.) e também na *internet*.

7. Edição de Plano Diretor

O Plano Diretor é uma das leis mais importantes para a organização e desenvolvimento sustentável dos municípios, uma vez que é a base de todo o planejamento das cidades, e tem como objetivo o bem-estar dos habitantes.

O Plano Diretor não é uma mera formalidade, mas sim um instrumento importantíssimo para o desenvolvimento sustentável das cidades e para a proteção de seus atrativos culturais e turísticos, uma vez que estabelece as bases legais e os mecanismos necessários para isso. Várias Universidades e Fundações Públicas prestam assessoria aos municípios para a elaboração de planos diretores.

8. Envolvimento com outros órgãos de proteção

A atuação do município na defesa do patrimônio cultural não deve ser solitária. Ao contrário, convém que os municípios busquem maior aproximação e celebração de parcerias com os demais órgãos de proteção e fiscalização, tais como: Ministério da Cultura, IPHAN, Secretaria Estadual de Cultura, IEPHA, Corpo de Bombeiros, CREA etc.

9. Desenvolvimento contínuo de ações de educação patrimonial e promoção do patrimônio cultural

A educação patrimonial é um dos instrumentos mais importantes para a defesa do patrimônio cultural, pois exerce a função de interligar o indivíduo ao seu passado, de maneira tal que os bens culturais portadores de memória começam a ser valorizados e tendem a ser preservados.

As ações de educação patrimonial devem ocorrer durante todo o ano. Visitas a bens culturais protegidos, museus, realização de feiras de cultura, concursos de redações e de trabalhos sobre o patrimônio cultural e distribuição de cartilhas educativas são algumas das ações possíveis.

10. Parcerias com os entes públicos e com a comunidade

O Ministério Público deve estabelecer parcerias com os órgãos públicos municipais (Secretaria Municipal de Cultura, Conselho Municipal de Patrimônio Cultural), estaduais (Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA, Corpo de Bombeiros Militar, Secretaria Estadual de Cultura) e federais (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, Ministério da Cultura), bem como com organizações não governamentais, objetivando uma atuação conjunta em defesa dos bens culturais.

Modelos de peças práticas

Peças práticas relativas à atuação extrajudicial do Ministério Público (recomendações, TACs, Portarias, modelos

de leis municipais, etc.) podem ser encontradas no site da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais (www.mp.mg.gov.br > Execução > Coordenadoria do Patrimônio Cultural > Peças Práticas).

[1)] BENJAMIN, Antônio Herman V. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente. In: ALVES, Airton Buzzo *et al.* (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. p. 395-396.
[2)] GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 26.
[3)] SCALASSARA, Lecir Maria. **Conflitos ambientais**: o acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos. Disponível em: <http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=146&article=51&mode=pdf .> Acesso em: jan. 2007.
[4)] PENTEADO, Jaques de Camargo. Ética do promotor de justiça. In: ALVES, Airton Buzzo *et al*. (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. p. 16.
[5)] GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 27.
[6)] GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 28.
[7)] , [8)] FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>. Acesso em: jan. 2007.
[9)] GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, p. 29-30.
[10)] ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. p. 510-512.
[11)] SCALASSARA, Lecir Maria. **Conflitos ambientais**: o acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos. Disponível em: <http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/getdoc.php?id=146&article=51&mode=pdf>. Acesso em: jan. 2007.
[12)] Lei nº 8.429/92: "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar. § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*."
[13)] A figura do *Ombudsman* surgiu na Suécia, no início do século XIX, em um claro fortalecimento dos direitos do cidadão diante do poder do Estado. A sua função era de fiscalizar a aplicação das leis por parte dos funcionários públicos. *Ombudsman*, expressão de origem nórdica, resulta da junção da palavra *ombud*, que significa "representante", "procurador", com a palavra *man* – homem, não comportando variação de número ou gênero.
[14)] BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, p. 118.
[15)] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco *apud* BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, p. 105.

10.8. Ementário de legislação pertinente
LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Patrimônio Cultural

- Lei nº 11.258/1993 – Reorganiza o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA-MG – e dá outras providências.
- Lei nº 11.726/1994 – Dispõe sobre a política cultural do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 12.701/1997 – Dispõe sobre a valorização da Língua Portuguesa no Estado.
- Lei nº 14.007/2001 – Declara o trecho mineiro do Rio São Francisco patrimônio cultural, paisagístico e turístico do Estado e dá outras providências.
- Lei nº 15.297/2004 – Estabelece critérios para a oferta e a aceitação de presentes por autoridades públicas e agentes políticos e dá outras providências.
- Decreto nº 42.505/2002 – Institui as formas de registros de bens culturais de natureza imaterial ou intangível que constituem patrimônio cultural de Minas Gerais.
- Decreto nº 44.780/2008 – Contém o Estatuto do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA-MG.
- Decreto nº 44.785/2008 – Contém o Regimento Interno do Conselho Estadual do Patrimônio Cultural – CONEP.

Patrimônio Turístico

- Lei nº 13.173/1999 – Dispõe sobre o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento do Potencial Turístico da Estrada Real.
- Decreto nº 41.205/2000 – Regulamenta a Lei nº 13.173, de 20 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o Programa de Incentivo ao Desenvolvimento do Potencial Turístico da Estrada Real.
- Lei nº 14.368/2002 – Estabelece a Política Estadual de Desenvolvimento do Ecoturismo.
- Decreto nº 43.321/2003 – Dispõe sobre o reconhecimento dos circuitos turísticos e dá outras providências.
- Decreto nº 43.850/2004 – Regulamenta a Lei nº 14.368, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre a Política Estadual de Desenvolvimento do Ecoturismo.
- Lei nº 15.258/2004 – Dispõe sobre a exploração econômica do turismo em represas e lagos do Estado de Minas Gerais.
- Lei nº 16.686/2007 – Dispõe sobre a prática de esporte de aventura no Estado.

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Acessibilidade aos bens culturais

- Instrução Normativa IPHAN nº 01/2003 – Dispõe sobre a acessibilidade aos bens culturais imóveis acautelados em nível federal, e outras categorias, conforme específica.

Apoio à cultura

- Lei nº 8.313/91 – Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC – e dá outras providências.

Arquivos públicos e privados

- Lei nº 8.159/91 – Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.
- Decreto nº 2.134/97 – Regulamenta o art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a categoria dos documentos públicos sigilosos e o acesso a eles, e dá outras providências.
- Decreto nº 2.942/99 – Regulamenta os arts. 7º, 11 e 16 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

Comércio e exportação de bens culturais

- Lei nº 4.845/65 – Proíbe a saída para o exterior de obras de arte e ofícios produzidos no país até o fim do período monárquico.
- Decreto nº 3.166/99 – Promulga a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.
- Instrução Normativa IPHAN nº 01/07 – Dispõe sobre o Cadastro Especial dos Negociantes de Antiguidades, de Obras de Arte de Qualquer Natureza, de Manuscritos e Livros Antigos ou Raros, e dá outras providências.

Educação ambiental

- Lei nº 9.795/99 – Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.
- Decreto nº 4.281/2002 – Regulamenta a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências.

Museus

- Decreto nº 5.264/2004 – Institui o Sistema Brasileiro de Museus e dá outras providências.

Patrimônio arqueológico

- Lei nº 3.924/61 – Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.
- Lei nº 7.542/86 – Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

Patrimônio bibliográfico

- Decreto nº 520/1992 – Institui o Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas e dá outras providências.
- Lei nº 10.994/2004 – Dispõe sobre o depósito legal de publicações na Biblioteca Nacional e dá outras providências.

Patrimônio espeleológico

- Portaria IBAMA nº 887/1990
- Decreto nº 99.556/1990 – Dispõe sobre a Proteção das Cavidades Naturais Subterrâneas Existentes no Território Nacional e dá outras providências.

Patrimônio ferroviário

- Lei nº 11.483/2007 – Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.

Patrimônio imaterial

- Decreto nº 3.551/2000 – Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

Patrimônio paleontológico

- Decreto-Lei nº 4.146/42 – Dispõe sobre a proteção dos depósitos fossilíferos.

Patrimônio turístico

- Lei nº 6.513/77 – Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico, sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural, acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº

4.132, de 10 de setembro de 1962, altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, e dá outras providências.

Povos e comunidades tradicionais

- Decreto nº 4.887/2003 – Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- Instrução normativa INCRA nº 16, de 24 de março de 2004 – Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
- Decreto nº 6.040/2007 – Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Tombamento

- Decreto-Lei nº 25/37 – Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
- Decreto-Lei nº 3.866/41 – Dispõe sobre o cancelamento de tombamento de bens do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
- Lei nº 6.292/75 – Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).
- Lei nº 10.413/2002 – Determina o tombamento dos bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

10.9. Jurisprudência
Jurisprudência Cível

1 - Bens inventariados

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. SOBRADO "HOTEL GAÚCHO". INEXISTÊNCIA DE TOMBAMENTO. DEMOLIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Ação civil pública para defesa do patrimônio histórico da Cidade do Rio Grande, em face da relevância histórica do sobrado Hotel Gaúcho, conforme inventário desenvolvido pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAE - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, e Município de Rio Grande. Demonstração de verossimilhança nas alegações do Ministério Público e de efetivo risco de dano irreparável com a possibilidade concreta de demolição do prédio. Multa arbitrada com razoabilidade para as peculiaridades do caso. Agravo desprovido. Decisão mantida. (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70008174195 - Terceira Câmara Cível – Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino - Julgado em 27/05/2004).(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70008174195. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, 27 de maio de 2004. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70008174195&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.%28Secao%3Acivel|Secao%3Acrime%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 24 jan. 2014.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL SOB SUSPEITA DE SER INVENTARIADO COMO BEM CULTURAL DE CANOAS PELO CARÁTER HISTÓRICO. LEGITIMIDADE ABRANGENTE DE QUALQUER CIDADÃO PARA IMPEDIR A DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL, DADO O INTERESSE PÚBLICO REPRESENTADO PELA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. NÃO SE MOSTRA CORRETO ARRISCAR A MEMÓRIA COLETIVA EM PROL DE UM INTERESSE PRIVADO QUE SEQUER DOCUMENTALMENTE LHE ASSEGURA O EXERCÍCIO DA POSSE E PROPRIEDADE SOBRE A ÁREA, LEVANDO EM CONTA AS DIVERSAS DEMANDAS E EMBATES JURÍDICOS QUE ESTÃO A OCORRER NA LUTA PELO LOCAL QUE VEM SENDO TRAVADA NOS ÚLTIMOS ANOS. AGRAVO IMPROVIDO. (TJRS Agravo de Instrumento Nº 70001112663, Décima Sétima Câmara Cível, Relª: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 08/08/2000) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70001112663. Décima Sétima Câmara Cível.Relator: Des. Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre, 8 de agosto de 2000. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001112663&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.%28Secao%3Acivel|Secao%3Acrime%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 24 jan. 2014.)

MANDADO DE SEGURANÇA. PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E CULTURAL. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE MOSTRA COMO VIA ADEQUADA A DEMOLIÇÃO DE PRÉDIO AINDA NÃO TOMBADO COMO PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO. MAS JÁ INVENTARIADO COMO TAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEVER DO PROPRIETÁRIO EM PROCEDER AOS REPAROS. NA FORMA DO ART. 1528 DO CC. APELAÇÃO NÃO-PROVIDA. (Apel. Cív. Tribunal de justiça do RS – Rel. Henrique Osvaldo Poeta Roenick – J. 10/04/2002)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMÓVEL. DEMOLIÇÃO. ALVARÁ. CADASTRO DE INVENTÁRIO DE PROTEÇÃO DO ACERVO CULTURAL. INSCRIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Para que se posa conceder a segurança pretendida, imprescindível que o direito invocado esteja revestido de liquidez e certeza, tendo em vista que o instituto não comporta fatos passíveis de dúvidas ou de futuras provas. Não assiste direito líquido e certo ao proprietário de imóvel à obtenção de alvará de demolição, na hipótese de o bem estar arrolado no inventário de proteção do acervo do município. Malgrado a Administração não possa postergar, de forma demasiada, a análise do interesse no tombamento do imóvel, a questão deve ser discutida nas vias ordinárias. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0480.06.082867-4/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS – REL. DES. ANTÔNIO SÉRVULO)(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0480.06.082867-4/001. COMARCA DE PATOS DE MINAS. Relator: Des. ANTÔNIO SÉRVULO. Belo Horizonte, 7 de agosto de 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=FF29B21B88E6259CC

0076D9003353F11.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0480.06.082867-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 jan. 2014.)

ADMINISTRATIVO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL - LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários determinados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar, e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver" (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118). É o caso típico em análise, onde o objetivo é resguardar imóveis de potencial interesse histórico. Ora, mesmo não tendo sido tombado, o imóvel em questão era objeto de uma outra modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, qual seja a que restringe exatamente o direito de demolir qualquer edificação sem prévia autorização do Poder Público. Esta restrição se agrava, quando se trata de construções antigas, pela probabilidade de se tratarem de imóveis de interesse histórico-cultural. (TJSC – AC-MS 2004.012131-8 – Florianópolis – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros – J. 05/09/2006)

2 - Conservação de bens tombados

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL. TOMBAMENTO. OURO PRETO. CONSERVAÇÃO DE IMÓVEL DE RELEVÂNCIA HISTÓRICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER FIXADA EM DESFAVOR DO PROPRIETÁRIO. ADEQUAÇÃO E RELEVÂNCIA DA MEDIDA. O Tombamento, como se sabe, restringe o uso de determinado bem imóvel, pondo em relevo o interesse coletivo e social em face do direito individual de propriedade. Da restrição imposta pelo Poder Público decorre algumas implicações para o proprietário, dentre as quais encontra-se a obrigação de "fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa " (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, p.138, 14 ed. 2002, Atlas). (TJMG – Apelação cível N° 1.0461.03.011580-6/001 – Comarca de Ouro Preto - 1ª C.Civ.- Rel. Geraldo Augusto DJPR 31/07/2007)(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível N° 1.0461.03.011580-6/001. Comarca de Ouro Preto. 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 31 de julho de 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.03.011580-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 jan. 2014.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMÓVEL TOMBADO. PRÉDIO QUE INTEGRA O CONJUNTO ARQUITETÔNICO E PAISAGÍSTICO DE SÃO LUÍS/MA. RECUPERAÇÃO E CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO, QUANDO HÁ CAPACIDADE FINANCEIRA PARA EMPREENDER AS OBRAS. A responsabilidade do proprietário de imóvel tombado de realizar obras de conservação se configura quando há capacidade financeira para tanto. Caso em que o dono do imóvel tombado objeto da ação é o próprio Estado do Maranhão, Apelante, que também tem a obrigação constitucional de proteger bens de valor histórico, impedindo a sua destruição e descaracterização (art. 23, III e IV, CF). O Apelante foi condenado a promover obras urgentes de restauração e conservação do imóvel descrito na petição inicial, compatíveis com natureza do tombamento e com as diretrizes a serem previamente apontadas pelo IPHAN, não por simplesmente integrar a Administração Pública em geral, mas por ser o dono da coisa, com base nos arts. 17 e 19 do DL n. 25/37, caso em que se torna impertinente o argumento de que o Estado não poderia ser condenado a realizar as obras em face do princípio da separação dos poderes. Não provimento do apelo e da remessa oficial. (TRF – 1º R. apelação cível N° 2000.37.00.001230-1 N° UF: MA – òrgão julgador: 6ª T Relatora: Des. Fed. Maria Isabel Galloti Rodrigues - data da decisão: 05/11/2007).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TOMBAMENTO. VALIDADE. IMÓVEL INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO. CONSERVAÇÃO. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCEDÊNCIA. 1. Não é nulo o processo de tombamento que, embora não tenha observado todas as formalidades contidas no art. 9º do Decreto-Lei n. 25/1937, fez chegar ao conhecimento dos proprietários do imóvel a ser tombado, de forma inequívoca, as providências tendentes à efetivação do tombamento 2. Inocorrentes causas excludentes da responsabilidade dos proprietários, devem arcar com os ônus da recuperação do bem tombado. 3. Ação procedente 4. Sentença confirmada. 5. Apelação desprovida. (TRF – 1ª Região – Aciv. 200301000112376 – Rel. DES. FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO J. 17/11/2003).

3 - Competência administrativa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – CENTRO HISTÓRICO DE CUIABÁ – PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL – COMPETÊNCIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS – VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DO MUNICÍPIO E AO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECRETO-LEI Nº 25/37 – 1. O fato de a concessão de alvarás sobre os imóveis pertencentes ao Centro Histórico de Cuiabá ser função da Prefeitura não exclui a competência da União, prevista na Constituição (arts. 216, § 1º, e 23, III e IV), para tratar da preservação do patrimônio cultural. Além disso, o inciso IX do art. 30 faz a ressalva de que a ação do Município no âmbito do patrimônio cultural deve observar "a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual". 2. A r. sentença não constitui invasão da competência do Poder Legislativo. Ao determinar que o apelante se abstivesse de emitir alvarás autorizativos de obras que importassem em descaracterização da área à época em processo ainda não concluído de tombamento, o eminente magistrado acertadamente adequou ao caso concreto o disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37. 3. Sentença mantida. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 1ª R. – AC 01000042556 – MT – 1ª T.Supl. – Rel. Juiz Fed. Conv. Manoel José Ferreira Nunes – DJU 05/06/2003 – p. 133).

ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexiste a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido. (STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18952 - UF: RJ – Órgão julgador: 2ª T – Relator: Minª Eliana Calmon – DJ. 26/04/2005).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18952/RJ. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 26 de abril de 2005. DJ, 30 mai. 2005. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20050426&processo=18952&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 jan. 2014.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMÓVEL. VALOR HISTÓRICO E CULTURAL. DECLARAÇÃO. MUNICÍPIO. TOMBAMENTO. ORDEM DE DEMOLIÇÃO. INVIABILIDADE. São deveres do Poder Público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, § 1º, da constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão e destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (TJMG – Apel. Cív. 10702.02.010330-6/001 – Rel. Des. Almeida Melo – julgado em 15/04/2004). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10702.02.010330-6/001. Relator: Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 15 de abril de 2004. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.02.010330-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 jan. 2014.)

4 - Competência legislativa

TOMBAMENTO - ATO ORIGINÁRIO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - COMPETÊNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INOCORRÊNCIA - LEGALIDADE. Tem o Município competência para legislar sobre a matéria - Inteligência dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal. Improvado o alegado direito líquido e certo, é de ser denegada a ação mandamental. (Apelação Cível nº 000.221.584-6/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Des. Francisco Figueiredo. j. 05/02/2002, un.). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 000.221.584-6/000. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2002. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=3&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=tombamento&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-2&listaRelator=2-1372283&dataJulgamentoInicial=05/02/2002&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesqui

saPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 24 jan. 2014.)

TOMBAMENTO. COMPLEXOS HIDROTERMAIS DE POÇOS DE CALDAS. MUNICÍPIO . COMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS 23 E24 DA CF. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e promover a proteção do patrimônio histórico- cultural, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hoteleiros de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84 do ADCT da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamento das fontes termais "Conjunto Pedro Botelho" e localizada na área de proteção, que não atende às posturas e restrições administrativas. (TJMG – Ap. Cív. 1.0518.02.014291-6/001 – Rel. Des. Shalcher Ventura – J. 24/02/2005).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0518.02.014291-6/001. Relator: Des. Shalcher Ventura. Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2005. Minas Gerais, Belo Horizonte, 18 mar. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BCAEDB4DAE7F832359E7B559E18C9829.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0518.02.014291-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO EM ZONA PROTEGIDA – EMBARGO – DENEGAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – A competência para legislar a respeito de construção em área de preservação por força de existência de paisagens naturais notáveis, é simultânea da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do disposto nos arts. 23, III e 24, VI e VII, da Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. Improvimento do recurso. (STJ – RO – MS 9279 – PR – 1ª T – Rel. Min. Francisco Falcão – julgado em 28/02/2000).

5 - Competência judicial

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE OBJETOS SACROS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Não havendo, na ação cautelar de busca e apreensão de imagens sacras, ajuizada pelo Ministério Público, qualquer discussão sobre relação jurídica a envolver o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e inexistindo demonstração de interesse da autarquia federal – ou mesmo litisconsórcio a envolver a União – a competência para o julgamento da ação é da Justiça Estadual. - Tratando-se de discussão sobre a propriedade de imagens, com suspeita de que pertençam ao acervo cultural do Estado de Minas Gerais, possivelmente furtadas, e se o prejuízo aqui ocorreu, a competência é da Justiça Estadual.(TJMG – Agravo nº 1.0024.04.341695-7/001 – Comarca de Belo Horizonte – Órgão julgador: 7ª Cam. Cív. – Rel: Wander Marotta – julgado em: 27/09/2005). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.341695-7/001. Relator: Des. Wander Marotta. Belo Horizonte, 27 de setembro de 2005. Minas Gerais, Belo Horizonte, 25 out. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.341695-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 jan. 2014.)

COMPETÊNCIA. MINERAÇÃO. ALVARA DE PESQUISA. NÃO TENDO A UNIÃO INTERESSE COMO AUTORA, RE, ASSISTENTE OU OPOENTE, NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA EXPLOSAO MINERAL, COMPETENTE E A JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGA-LO. (STF – Conflito de Jurisdição 6663/MG - DJ 07/08/1987 PP-15433 EMENT VOL-01468-01 PP-00157 – Rel. Min. Carlos Madeira).

6 - Conflitos entre patrimônio cultural e outros interesses

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BEM TOMBADO.CONSTRUÇÃO IRREGULAR NO ENTORNO. CF. ART. 5º, INCISO-22 E INCISO-23. DECRETO-LEI nº 25/37, ARTIGO-18 E LEI Nº 3.924/61, ART. 1º E ART. 2º. A CONSTRUÇÃO IRREGULAR, EM AREA PROXIMA DE BEM TOMBADO EM RAZÃO DE SUAS CARACTERISTICAS HISTORICAS E ARQUITETONICAS, JUSTIFICA A DECISÃO JUDICIAL DE DESTRUIÇÃO, POIS O INTERESSE INDIVIDUAL DO PROPRIETARIO DEVE CEDER DIANTE DO INTERESSE SOCIAL DO PODER PUBLICO NA PRESERVAÇÃO DO BEM CULTURAL. (TRF - Apel. Cív.- processo nº 9104018710 – UF: RS – órgão julgador: 1ª T - 4ª Região – Rel: Des. Fed. Vladimir Passos de Freitas – julgado em: 12/11/1992).

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser

comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (STF - ADI-MC 3540 / DF - Rel. Min. CELSO DE MELLO. J. 01/09/2005). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 2005. DJe, 03 fev. 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283540.NUME.+OU+3540.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20050901%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oskrynh. Acesso em: 20 jan. 2014.)

A preservação dos bens, móveis e imóveis, não representa um prejuízo, mas sim um desafio à busca de uma convivência harmônica com o passado, o presente e a expectativa de um futuro mais solidário e com melhor qualidade de vida nos conglomerados urbanos. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.00.254460-9/000 – Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves – J. 24/02/2003).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.00.254460-9/000. Relator: Des. José Domingues Ferreira Esteves. Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2003. Minas Gerais, Belo Horizonte, 29 ago. 2003. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.254460-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

A autorização para pesquisa mineral é ato discricionário da Administração, que pode ser concedida ou revogada segundo critérios de oportunidade e conveniência, imunes de apreciação judicial. É legítima a recusa da Administração em autorizar pesquisa ou exploração mineral em área destinada à preservação ambiental, resolvendo-se eventuais limitações à exploração econômica da propriedade em indenização. (TFR, MAS, 116.878-SP, 30.10.1987, RTFR, 157, p. 405-406).

7 - Danos morais coletivos

DANO AMBIENTAL – MATA ATLÂNTICA – DESMATAMENTO – REPARAÇÃO DEVIDA- Verificado, mediante laudo pericial técnico, o desmatamento de mata atlântica, área de preservação que constitui patrimônio da coletividade, a reparação de danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente é imperativo legal, devendo a indenização compreender também o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia. (TJMG – Apel. Civ.n. 1.0183.03.062431-0/001 – Rel. Dês. Nilson Reis – j. 23/11/2004).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0183.03.062431-0/001. Relator: Des. Nilson Reis. Belo Horizonte, 23 de novembro de 2004. Minas Gerais, Belo Horizonte, 03 dez. 2004. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0183.03.062431-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 jan. 2014.)

AMBIENTAL – MANUTENÇÃO DE PÁSSAROS EM CATIVEIRO – APREENSÃO – DANO COM EFEITO MORAL – CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. A apreensão pela polícia ambiental, de pássaros mantidos em cativeiro para serem reintegrados ao meio ambiente, caracteriza ofensa que extrapola o terreno dos danos meramente patrimoniais, constituindo, em verdade, danos com efeitos morais ou simplesmente danos extrapatrimoniais com ofensa ao direito difuso ao meio ambiente. Em casos tais, torna-se satisfatório o arbitramento de um valor de indenização que, na hipótese, é fixado de forma subjetiva, diante das especificidades de cada caso concreto, tais como circunstâncias do fato, gravidade da perturbação, reparabilidade do dano, tipo de agressão, espécies afetadas e, ainda, dentre outros critérios, também a condição econômica da parte envolvida. (TJMG – 1.0024.03.115977-5/001(1) – Rel. Dês. Geraldo Augusto – J.10/05/2005).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.03.115977-5/001. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo

Horizonte, 10 de maio de 2005. Minas Gerais, Belo Horizonte, 03 jun. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.03.115977-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

8 - Declaração judicial do valor de bens culturais

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO DE VACARIA - "CASARÃO DE LIBÓRIO RODRIGUES" - INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PARTICULAR, ATRAVÉS DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, O QUE VEM ACARRETANDO DILAPIDAÇÃO DESTE PATRIMÔNIO PELA ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA - LEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO MINISTERIO PÚBLICO (ART. 129, III, DA CF/88 E ART. 1º, III, DA LEI Nº 7.347/85) - IMPORTÂNCIA HISTÓRICA, CULTURAL E ARQUITETÔNICA DO IMÓVEL DEVIDAMENTE COMPROVADA - PROVIMENTO DO APELO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO, COM O TOMBAMENTO DO BEM E INSCRIÇÃO NO LIVRO PRÓPRIO POR PARTE DO MUNICÍPIO E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS RÉUS POR SUA RESTAURAÇÃO EXTERNA E INTERNA. (TJRS – ap. civ. 70013861158 – 4ª Câm. CIV. Rel. des. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO. J. 02/05/2007).(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013861158. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, 02 de maio de 2007. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70013861158&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 29 jan. 2014.)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASO DA CASA ODY, BAIRRO HAMBURGO VELHO, MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO, CONSTRUÍDA NO ESTILO OU TÉCNICA ENXAIMEL, POR VOLTA DO ANO DE 1850, DOCUMENTADA EM LITOGRAFIA DE 1865. COLONIZAÇÃO ALEMÃ. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS EDIFICAÇÕES DOS GRUPOS ÉTNICOS FORMADORES DA SOCIEDADE BRASILEIRA. EXEGESE DOS ARTS. 23, III E IV, 24, VII, 30, IX, E 216, IV, E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; ARTS. 221, V, E 223 E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70014117121, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 06/06/2007).(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário nº 70014117121. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 06 de junho de 2007. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70014117121&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 29 jan. 2014.)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a Constituição estabelece que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação." (art. 216, § 1º). OBRAS NAS PROXIMIDADES DE IMÓVEL ANTIGO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. ESCAVAÇÕES E EXPLOSÃO DE LAJE A DINAMITE. DESABAMENTO DA "CASA DO AGENTE FERROVIÁRIO". PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARQUITETÔNICO. RECONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. Recurso provido parcialmente. (Apelação Cível nº 97.001063-0, 3ª Câmara Civil do TJSC, Criciúma, Rel. Des. Silveira Lenzi. j. 24/08/1999).(SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. (Poder Judiciário de Santa Catarina). Apelação Cível nº 97.001063-0. Relator: Des. Silveira Lenzi. Florianópolis, 24 de agosto de 1999. Disponível em: < http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM – O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o

deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção. (TJMG – AG 000.335.443-8/00 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Wander Marotta – J. 05/05/2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO - PILARES DE ESTRADA DE FERRO - PERÍCIA. A notoriedade dos pilares parcialmente destruídos e soterrados, bem como a possibilidade de análise dos seus vestígios, revestem de utilidade a prova pericial - A ausência de prévio tombamento, ou outro ato oficial de preservação, não impede a tutela jurisdicional voltada à proteção do patrimônio cultural - Prova que pode ser determinada de ofício, torna irrelevante o prazo para o seu requerimento - É obrigatória a publicação da parte da decisão que faculta a indicação de assistente técnico e o oferecimento de quesitos. Negado provimento ao recurso, com observação, cessado o efeito suspensivo. (Agravo de Instrumento nº 292.905-5/5-00, 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, Sorocaba, Rel. Des. Teresa Ramos Marques. j. 12/02/2003, unânime).(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 292.905-5/5-00. Relator: Des. Teresa Ramos Marques. São Paulo, 12 de fevereiro de 2003.)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA –obrigação de não fazer – Preservação da construção de edifício – Valor histórico e arquitetônico – Lei a respeito não aprovada – Irrelevância – Interesse Público que pode se defendido como realidade social – Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo – Sentença anilada – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso Provido. (RJTJESP 114/38)

9 - Função sociocultural da propriedade

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTRUÇÃO - INVIABILIDADE - IMÓVEL VIZINHO AO IMÓVEL TOMBADO - IPHAN E GAT - PARECERES NEGATIVOS - DIREITO DE PROPRIEDADE - LIMITAÇÃO - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - ARTS. 225, 216, V, § 1º, CF - DECISÃO MANTIDA. É inviável a construção em imóvel vizinho a outro, tombado, vez que sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sabendo-se que cabe ao Estado restringir o direito de propriedade para que se atenda à sua função social e para que se preserve o meio ambiente de cidade histórica. Inteligência dos arts. 225 e 216, V, § 1º da CF. (TJMG – Apelação cível N° 1.0216.06.040037-3/001 – Comarca de Diamantina - 5ª C.Civ.- Rel. Nepomuceno Silva DJPR 06/09/2007). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Diamantina. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível N° 1.0216.06.040037-3/001. Relator: Des. Nepomuceno Silva. Belo Horizonte, 06 de setembro de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 21 set. 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0216.06.040037-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE PROPRIEDADE - DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL - RISCO DE DESABAMENTO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais visando a preservação do patrimônio histórico e artístico, o que não consiste no abandono do imóvel ante a ausência de recursos para sua restauração e muito menos em colocar em risco a população da cidade. Rejeitada preliminar, em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicados os recursos voluntários.(TJMG – Apel. Cív. 1.0000.00.352927- 8/000 – comarca de Uberaba – 3ª C Civ. – Rel. Kildare Carvalho – julgado em 19/02/2004).

10 - Imprescritibilidade de ações

PRESCRIÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERESSE PÚBLICO OU EQUIPARADO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – IMPRESCRITIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP – AI 112.173-5 – Rel. Dês. De Santi Ribeiro – J. 11.08.1999 - JTJ-LEX 229/204)

DIREITO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. A prescrição é instituto temporal que limita o direito do credor em exercer a pretensão para que o devedor não fique ad aeternum sujeito a cobrança. Entretanto, os direitos ambientais, em razão de sua transcendental importância para as gerações futuras, são imprescritíveis. (TJMG - 1.0210.93.003112-0/001(1) – Rel. Des. Caetano Levi Lopes. J. 13/03/2007).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0210.93.003112-0/001. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 13 de março de 2007. Minas gerais, Belo Horizonte, 13 abr. 2007. Disponível em: <

http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0210.93.003112-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

A obrigação de reparação do dano ambiental é objetiva (baseada no risco integral), solidária e imprescritível. Havendo relação direita ou indireta entre o dano ambiental e a atividade do poluidor deve ser este considerado sujeito passivo de eventual responsabilidade civil ambiental, sendo também irrelevante a licitude da atividade, pois na ação civil pública ambiental não se discute, necessariamente, a legalidade do ato. (TRF – AG 104105 – 2ª R – UF: ES – órgão julgador: 4ª Turma – Rel: Juiz Arnaldo Lima – julgado em: 18/09/2003).

11 - Improbidade administrativa

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREFEITO - CONDUTAS QUE OCASIONARAM DANOS AMBIENTAIS - INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 (TJMG – Apelação Cível N° 1.0107.06.999989-7/001 – comarca de Cambuquira – Órgão julgador: 4ª Cam Cív. – Rel. Audebert Delage – julgado em: 05/10/2006).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Cambuquira. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n° 1.0107.06.999989-7/001. Relator: Des. Audebert Delage. Belo Horizonte, 05 de outubro de 2006. Minas Gerais, 24 out. 2006. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0107.06.999989-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECEBIMENTO DA INICIAL - ART. 17, §§ 8º E 9º DA LEI Nº 8.429/1992 - DECISÃO FUNDAMENTADA - AUSÊNCIA DE NULIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - CAUSA DE PEDIR - EXISTÊNCIA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1- Estando a decisão recorrida suficientemente explicitada, contendo o essencial à elucidação das matérias questionadas, não há que se falar em ausência de fundamentação. 2- O Juízo de primeiro grau é competente para processar e julgar a ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada contra ex-prefeito municipal, aplicando-se o foro privilegiado apenas em matéria penal e em crimes de responsabilidade. 3- Noticiando os fatos narrados na inicial a ocorrência de suposto ato de improbidade administrativa ambiental, em decorrência de omissão na destinação adequada dos resíduos sólidos, inclusive, industriais e hospitalares, restou clara a causa de pedir, o que afasta a preliminar de inépcia da inicial. 4- Em sede de agravo de instrumento é inviável adentrar no mérito da ação proposta, devendo o Tribunal limitar-se a examinar se a decisão de recebimento atendeu aos requisitos legais, sem antecipação do contraditório, o que impõe a rejeição da alegação de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a matéria apontada confunde-se com o próprio mérito. (TJMG - 1.0498.06.006669-9/002(1) – Rel. Des. Maurício Barros. J. 12/02/2008).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0498.06.006669-9/002. Relator: Des. Maurício Barros. Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 28 fev. 2008. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0498.06.006669-9%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

12 - Intervenção estatal obrigatória

AÇÃO CIVIL PUBLICA - A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AO PATRIMONIO CULTURAL E DEVER DE TODOS, COMUNIDADE E PODER PUBLICO (CF, ARTS. 216 E 225), RAZÃO PELA QUAL AS NORMAS A RESPEITO, LEGITIMAMENTE EXPEDIDAS, TEM EFICACIA UNIVERSAL, VINCULANDO INCLUSIVE AS PESSOAS DE DIREITO PUBLICO. RECURSO DESPROVIDO. (TRF 4ª Região - AG – 9204266694 – SC - SEGUNDA TURMA - Rel. Juiz Teori Albino Zavascki - J. 03/02/1994).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OFENSA AO PATRIMÔNIO CULTURAL - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO PÚBLICO EM PRAÇA DE VALOR HISTÓRICO CONSIDERÁVEL - AVENTADA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - INEXISTÊNCIA - REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. A discricionariedade imanente aos atos da administração pública não significa arbitrariedade, devendo ela estar aliada aos objetivos e valores da sociedade e do grupo comunitário a que serve. O interesse público não é só aquele que o legislador ou o administrador declara, mas sim a própria realidade candente sentida pelo critério social. (TJSC - Apelação cível 43.898 - Relator: Des. Eder

Graf. - J. 07/06/1994).

13 - Intervenção do Ministério Público

EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RETIRADA DE TIRANTES PROTENDIDOS - IMÓVEL URBANO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL - TOMBAMENTO PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ - LEGÍTIMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO NO ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO EM DESLINDE - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADO PELA NATUREZA DA LIDE - ART. 82, III, DO CPC - AUSÊNCIA - NULIDADE ABSOLUTA AB INITIO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE SER REFEITA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM A INTERVENÇÃO DO AGENTE DO PARQUET - APELAÇÃO PREJUDICADA. Decisão: Acordam os desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, de ofício, anular o processo, restando prejudicada a apelação. (Apelação Cível nº 0117006500, Acórdão 20876, 2ª Câmara Cível do TJPR, Curitiba, Rel. Des. Hirose Zeni. j. 30/04/2002).

A interpretação contemporânea do art. 82, III, do CPC, não pode desviar-se da vontade constitucional (art. 127) de outorgar ao Ministério Público a missão precípua de participar, obrigatoriamente, de todas as causas que envolvam aspectos vinculados à proteção do meio ambiente, por ressaltar a preponderância do interesse público. Recurso Especial do Ministério Público provido para determinar a nulidade do acórdão de segundo grau e da sentença, considerando-se legítima a sua participação no feito a partir da contestação (STJ – RESP 486645 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 09.02.2004 – p. 00129).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 486645/SP. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003. DJU, 09 fev. 2004, p. 129. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20040209 &processo=486645&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 jan. 2004.)

IMÓVEL URBANO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL - TOMBAMENTO PELO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ - LEGÍTIMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO NO ACAUTELAMENTO E PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO EM DESLINDE - INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADO PELA NATUREZA DA LIDE - ART. 82, III, DO CPC - AUSÊNCIA - NULIDADE ABSOLUTA AB INITIO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE SER REFEITA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM A INTERVENÇÃO DO AGENTE DO PARQUET - APELAÇÃO PREJUDICADA. (TJPR - 2ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 0117006500, Acórdão 20876, Rel. Des. Hirose Zeni. j. 30/04/2002).

14 - Legitimidade do Ministério Público

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PERIGO DE REMOÇÃO DO BEM. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio histórico e cultural, mesmo que o bem ainda não tenha sido tombado. Ante o perigo iminente de remoção do bem tombado para outra localidade, como se alega oficialmente, é correto o deferimento da liminar que limite a possibilidade dessa remoção.(TJMG – Agravo N° 000.335.443-8/00 – Comarca de Pirapora - 7ª C.Civ.- Rel. Des. Wander Marotta DJPR 05/05/2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESENÇA DE INTERESSE SOCIAL. ATOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. MEIA-ENTRADA. INCENTIVO À CULTURA. CF 88. LEI ESTADUAL. Entre as funções institucionais do Ministério Público, consagradas na CF 88, está a de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. O Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais, o que inclui a tomada de medidas para assegurar a aplicação de lei, que por via de descontos de meia-entrada, realiza incentivo à cultura.(TJMG - Apelação Cível nº 1.0342.05.059259-7/002 - Comarca de Ituiutaba – órgão julgador: 9ª Câm Cív. – Rel: Des. Pedro Bernardes – julgado em: 03/07/2007). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Ituiutaba. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0342.05.059259-7/002. Relator: Des. Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 03 de julho de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 14 jul. 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas= 1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0342.05.059259-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso

em: 29 jan. 2014.)

15 - Medidas liminares e cautelares

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO DE CASA DE SHOWS. PROJETO ARQUITETÔNICO REJEITADO PELO IPHAN. ÁREA QUE ENVOLVE PATRIMÔNIO PÚBLICO TOMBADO. SUSPENSÃO DAS OBRAS. JUÍZO DE CAUTELA. NECESSIDADE. (TRF 5ª R.; AGTR 75957; Proc. 2007.05.00.020177-4; PE; Segunda Turma; Rel. Desig. Des. Fed. Conv. Marco Bruno Miranda Clementino; Julg. 04/12/2007; DJU 11/02/2008; p. 708) (Publicado no DVD Magister nº 18 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR DEFERIDA – PARALISAÇÃO DE OBRAS DESTINADAS AO REFLORESTAMENTO DE PINUS – INDÍCIOS DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS – DECISÃO CONFIRMADA AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO – I - O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbe ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal e à toda coletividade. II - Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralisação das obras de reflorestamento, deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural. (TJPR – Ag Instr 0149999-2 – (24371) – Arapoti – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Hirosê Zeni – DJPR 06/12/2004).

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMÓVEL - TOMBAMENTO - DEMOLIÇÃO - LIMINAR SUSPENSIVA - MANUTENÇÃO. Em se tratando de defesa de patrimônio histórico, qualquer medida judicial, de caráter liminar, tendente a evitar ou suspender obras de demolição ou de reaproveitamento da área, deve ser mantida, até o deslinde da ação, como forma de privilegiar o inestimável bem cuja defesa é proposta, e a fim de desestimular providências deletérias em áreas adjacentes. (TJMG – Ag. 10028.07.014844-1/001 – Andrelândia – 4ª C. Cív. – Rel. Dês. Moreira Diniz – julgado em 24/01/2008).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Andrelândia. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 10028.07.014844-1/001. Relator: Des. Moreira Diniz. Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 28 fev. 2008. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0028.07.014844-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL CAUTELAR - DEFESA DE BEM DE VALOR PAISAGÍSTICO - CONCESSÃO DE LIMINAR - PRESENÇA DE REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - INTERRUPÇÃO DE ATIVIDADES OU OBRAS - IMÓVEL QUE SE PRETENDE SEJA TOMBADO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. Presentes os indispensáveis requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, deve ser mantida a liminar que determinou aos Agravados a interrupção imediata de quaisquer atividades ou obras realizadas em imóvel que se pretende seja tombado, sob pena de se tornar inócua a eventual decisão pela preservação do patrimônio, como valor histórico e cultural, se aguardar o trâmite final de Ação Civil de defesa de bem de valor paisagístico. (TJMG – agravo n° 10151.05.011808-3/001 – Comarca de Cássia – 5ª C. Cív. – Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira – julgado em: 23/09/2005). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Cássia. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n° 10151.05.011808-3/001. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. Belo Horizonte, 25 de agosto de 2005. Minas Gerais, Belo Horizonte, 23 set. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0151.05.011808-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 jan. 2014.)

16 - Patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente

ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente

cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.(STF - ADI-MC 3540 / DF - Rel. Min. CELSO DE MELLO. J. 01/09/2005).(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 2005. DJe, 03 fev. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283540.NUME.+OU+3540.ACMS.%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORV.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NORA.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.ACMS.%29%28%40JULG+%3E%3D+20050901%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oskrynh>. Acesso em: 29 jan. 2014.

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ai meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena na Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – RESP 115599- RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02/03/2002). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 115599/RS. Relator: Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 27 de junho de 2002. DJU, 02 set. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20020302&processo=115599&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

17 - Proteção de bens culturais por meio de lei

TOMBAMENTO. COMPLEXOS HIDROTERMAIS DE POÇOS DE CALDAS. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 23 e 24 DA CF. Compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Os complexos hidrotermais e hoteleiros de Poços de Caldas foram tombados, para o fim de conservação, e declarados monumentos naturais, pelo art. 84 do ADCT da CEMG. Deste modo, não há irregularidade alguma na lei municipal que decreta o tombamento das fontes termais Conjunto Pedro Botelho e Macacos, sendo legítimo o ato da administração que interdita a obra localizada na área de proteção, que não atende às posturas e restrições administrativas. (TJMG – Ap. Civ. 1.0518.02.014291-6/001 –Rel. Des. Schalcher Ventura – J. 24/02/2005).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0518.02.014291-6/001. Relator: Des. Schalcher Ventura. Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2005. Minas Gerais, Belo Horizonte, 18 mar. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=84C10B9AEEC24A5947420EEB0A82C180.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0518.02.014291-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. Patrimônio histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Julga-se improcedente o pedido. (TJMG – Adin 1.0000.00.300914-9/000(2) – Rel. Des. Almeida Melo – J. 24/11/2004).(MINAS GERAIS. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.00.300914-9/000(2). Relator: Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 24 de novembro de 2014. Minas Gerais, Belo Horizonte, 15 dez. 2004. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.00.300914-9/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tombamento. Patrimônio histórico. Lei. Iniciativa. Legislativo. Admissibilidade. Não se há admitir que a promoção e a proteção do patrimônio histórico e cultural se faça, somente, mediante ato administrativo, sem poder de legislar, nem que o processo legislativo deva ser iniciado, privativamente, pelo Chefe do Executivo. A atividade eminente do poder público é a da legislação, cuja iniciativa, para a qual não exista cláusula expressa de reserva, pode ser suprida diante da omissão ou do desinteresse político do Prefeito. Nega-se ratificação ao pedido de liminar. (TJMG - CAUTELAR SUSPENSIVA DE LEI - RATIFICAÇÃO DA MEDIDA. MEDIDA CAUTELAR Nº 000.300.914-9/00 EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - COMARCA DE MANHUMIRIM – REL.. DES. ALMEIDA MELO – J. 26/03/2003).

18 - Poluição visual

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PICO DO IBITURUNA - DANO AO MEIO AMBIENTE - RISCO DE INCÊNDIO E POLUIÇÃO VISUAL - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. A Constituição do Estado de Minas Gerais, no art. 84 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tombou e declarou monumento natural, dentre outros, o Pico do Ibituruna, situado em Governador Valadares. Deve ser julgado procedente pedido veiculado em a ação civil pública se os elementos de prova demonstram o risco de incêndio na área e a poluição visual decorrentes da presença de fios elétricos e equipamentos de letreiro luminoso, instalados em área de preservação ambiental, sem o necessário estudo de impacto ambiental e conseqüente licença. O princípio da prevenção está associado, constitucionalmente, aos conceitos fundamentais de equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável; o primeiro significa a interação do homem com a natureza, sem danificar-lhe os elementos essenciais. O segundo prende-se à preservação dos recursos naturais para as gerações futuras. A Declaração do Rio de Janeiro, votada, à unanimidade, pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (1992), recomendou a sua observância no seu Princípio 15. (TJMG – Apelação cível nº 000.295.312-3/00 – Governador Valadares- 7ª C.Civ. - Rel. WANDER MAROTTA DJPR 10/02/2003).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Governador Valadares. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 000.295.312-3/00. Relator: Des. Wander Marotta. DJOR, 10 fev. 2003.)

ADMINISTRATIVO. POLUIÇÃO VISUAL. PROPAGANDA EM MEIO ABERTO (FRONTLIGHTS, MOVING SIGNS, OUTDOORS). ILEGALIDADE. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. APELAÇÕES DAS RÉS DESPROVIDAS E APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PROVIDA EM PARTE. (TJRS Apelação Cível nº 70011527215, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 30/11/2005).(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011527215. Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre, 30 de novembro de 2005. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 22 dez. 2005. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70011527215&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 30 jan. 2014.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO. INSTALAÇÃO DE BARRACAS E SIMILARES EM PRAÇAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. IMPEDIMENTO OU REDUÇÃO DA VISIBILIDADE DOS BENS TOMBADOS. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO IPHAN. NECESSIDADE. ART. 18, DECRETO-LEI Nº 25, DE 30.11.1937. RECURSO DESPROVIDO. A questão central para a solução da lide consiste na análise do disposto no art. 18, do Decreto-Lei nº 25/37, que trata da organização e da proteção do Patrimônio Histórico Brasileiro. - O referido dispositivo legal tem por objetivo proteger a visibilidade da coisa tombada, preservando a área a ela vizinha. Assim, ao instalar barracas e similares nas praças tombadas, o Município, mesmo visando ao bem-estar coletivo, tem o dever constitucional de preservar e promover o adequado acesso aos aspectos históricos que tais imóveis possuem enquanto fontes de cultura nacional. Os objetivos buscados pelo ente federativo, quando promove eventos que demandam tais construções, devem ser conciliados com a preservação de valores culturais que não se restringem apenas aos interesses locais, mas que, por força do tombamento, fazem parte do patrimônio cultural brasileiro. - Pelo exposto, é forçoso concluir que as instalações realizadas ou autorizadas pelo Município réu em praças públicas tombadas não podem ter o condão de impedir ou reduzir a visibilidade, ainda que temporariamente, dos bens históricos nelas localizados, cabendo ao IPHAN manifestar-se previamente sobre tais atividades. - Apelação desprovida. (TRF 2ª R.; AC 2005.51.06.000047-4; Quinta Turma Especializada; Relª Desª Fed. Vera Lúcia Lima; Julg. 30/04/2008; DJU 09/05/2008; p. 783).

19 - Responsabilidade civil objetiva

MEIO AMBIENTE – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ –

RESP 115599 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 02/09/2002).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª turma. Recurso Especial nº 115599/RS. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 27 de junho de 2002. DJU, 02 set. 2002. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20020902&processo=115599&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art. 14, parágrafo 1º) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar. A adoção pela Lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa., consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada Lei. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - Mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental. (STJ – RESP 578797 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 20/09/2004 – p. 00196).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 578797/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de agosto de 2004. DJU, 20 set. 2004, p. 00196. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20040920&processo=578797&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

A Constituição Federal adota um conceito abrangente de meio ambiente, envolvendo a vida em todas as suas formas, caracterizando-se como direito fundamental do homem (art. 225). A hipótese é de responsabilidade objetiva do causador do dano, já prevista na Lei nº 6.938, de 31/08/1981, art. 14 § 1º, normação recepcionada pelo § 3º do art. 225 da Carta Política. Independência das instâncias. Verificado o dano ambiental, coexistem, a obrigação civil de indenizar, a responsabilidade administrativa e a penal. É o judiciário, na análise de cada caso concreto que dirá da pertinência do montante indenizatório, sempre atento ao princípio da razoabilidade que deve permear as decisões dessa natureza. (TRF 3º R. – AC 335080 (96.03.067409-5) – 6ª T. – Relª : Desª Fed. Salette Nascimento – julgado em: 21/11/2003 – p 383/384).

20 - Solidariedade pela conservação de bens culturais

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMÓVEL TOMBADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO BEM, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO – I- O Decreto que institui o tombamento de imóvel urbano situada em área de preservação histórica, ainda que advindo do Poder Executivo Estadual, implica em responsabilidade solidária pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural em face do abandono e descaso, tanto do proprietário do imóvel quanto do Estado e do Município. III - Recursos improvidos. (TJMA – AC 21.126/2003 – (52561/2004) – São Luís – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf – J. 06/12/2004).

PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. POSSIBILIDADE. CASA DOS ABADIE. responsabilidade solidária do município e do proprietário. Embora não haja tombamento, cabe proteger na via judiciária bem integrante do patrimônio cultural, como estabeleceu a prova pericial, relativamente à Casa dos Abadie, no Município de Canoas, responsabilizando-se, solidariamente, o Município e o proprietário do bem. (TJRS Ap. Civ. nº 70015002884 – j. 24/05/2006). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70015002884. Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre, 24 de maio de 2006. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 22 jun. 2006. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70015002884&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 30 jan. 2014.)

21 - Suspensão e demolição de obras

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - MUNICÍPIO DE MARIANA - EDIFICAÇÃO EM IMÓVEL LOCALIZADO NO CONJUNTO ARQUITETÔNICO - APROVAÇÃO DO IPHAN - NECESSIDADE - DEMOLIÇÃO DA PARTE IRREGULAR DA CONSTRUÇÃO - Incumbe ao proprietário ou possuidor a conservação dos imóveis que fazem parte integrante do conjunto arquitetônico e paisagístico do Município de Mariana/MG, sendo que qualquer obra, reparo ou restauração de imóvel protegido pela riqueza histórica não podem ser promovidas sem a prévia autorização do IPHAN, sob pena de demolição do que foi iniciado irregularmente. (TJMG – Reexame Necessário N°1.0400.03.008595-7/001 – Comarca de Mariana - 1ª C.Cível. - Rel. Des. Eduardo Andrade DJPR 29/01/2008).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Mariana. 1ª Câmara Cível. Reexame Necessário nº 1.0400.03.008595-7/001. Relator: Des. Eduardo Andrade. Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 26 fev. 2008. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=21076F605BDB65F4CA93A56C4904427D.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0400.03.008595-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL CAUTELAR - DEFESA DE BEM DE VALOR PAISAGÍSTICO - CONCESSÃO DE LIMINAR - PRESENÇA DE REQUISITOS - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - INTERRUPÇÃO DE ATIVIDADES OU OBRAS - IMÓVEL QUE SE PRETENDE SEJA TOMBADO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO - MANUTENÇÃO - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. Presentes os indispensáveis requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, deve ser mantida a liminar que determinou aos Agravados a interrupção imediata de quaisquer atividades ou obras realizadas em imóvel que se pretende seja tombado, sob pena de se tornar inócua a eventual decisão pela preservação do patrimônio, como valor histórico e cultural, se aguardar o trâmite final de Ação Civil de defesa de bem de valor paisagístico. (TJMG – Agravo N° 1.0151.05.011808-3/001 – Comarca de Cássia - 5ª C.Cível - Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira DJPR 25/08/2005). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Cássia. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0151.05.011808-3/001. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. Belo Horizonte, 25 de agosto de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 23 set. 2005. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0151.05.011808-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONJUNTO ARQUITETÔNICO E URBANÍSTICO DA CIDADE DE DIAMANTINA/MG. TOMBAMENTO COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. MODIFICAÇÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO E PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUNTO AO IPHAN. AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. DEMOLIÇÃO DA OBRA. RECOMPOSIÇÃO DA PERMEABILIDADE E VEGETAÇÃO DA ÁREA FRONTAL. POSSIBILIDADE. Tombado como Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o Conjunto Arquitetônico e Urbanístico da Cidade de Diamantina/MG encontra-se amparado por regime especial de proteção, submetendo-se à legislação de regência qualquer alteração nas suas características originárias, condicionando-se a alteração de qualquer imóvel, público ou particular, que o integra, à apresentação e aprovação de projeto arquitetônico junto ao IPHAN. Demonstrado o caráter agressor da obra realizada sem a devida autorização do órgão competente, impõe-se a sua demolição, bem assim, a recomposição da permeabilidade e vegetação da área frontal, nos termos dos arts. 17 e 18, do Decreto-Lei nº 25/37. Remessa oficial, parcialmente provida e apelação provida. Sentença reformada, em parte. (TRF – 1 APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.38.12.007064-0/MG– órgão julgador: 6ª T Rel. Des. Fed. Souza Prudente data da decisão: 08/10/2007).

Jurisprudência Criminal

1 - Art. 62 da Lei nº 9.605/98

SITIO ARQUEOLÓGICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEFINIDAS. ERRO DE TIPO NÃO COMPROVADO. DOLO EVENTUAL. I – A realização de obra sobre importante sítio arqueológico na região de Imbituba/SC constitui crime ambiental de sérias proporções, principalmente pelo fato de que o réu é morador da área e, por força de sua função, na qualidade de Diretor Técnico da empresa de engenharia, não tomou o devido cuidado ao escavar área com fragmentos arqueológicos facilmente identificáveis. II – Descabida a tese defensiva de ocorrência de erro de tipo porquanto o réu, no mínimo, agiu com dolo eventual, não apresentando prova concreta em favor de seus argumentos. III – Apelação não – provida. (TRF 4ª R – ACR – Processo: 200304010431331 – UF:SC – Rel Juiz

Luiz Fernando Wowk – julgado em: 22/09/2004).

2 - Art. 63 da Lei nº 9.605/98

HABEAS CORPUS - ALTERAÇÃO DE ASPECTO DE LOCAL ESPECIAMENTE PROTEGIDO POR LEI POR SEU VALOR CULTURAL - SERRA DO CURRAL - ORDEM DENEGADA - Edificações ou terraplanagens realizadas em lote localizado em área da Serra do Curral devem ser previamente autorizadas pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Histórico e Cultural de Belo Horizonte - Aprovação posterior de projeto de edificação em lote onde se realizou desaterro irregular não extingue a punibilidade do fato.(TJMG – HABEAS CORPUS Nº 10000.00.325.638-5/00 – Belo Horizonte - 3ª C.Crim. - Rel. Des. Mercedo Moreira - julgado em 13/05/2003).

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. MATERIALIDADE COMPROVADA. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. 1. A conduta de modificar irregularmente imóvel tombado, sem a prévia autorização do IPHAN, configura o crime capitulado no art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Encontra-se preenchido o elemento subjetivo do tipo se demonstrado que a ré alterou o aspecto da edificação tombada de forma voluntária e consciente. 3. A persistência da acusada, dando continuidade as obras do seu imóvel apesar do embargo administrativo imposto pelo IPHAN, configura uma especial resistência à norma incriminadora do art. 63 da Lei nº 9.605/98, suficiente para justificar uma exasperação diferenciada a título de culpabilidade. 4. A extrema dificuldade de reparação dos danos causados ao patrimônio histórico-cultural pelas obras empreendidas no edifício tombado, atestada pela opinião técnica do parecer do IPHAN, autoriza um juízo desfavorável no tocante à vetorial das conseqüências do delito. (TRF 4ª R.; ACr 2003.72.07.001177-8; SC; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Pentado; Julg. 26/03/2008; DEJF 02/04/2008; p. 549).

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL – LEI nº 9.605/98 – ART. 63 – BEM PROTEGIDO – COLOCAÇÃO DE PLACAS COMERCIAIS – ALTERAÇÃO DO ASPECTO DA EDIFICAÇÃO – TIPIFICAÇÃO – 1. A colocação de placas comerciais em prédio tombado pelo patrimônio histórico, desobedecendo a regulamentação do instituto do patrimônio histórico e artístico nacional – IPHAN, altera o seu aspecto, pois lhe retira as características da época, modificando sua aparência. Incidência do art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Comprova-se o dolo do réu pelo conhecimento das restrições legais, comprovado nos autos pela notificação extrajudicial e pela prova testemunhal, tendo o acusado mantido sua conduta de fixar placa comercial em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, desrespeitando a regulamentação do IPHAN. 3. Apelação provida. (TRF 4ª R – Acr 2002.04.21.033162-9- SC – 7ª T. – Rel. Dês. Fed. José Luiz B. Germano da silva – DJU 16/07/2003 – p. 369).

3 - Art. 64 da Lei 9.605/98

PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES CONTRA A FLORA E CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIMES AMBIENTAIS. INAPLICABILIDADE. I - O processo e julgamento dos feitos relativos ao crime de parcelamento irregular de solo urbano praticado na Colônia Agrícola Vicente Pires - Taguatinga/DF - é da Justiça Federal, por caracterizar ofensa a bens da União. Precedentes do STJ. II - Não se deve aplicar o princípio da insignificância quando se trata de crimes ambientais, haja vista que os danos causados ao meio ambiente podem ser irreparáveis. Precedentes.III - Recurso do Ministério Público provido. (TRF 1ª R. – RCCR 34000132970 – DF – 3ª T – Rel. Des. Fed Cândido Ribeiro – DJU 19/12/2003 – p. 116).

4 - Art. 65 da Lei 9.605/98

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO PREVISTO NO ART. 65, DA LEI nº 9.605/98 - (PICHAÇÃO) - AUSÊNCIA DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL E CONFISSÃO DO ADOLESCENTE - VALIDADE. - Em atos infracionais em que não foi feito o exame de corpo de delito, não mais podendo ser realizado, poderá este ser suprido pela prova testemunhal, notadamente pela própria confissão do menor. (inteligência do art. 167 do CPP). Preliminar rejeitada - A pichação de muros ou paredes, especialmente de estabelecimentos escolares, constitui ato infracional que deve ser considerado para a própria formação do menor. Em se tratando de adolescente, a punição, ainda que branda, de seus erros, evita seu amadurecimento deformado, a sensação de impunidade, e, quiçá, punições futuras por atos de maior gravidade - Recurso

desprovido. (TJMG – Apel. Crim. N. 1.0499.03.900001-7/001- 1ª Câm Crim – Rel. Des. Gudesteu Biber – J. 17/02/2004). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0499.03.900001-7/001. Relator: Des. Gudesteu Biber. Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2004. Minas Gerais, Belo Horizonte, 20 fev. 2004. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisp

5 - Art. 68 da Lei nº 9.605/98

HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – DEIXAR DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ART. 68, LEI Nº 9.605/98) – PRETENDIDO TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA. Não cabe trancar o inquérito policial se todos os elementos probantes nos autos evidenciam provas da materialidade e indícios suficientes da autoria. (TJMS – HC N. 2007.029549-7/0000-00 – Comarca de Bonito – Órgão Julgador: Des. João Batista da Costa Marques – julgado em: 17/12/2007).

6 - Competência

COMPETÊNCIA - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - INTERESSE DA UNIÃO - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 109, INCISO V, DA LEI MAGNA. O patrimônio histórico-cultural tombado no âmbito federal, pelo IPHAN, constitui, a teor do artigo 216 da Lei Fundamental da República em vigor, patrimônio cultural a nível nacional e não estadual. Em conseqüência, o foro competente para o processamento e julgamento de ilícito penal contra o patrimônio histórico-cultural nacional é o da Justiça Federal. (TJMG – Recurso em sentido estrito Nº 1.0461.04.015891-1/001 – Ouro Preto - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Hyparco Imnesi DJPR 13/11/2007).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Ouro Preto. 2ª Câmara Criminal.Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.04.015891-1/001. Relator: Des. Hyparco Imnesi. Belo Horizonte, 23 de agosto de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 13 nov. 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.04.015891-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FURTO E RECEPTAÇÃO. BENS TOMBADOS POR ESTADO-MEMBRO. BARRAS DE TRILHO DA FERROVIA PERUS PIRAPORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL 1. Se os bens foram tombados por Estado-membro, em regra, possuem somente relevância regional, não ensejando a competência da Justiça Federal. 2. Competência da Justiça Comum Estadual.(STJ – Conflito de competência 56102 - UF: SP – órgão julgador terceira seção Relª.Laurita Vaz - DJU 13/09/2006).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 56102/SP. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 13 de setembro de 2006. DJ, 23 out. 2006, p. 256. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20060913&processo=56102&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SUSPENSÃO DO PROCESSO - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - BEM INTEGRANTE DO CONJUNTO TOMBADO PELO IPHAN - COMPETÊNCIA JUSTIÇA DEFERAL - NULIDADE DA AÇÃO PENAL. - Em se tratando de crime cometido contra o patrimônio histórico e artístico nacional, em virtude de alterações em imóvel integrante de conjunto tombado pelo IPHAN, a competência para o processamento da ação penal é da Justiça Federal, consoante ditame expresso no art. 109, IV, da CR/88. - O processamento do feito pela Justiça Estadual gera nulidade absoluta, passível de ser declarada a qualquer momento e de ofício. (TJMG – Recurso em sentido estrito nº 1.0461.03.010070-9/001 – Ouro Preto - 2ª C.Crim. - Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires DJPR 26/04/2007). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Ouro Preto. 2ª Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.03.010070-9/001. Relator: Des. Beatriz Pinheiro Caires. Belo Horizonte, 26 de abril de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 10 mai. 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.03.010070-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

7 - Contrabando e receptação de bens culturais

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO CONJUNTO

FÁTICO-PROBATÓRIO. TENTATIVA DE CONTRABANDO. PEÇAS DE ARTE SACRA DOS SÉCULOS XVII, XVIII E XIX. APREENSÃO. RELEVÂNCIA DOS BENS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS (ART. 216, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. O remédio constitucional destinado à salvaguarda da liberdade de ir e vir do indivíduo, nos termos do art. 5º, LXVIII, não se afigura a via adequada ao deslinde de questões que demandem ampla dilação probatória. 2. Os bens apreendidos podem ser considerados, no conjunto ou parcialmente, criações científicas e artísticas. Por isso mesmo estão protegidos pelo art. 216, inc. III da Constituição Federal, além de serem tutelados pela Lei nº4.845/65, que proíbe a saída do Brasil de obras de arte produzidas até o final do período monárquico, ou mesmo estrangeiras que representem personalidades brasileiras, as quais podem ser, inclusive, seqüestradas (art 5º). 3. Impossibilidade de trancamento da ação penal em vista dos fortes os indícios de contrabando tentado, sem explicação e prova da forma de aquisição dos objetos, sendo a cidade de destino fronteiriça, tendo se apresentado desprovida de verossimilhança a tese defensiva quanto à utilização do objetos para adorno do palco de exposição de eqüinos. 4. Ordem denegada.(TRF – HC – processo n° 200604000044169 - UF: RS – órgão julgador: sétima turma – relatora: Maria de Fátima Freitas Laberrère – J. 10/05/2006).

HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – RECEPTAÇÃO DE IMAGENS SACRAS – DENÚNCIA – REQUISITOS LEGAIS – PREENCHIMENTO – TIPICIDADE – LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO – OCORRÊNCIA – TRANCAMENTO – IMPOSSIBILIDADE. Não há se falar em trancamento quando, no vislumbre de lastro probatório mínimo, preenchidos todos os demais requisitos essenciais ao regular exercício do direito de ação. Ordem de habeas corpus que se denega. (TJMG – Habeas Corpus 1.0000.04.410549-2/000 – Comarca de São João Del-Rei – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 22/07/2004).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1.0000.04.410549-2/000. Relator: Des. Tibagy Salles. Belo Horizonte, 22 de julho de 2004. Minas Gerais, Belo Horizonte, 03 ago. 2004. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.04.410549-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2004.)

8 - Inexistência de questão prejudicial

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL (ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98) - CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL COM BASE NO ART. 93 DO CPP - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. “”A concomitância de ação civil pública visando a recomposição dos danos ao patrimônio histórico e artístico não é causa para a suspensão do processo-crime instaurado para apuração do delito do art. 63 da Lei nº 9.605/98 (alteração de edificação protegida por lei, sem autorização legal). Além de não existir questão prejudicial a ser dirimida na esfera cível, há independência entre as responsabilidades civil e criminal. Precedentes deste eg. TJMG.”” (TJMG – Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.03.010400-8/001 – comarca de Ouro Preto – órgão julgador: 1ª Cam Crim. – Rel. Dês Eduardo Brum – julgado em: 17/07/2007).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Ouro Preto. 1ª Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.03.010400-8/001. Relator: Des. Eduardo Brum. Belo Horizonte, 17 de julho de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 24 jul. 2007. Disponível em: < http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.03.010400-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL - CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AUSÊNCIA DE QUESTÃO PREJUDICIAL - SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO CRIMINAL - IMPOSSIBILIDADE. As questões prejudiciais previstas no art. 93 do Código de Processo Penal atuam ”como pressupostos (fundamentos de origem) da própria definição da existência do crime” sendo que a solução judicial de tais pressupostos é da jurisdição cível (in Curso de Processo Penal, 6 ed. p. 257). A suspensão do processo criminal para a verificação da existência da infração denunciada - alteração no aspecto ou estrutura de edificação protegida por lei devido ao seu valor paisagístico, histórico e cultural, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida - é desnecessária, porquanto o caderno probatório é formado no âmbito processual penal através de prova pericial e testemunhal. Provimento do recurso que se impõe.(TJMG – Recurso em sentido estrito Nº 1.0461.02.008837-7/001 – Ouro Preto - 3ª C.Crim. - Rel.Des. Antonio Carlos Cruvinel DJPR 10/04/2007).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Comarca de Ouro Preto. 3ª Câmara criminal. Recurso em Sentido Estrito nº

1.0461.02.008837-7/001. Relator: Des. Antonio Carlos Cruvinel. Belo Horizonte, 10 de abril de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 16 mai. 2007.)

9 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”. IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida se sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 564.960 - SC (2003/0107368-4) – Rel. MINISTRO GILSON DIPP - J. 02/06/2005). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 564.960/SC (2003/0107368-4). Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 02 de junho de 2005. DJ, 13 jun. 2005, p. 331. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20050602&livre=%28%22GILSON+DIPP%22%29.min.&processo=564960&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 62 E 3°,DA LEI 9605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. I – O trancamento de ação por falta de justa causa na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (precedentes). II – Qualquer entendimento contrário i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora paciente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório o que, nesta estreita via, mostra-se inviável (Precedentes). III – Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreendera responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (STJ - Resp nº 564960/SC, órgão julgador: 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em: 13/06/2005).(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 564960/SC.

Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 13 de junho de 2005.)

HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL – ANULAÇÃO "AB INITIO" DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESOA JURÍDICA. VIA INADEQUADA DO "WRIT" – INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA, INOCÊNCIA E CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO DEMONSTRADAS - ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO – PROBATÓRIA – NECESSIDADE DE EXAME ACURADO E VALORATIVODOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE PELA ESTREITA VIA DO REMÉDIO HERÓICO – ORDEM DENEGADA. (TJMG – HC N° 10000.05.426448-6/000 – Comarca de Belo Horizonte – Relª Desª Márcia Milanez).(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus. nº 10000.05.426448-6/000. Relator: Des. Márcia Milanez.)

10 - Subtração de bens culturais

PENAL. PROCESSO PENAL. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. DESTRUIÇÃO. FANATISMO RELIGIOSO. LEI nº 9.605/98. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENA. FIXAÇÃO. 1. Autoria e materialidade devidamente comprovadas quanto ao delito de destruição de patrimônio histórico. 2. A dosimetria da pena não merece qualquer reforma, vez que foi fixada com observância dos parâmetros estabelecidos pelo art. 59, do Código Penal. 3. É inaplicável o Princípio da Insignificância sob a alegação de que o objeto furtado é de valor insignificante, haja vista que o valor de mercado (quinhentos reais) é significativo em face da situação sócio-econômica do Réu. 4. Improvimento da Apelação criminal. (TRF – Apel Crim. 200338000707086 - UF: MG – 1ª R – Órgão julgador: 4ª T – Rel: Dês Fed Ítalo Fioravanti Sabo Mendes – julgado em: 25/10/2005).

PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. SITIO ARQUEOLÓGICO. FURTO. Réu acusado de destruir uma formação de Sambaqui, que é patrimônio da União, subtraindo o material que o compunha para utilização como aterro e pavimentação em sua propriedade, causando degradação ao meio ambiente. Prova pericial contundente, a indicar a existência de dano irreversível, irreparável e inestimável ao patrimônio arqueológico. Inaplicabilidade, ao caso concreto, da retroatividade da Lei 9.605/98, por implicar em prejuízo ao réu. Condenação mantida. Majoração da pena privativa de liberdade, substituída por restritivas de direito. (TRF – Apel Crim. - Processo: 9804032260 – UF: SC – 4ª R – Órgão Julgador: 1ª T – Rel: Dês Fed Eloy Bernst Justo – julgado em: 19/07/2000).

11 - Suspensão condicional do processo

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL. REPARAÇÃO DO DANO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Quando o laudo constatar que o dano ambiental não foi reparado, após findo o período de prova inicialmente fixado, é hipótese de prorrogação do período de suspensão do processo, nos termos do art. 28 da Lei 9605/98. Recurso provido. (TJRS - Recurso em Sentido Estrito nº 70012439741, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 20/10/2005).(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70012439741. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Porto Alegre, 20 de outubro de 2005. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 12 dez. 2005. Disponível em: <
http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70012439741&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q⇒. Acesso em: 30 jan. 2014.)

Referências

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

ANDRADE, Ricardo Rangel. et al. (Org.). **Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural**. Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004.

BARRETO JÚNIOR, Luis Fernando Cabral. O controle judicial das omissões do poder público no dever de proteção ao patrimônio cultural. In: **Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural**. Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004. p. 147-163.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. **Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 51, jan./fev. 2005. 1 CD-ROM.

BRITO, Marcelo. Gestão compartilhada: os planos de preservação de cidades históricas. In: **Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural**. Goiânia: Instituto Centro Brasileiro de Cultura, 2004. p. 139-146.

BUGALHO, Nelson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 37, p. 96-112, jan./mar. 2005.

CASTRO, Sônia Rabello de. **Estatuto da Cidade e a preservação do patrimônio cultural federal**: compatibilizando a gestão. Temas de Direito Urbanístico. 4 ed. Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 39-51.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 34, p. 41-58, abr./jun. 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et al. **Crimes e infrações administrativas ambientais**: comentários à Lei nº 9605/98. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Ano II, n. 9, p. 189-195, out./dez. 2003.

CURY, Isabelle (Org.). **Cartas Patrimoniais**. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000.

FERREIRA, Liliane Garcia. **O dano moral à coletividade decorrente dos danos causados a bens ambientais culturais, assim como da privação do direito de fruição desses bens**. Disponível em: < www.acpo.org.br/inf_atualizadas/2003/pag_e_pdf/dra_liliane2.html.> Acesso em: 2008

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas da área ambiental**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>. Acesso em: jan. 2007.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/85 - 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 113-140.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilmar Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 32.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 1, p. 11-36, jan./ jun. 2001.

LOUBET, Luciano Furtado. **Regime jurídico do ecoturismo e o papel do Ministério Público em sua defesa e controle**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ecoturismo.pdf. > Acesso em: 10 mai. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9 ed. São Paulo: RT, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção constitucional ao patrimônio cultural**. Disponível em: <

http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id9.htm>. Acesso em: 11 jul. 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; CAPPELI, Sílvia; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais – análise dos pressupostos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 50, p. 255-269.[data?]

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Inquérito civil público e ação civil pública na tutela do patrimônio cultural. In: TINOCO, Lívia Nascimento et al. (Org.). **Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural**. Goiânia: ICBC, 2004. p. 121-138.

MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 2, p. 19-35, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A atuação do Ministério Público no combate ao comércio clandestino de bens culturais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 822, p. 473-482, abr. 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados. Uma análise em busca da efetividade protética do Decreto-Lei nº 25/35. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 41, p. 167-181, jan./mar. 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. In: **Jurisprudência Brasileira Criminal**: crimes ambientais. v. 44. Curitiba: Juruá, 2002. p. 63-82.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Usucapião de bens móveis tombados**: uma análise em busca da efetividade protetiva do decreto-lei 25/1937. 83. ed. Caxias do Sul: Juris Plenum, 2005. CD 2.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio arquivístico sob a guarda do Poder Judiciário – o problema da eliminação e do acesso aos autos processuais findos. **Caderno de Teses do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Ouro Preto, abril de 2005. p. 09-18.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de defesa do patrimônio cultural**. Direito Ambiental em Evolução. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 2, p. 50-66, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PARDO, Guillermo Orozco; ALONSO, Esteban J. Pérez. **La tutela civil y penal Del Patrimônio histórico cultural o artístico**. Madri: McGraw-Hill, 1996.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Ética do promotor de justiça. In: ALVES, Airton Buzzo et al. (Org.). **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-33.

PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente**: aspectos jurídicos. 5 ed. Campinas: Papirus, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e patrimônio cultural**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**: omissão do Estado e tutela judicial. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

RICHTER, Rui Arno. Omissão do poder público na gestão do patrimônio cultural. In: **O Ministério Público e a proteção do Patrimônio Cultural**. Anais do 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural. Goiânia, 2004.

RICHTER, Rui Arno. **Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural. Atuação Jurídica. Associação Catarinense do Ministério Público.** Ano 4. n. 6, ago. 2001, p. 69-73.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Atuação do Ministério Público na proteção do patrimônio cultural imaterial**. Ouro Preto: Caderno de Teses do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2005. p. 19-36.

RODRIGUES, João Gaspar. O defensor do povo (*ombudsman*). **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 1, n. 5, jan. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=280>. Acesso em: 14 mar. 2007.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **A evolução da proteção do patrimônio cultural**: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Direito Ambiental. Caxias do Sul: Plenum, 2003. 1 CD-ROM.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública**: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 309-358.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: Derani, Cristiane; Costa, José Augusto Fontoura (Orgs.). **Direito Ambiental Internacional**. Santos: Universitária, 2001. p. 199-215.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Unidade, 1999.

10.10. Modelos de quesitos

1. Verificação preliminar de valor cultural de bens imóveis

1)Qual a localização exata do bem e qual o seu proprietário?
2)Quais as dimensões e confrontações do imóvel?
3)Descreva fisicamente o bem de forma pormenorizada, juntando fotografias dele (vista geral e detalhes).
4)Qual a atual destinação do imóvel?
5)Quando o bem foi construído e por quem? Quais as suas destinações ao longo dos tempos?
6)Explique qual a importância do bem em razão de seu valor cultural (valor histórico, arquitetônico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, turístico, científico etc.) Responder de forma pormenorizada.
7)Explique por que o bem é portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Responder de forma pormenorizada.
8)Qual a relevância cultural do bem para o município onde está situado, para o Estado de Minas Gerais e para o Brasil?
9)O bem é destinado a algum tipo de manifestação artístico-cultural? Qual?
10)O bem pode contribuir efetiva ou potencialmente como atração turística para o município em que se encontra situado?
11)Qual o estado de conservação atual do imóvel?
12)Outras considerações julgadas pertinentes.

2. Verificação da integridade de bem protegido em razão de seu valor cultural

1)Qual a localização e as características do bem?
2)Qual a natureza da proteção (tombamento, inventário, lei, decisão judicial)?
3)Qual o nível da proteção (âmbito municipal, estadual, federal)? Favor juntar cópia do ato protetivo.
4)Qual o nome e a qualificação do proprietário ou possuidor do bem?
5)O bem encontra-se destruído, inutilizado ou deteriorado? Pormenorizar a natureza e a extensão dos danos.
6)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.
7)O bem teve alterado o seu aspecto (inclusive a área de entorno) ou sua estrutura, sem autorização da autoridade competente ou em desconformidade com a concedida?
8)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.
9)Houve na vizinhança do bem protegido construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes sem autorização do órgão competente?
10)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta bem como indicar a data de sua prática.
11)Houve construção em solo não edificável ou em seu entorno sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida?
12)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta bem como indicar a data de sua prática.
13)Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos? Especificar?
14)Caso seja impossível tecnicamente a recomposição total ou parcial do bem estimativa/valoração pecuniária dos diversos impactos causados – direta e indiretamente – ao meio ambiente cultural.
15)Quais as medidas adotadas pelo Poder Público em razão dos fatos? Pormenorizar, inclusive anexando cópia de eventuais autos de infração e imposição de penalidade.
16)Tecer outras observações julgadas pertinentes.

3. Diagnóstico da política municipal de patrimônio cultural

1)Existem bens culturais materiais objeto de proteção no município? Quais?
2)Qual o estado de conservação desses bens? Existe algum bem correndo risco de destruição? Por quê?
3)Existe algum bem de relevância cultural que ainda não foi objeto de proteção? Em caso positivo, indicar o bem e as suas características /atributos que o torna merecedor de proteção.
4)Existem no município bens culturais imateriais Esses bens são objeto de registro?
5)O município conta com espaços voltados para a promoção e divulgação do patrimônio cultural (museus, casas de cultura etc)?

6)O município é enquadrado como cidade turística ou de potencial turístico?
7)O município possui plano diretor aprovado?
8)O município possui legislação de defesa do patrimônio cultural? A legislação, se existente, trata adequadamente de institutos tais como: registro de bens imateriais, inventário, tombamento, gestão documental, poder de polícia, sanções administrativas, princípios e diretrizes da política de proteção, conselho e fundo municipal de patrimônio cultural?
9)O município conta com legislação sobre educação patrimonial?
10)Existem programas de educação patrimonial sendo desenvolvidos de maneira efetiva pelo município?
11)O município conta com arquivo público? Como é feita a gestão dos documentos municipais?
12)O município conta com conselho municipal de proteção ao patrimônio cultural em funcionamento e atuante?
13)O município conta com equipe técnica para dar suporte ás políticas municipais de patrimônio cultural?
14)O município promove/viabiliza cursos de capacitação para a equipe técnica do patrimônio cultural e para os membros do conselho municipal? Em caso positivo, qual foi o último curso de capacitação de que participaram?
15)O município disponibiliza equipamentos, espaço físico e veículos para a equipe técnica e para o conselho municipal? Em caso positivo discriminar.
16)O município possui fundo municipal do patrimônio cultural? Em caso positivo, está efetivamente em funcionamento?
17)Quais os valores recebidos pelo município a título de icms cultural nos últimos anos?
18)Fazer outras considerações julgadas de relevo para o presente diagnóstico.

4. Situação de conservação de bem espeleológico

1)Qual a localização, descrição, delimitação e as características do bem espeleológico?
2)O bem está registrado no cadastro nacional de informações espeleológicas (canie)? Em caso positivo, juntar cópia da ficha de registro.
3)Além da proteção legal prevista pelo art. 214, §7º da Constituição Estadual e pelo Decreto nº 99.956/90, há algum outro ato protetivo a respeito do bem (tombamento, inventário, lei, decisão judicial, unidade de conservação)? Em caso positivo, qual o nível da proteção (âmbito municipal, estadual, federal)? Juntar cópia do ato protetivo.
4)O bem é utilizado para a prática de espeleoturismo? Em caso positivo, há infra-estrutura adequada para tanto?
5)Qual o nome e a qualificação do proprietário ou possuidor da superfície do solo?
6)O bem encontra-se destruído, inutilizado, deteriorado ou há atividade potencialmente degradadora sendo exercida no local ou entorno? Pormenorizar a natureza e a extensão dos danos e se há licenciamento ambiental para as atividades. Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva e indicar a data de sua prática.
7)O bem teve alterado o seu aspecto, inclusive a área de entorno, ou sua estrutura, sem autorização da autoridade competente ou em desconformidade com a que foi concedida?
8)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta comissiva ou omissiva bem como indicar a data de sua prática.
9)Houve na vizinhança do bem protegido construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes sem autorização do órgão competente?
10)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta e indicar a data de sua prática.
11)Houve construção em solo não edificável ou em seu entorno sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a que foi concedida?
12)Em caso positivo, qual o responsável pelos danos? Pormenorizar a conduta e indicar a data de sua prática.
13)Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos e a integral proteção do bem? Especificar.
14)Caso seja impossível tecnicamente a recuperação total da área degradada, apresentar estimativa de valoração monetária dos diversos impactos causados, direta e indiretamente, ao meio ambiente, considerando o lapso temporal entre a ocorrência do dano e o tempo necessário para a recomposição dos serviços ambientais afetados.
15)Tecer outras observações julgadas pertinentes.

5. Situação de conservação de sítios arqueológicos

1)Identificar a área objeto de perícia e registrar qual a sua localização geográfica (coordenadas UTM) e cartográfica.

2)Descrever sumariamente os atributos e características do sítio arqueológico, sua importância e sua extensão.
3)De quem é a propriedade da superfície onde se encontra o sítio? O proprietário tem conhecimento da existência do sítio?
4)O sítio encontra-se registrado no IPHAN? Em caso positivo, declinar detalhes do registro, juntando, se possível, cópia dos dados do SGPA.
5)O sítio já foi objeto de regular pesquisa arqueológica? Em caso positivo, declinar os autores da pesquisa, sua data, os seus resultados e as correspondentes fontes bibliográficas.
6)Há identificação visual (placa, faixa, marcos etc) acerca da existência do sítio?
7)Há visitação turística no sítio? Em caso positivo, existe a infra-estrutura necessária para tanto?
8)Além da proteção legal prevista pela Lei nº 3.924/61, existe algum outro ato protetivo (tombamento, inventário, unidade de conservação etc) em relação ao sítio?
9)O sítio apresenta intervenções antrópicas que comprometem sua integridade? Em caso positivo, detalhar as intervenções, suas épocas de ocorrência e seus autores.
10)Em atividade potencialmente degradadora no sítio ou em seu entorno, houve a realização prévia de pesquisa arqueológica e de estudo de impacto cultural nos termos da lei?
11)No caso de atividades minerárias no local, houve obediência integral ao que determina o art. 22 da Lei nº 3.924/61?
12)Quais as intervenções necessárias para a reparação dos danos causados e para a prevenção de novos danos? Especificar de forma detalhada.
13)Caso seja impossível tecnicamente a recuperação total da área degradada, apresentar estimativa de valoração monetária dos diversos impactos causados, direta e indiretamente, ao meio ambiente, considerando o lapso temporal entre a ocorrência do dano e o tempo necessário para a recomposição dos serviços ambientais afetados.
14)Tecer outras considerações que entender necessárias.

6. Crimes contra ordenamento urbano e o patrimônio cultural (Lei nº 9.605/98)

Art.62

1) Qual a natureza, as características e a localização do bem examinado?
2) O bem examinado é protegido por lei, ato administrativo (tombamento, inventário, registro etc) ou decisão judicial? Juntar cópia do ato protetivo.
3) Houve destruição, inutilização ou deterioração do bem examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e a extensão dos danos).
4) Qual a data da prática criminosa?
6) Quais os meios e quais os instrumentos empregados na prática criminosa?
7) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem? (resposta justificada).

Art. 63

1) Qual a natureza, as características e a localização do bem examinado?
2) O bem examinado é protegido por lei, ato administrativo (tombamento, inventário, registro etc) ou decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental? Juntar cópia do ato protetivo.
3) Houve alteração do aspecto ou da estrutura do bem examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e a extensão das alterações).
4) Houve na vizinhança do bem protegido alteração consistente em construção impedindo ou reduzindo sua visibilidade ou a colocação de anúncios e cartazes?
5) Em caso positivo (itens 3 ou 4), houve prévia autorização da autoridade competente para a realização das alterações? (juntar cópia da autorização).
6) Se concedida autorização, as alterações foram executadas em desacordo com o que foi permitido?
7) Qual a data da prática criminosa?
8) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem alterado? (resposta justificada).

Art. 64

1) Qual a natureza, as características e a localização do local examinado?
2) O solo do local examinado é considerado não edificável por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental? Juntar cópia do ato protetivo.
3) Houve construção no local examinado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e as características da construção).
5) Em caso positivo, houve prévia autorização da autoridade competente para a realização da construção? (juntar cópia da autorização).
6) Se concedida autorização, as alterações foram executadas em desacordo com o que foi permitido?
7) Qual a data da prática criminosa?
8) É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação do bem alterado? (resposta justificada).

Art. 65

1)Qual a natureza, as características e a localização da edificação ou monumento examinado?
2)A edificação/monumento foi pichado, grafitado ou conspurcado? (resposta justificada, descrevendo a natureza e as características dos danos causados).
3)Quais os meios e quais os instrumentos empregados na prática criminosa?
4)Qual a data da prática criminosa?
5)É possível tecnicamente a reparação dos danos causados e a integral recuperação da edificação/monumento? (resposta justificada).
O bem danificado é tombado? Em caso positivo indicar a data do ato e o órgão responsável pelo tombamento.

CARTAS CONCLUSIVAS DOS ENCONTROS NACIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

CARTA DE GOIÂNIA
1º ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Os representantes do Ministério Público (Federal e Estaduais), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente – Abrampa, Agência Goiana de Cultura Pedro Ludovico Teixeira – Agepel, Prefeitura Municipal de Goiânia, presentes no 1º ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2003, na cidade de Goiânia-GO;
Considerando que a humanidade é um mosaico de diversidade e de cultura e a sua riqueza é constituída preponderantemente pela diversidade e complementariedade das diferentes culturas, e a pluralidade cultural é tão valiosa quanto a biodiversidade;
Considerando que o Brasil é signatário da Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de 1972 e tem o compromisso ético de preservar seus bens inscritos na lista do Patrimônio Mundial;
Considerando a responsabilidade que a Constituição Federal impõe ao Ministério Público, ao poder público e à sociedade no sentido de defender, promover e preservar o Patrimônio Cultural brasileiro (arts. 127, caput, 129, III, 216, § 1º, 225);
Considerando que, conforme estabelece a Constituição Federal, o Patrimônio Cultural brasileiro é constituído pelos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, *caput*);
Considerando que a valorização do Patrimônio Cultural brasileiro depende, necessariamente, do seu conhecimento e de sua preservação, da consciência e do orgulho que possuímos de nossa própria identidade;
Considerando que os princípios que regem o direito ambiental são aplicáveis às ações de defesa e promoção do Patrimônio Cultural brasileiro;
Considerando a necessidade da criação, pelo poder público, de uma política pública que seja claramente voltada para a promoção e defesa do Patrimônio Cultural brasileiro, nela incluída a regulamentação, mediante

instrumentos específicos voltados para a gestão do Patrimônio Cultural;
Considerando que a integração dos órgãos ambientais e culturais nos níveis federal, estadual, distrital e municipal com os Ministérios Público (Federal e Estaduais), propicia maior agilidade e eficácia na adoção das ações de promoção e defesa do Patrimônio Cultural brasileiro;
Considerando que após ações de identificação, valorização e reconhecimento, objetos e obras singulares da cultura nacional - principalmente as que são especialmente dotadas de significado histórico e sagrado, o que as leva a ser identificadas como objeto de arte ou de veneração – são bens de relevante valor cultural;
Considerando que tais peças, não raro, de autoria de renomados artistas do período colonial, pertenceram originariamente a monumentos religiosos, e se tomaram o destino ilícito de coleções particulares, é porque foram furtadas, indevidamente doadas ou vendidas por quem deveria ser responsável por sua guarda;
Considerando que as agressões e os atentados contra o patrimônio histórico, artístico e devocional do país, por meio de furtos, saques, roubos e outras formas suspeitas de aquisição em edificações religiosas têm se acentuado nos últimos tempos e representam um considerável desfalque ao acervo cultural e sacro brasileiro;
Considerando que um bem cultural nunca deve ser desvinculado do meio onde foi produzido e que nunca deveria deixar seu local de origem, senão quando condições ambientais o ameaçassem, devendo regressar tão logo essas condições sejam sanadas;
Considerando que o Código dos Direitos Canônicos e as determinações do Concílio Vaticano II proíbem ao clero a venda de objetos sagrados, de culto ou de valor artístico e cultural;
Considerando que a Lei nº 4.845/65 proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico, e o Decreto-Lei nº 72.312/73 dispõe sobre medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas de bens culturais;
Considerando que aproximadamente 60% do patrimônio de bens móveis das igrejas mineiras foram deslocados da sua origem para acervos particulares e comerciantes de antigüidades;
Considerando, numa visão mais ampla, a existência de paisagens culturais ameaçadas, mesmo quando protegidas por tombamento, enquanto os órgãos culturais convergem esforços para a preservação do acervo arquitetônico, descuidando-se do contexto mais amplo no qual se inserem;
Considerando que muitas categorias de bens declarados como Patrimônio Cultural brasileiro pela Constituição não foram, até o momento, objeto de ações protetoras, como é o caso do patrimônio arqueológico;
Votam e aprovam as seguintes conclusões:
1. A preservação do Patrimônio Cultural não é uma alternativa ou uma opção à preservação da memória e da identidade. É uma imposição de natureza política de garantia, de soberania, de segurança nacional, e de manutenção da face da nação;
2. O processo de desenvolvimento não pode ser homogêneo, imposto a custo de valores tradicionais. A cultura determina os modelos de desenvolvimento adequados, os quais, portanto, não podem prescindir das variáveis sociais e culturais;
3. A preservação da memória e da identidade não pode e não deve ser encarada e entendida como um elemento de impedimento ao progresso e ao desenvolvimento do país. Ao contrário, deve ser considerada como uma variável privilegiada de valor econômico agregado na promoção desse desenvolvimento;
4. Só por meio da educação é possível mudar valores e incluir a preservação do Patrimônio Cultural na rotina de vida dos cidadãos. É preciso que as instituições de cultura, educação e a sociedade em geral incluam a educação sobre o patrimônio em seus projetos;
5. É necessário que o Patrimônio Cultural seja compreendido como um recurso capaz de promover o desenvolvimento local. Quaisquer ações devem envolver todos os agentes que se relacionam com o Patrimônio Cultural, principalmente nos processos de formulação, implementação, acompanhamento e avaliação dessas ações;
6. O desenvolvimento do turismo em sítios históricos - que deve ter como base a preservação e incluir formas de patrimônio imaterial, como a culinária regional, as festas e os festejos populares -, configura-se como a forma mais bem sucedida de inserção do patrimônio no desenvolvimento das cidades e regiões. O turismo cultural, portanto, pode e deve ser considerado como um importante pilar da economia e do desenvolvimento sustentável;
7. O Brasil ressente-se de uma Política de Patrimônio Cultural, da organização da sociedade civil sob a forma de Organizações Não Governamentais - ONGs, voltadas à preservação e proteção do Patrimônio Cultural e, principalmente, de um Sistema Nacional de Patrimônio Cultural;
8. O Brasil ressente-se, ainda, da inexistência de legislação de preservação do Patrimônio Cultural por iniciativa de particulares, de forma similar à Lei de RPPN;
9. O Brasil deve adotar uma Política de preservação do Patrimônio Cultural que contemple a eleição de um

conjunto de representações de seu patrimônio histórico-cultural de forma a viabilizar uma lista indicativa de sítios para inscrição na lista do Patrimônio Mundial. Da mesma maneira, deve se dar com as Reservas de Biosfera e Parques Nacionais representativos dos diversos ecossistemas do país para inscrição na lista do Patrimônio Natural;
10. O Patrimônio Cultural não deve limitar-se apenas à materialidade documental ou monumental de seus bens móveis e imóveis, mas também, e no mesmo grau de importância, na singularidade do imaterial, consubstanciado no acervo de ritos, crenças, tradições, costumes, fazeres e comportamentos;
11. A arte pública, representada pelas obras, estátuas e monumentos artísticos construídos nas cidades, está incluída no conceito de Patrimônio Cultural e imaterial;
12. O Decreto-Lei 25/37 é uma fonte de direito excepcional - fenômeno legislativo no Brasil - e constitui o pressuposto e a base teórica da construção de legislação ambiental no Brasil;
13. Os Estados e os Municípios devem exercer, na sua plenitude, as suas respectivas competências constitucionais concernentes à proteção e promoção do patrimônio cultural, por meio, principalmente, da atividade legiferante complementar e supletiva, imprescindíveis, inclusive, à organização do procedimento de tombamento;
14. As diretrizes do Estatuto da Cidade são normas gerais de direito urbanístico (C.F., art. 24, I) e, portanto, de observância compulsória pelos Municípios;
15. A preservação do Patrimônio Cultural deve ser inserida como princípio do planejamento urbano das cidades, que também deve contemplar a justa distribuição de ônus e benefícios por meio do planejamento econômico dos índices construtivos, materializados, principalmente, na outorga onerosa do direito de construir;
16. A transferência do direito de construir não é compatível com a outorga onerosa do direito de construir e somente deve ser utilizada no pagamento de indenizações;
17. A limitação da propriedade em função do interesse público, em princípio, não é indenizável;
18. O Ministério Público deve buscar a efetividade dos instrumentos de planejamento urbano coibindo veementemente a concessão gratuita de índice construtivo a uma propriedade e a inexistência de cobrança da outorga do direito de construir, o que configura liberalidade com o dinheiro público, e, por conseguinte, enriquecimento sem causa;
19. As políticas públicas de urbanismo e de preservação do Patrimônio Cultural devem assegurar a prevalência do uso da língua portuguesa na toponímia de ruas e logradouros públicos, salvo em casos de toponímia tupi-guarani ou afro-brasileira;
20. Nos processos de tombamento, em se tratando de conjunto urbano, o poder público deverá, obrigatoriamente, delimitar a área tombada e a Administração estabelecer os critérios de preservação ou critérios que nortearão as intervenções novas, onde e como poderão ser admitidas;
21. Deve-se garantir ao poder público a preferência de compra de um bem, pertencente a particular e tombado, colocado à venda;
22. A obrigação de não demolir, não mutilar, não destruir, e não descaracterizar o bem tombado não se restringe ao proprietário, se estendendo a todos;
23. O Iphan, em nível federal, e os órgãos estaduais e municipais de proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural têm o dever de proceder aos serviços de restauração em bens tombados, na situação de comprovada insuficiência econômica do proprietário;
24. No Brasil a arqueologia pré-histórica refere-se às civilizações indígenas pré-cabralinas e os sítios arqueológicos tombados não podem ser sequer pesquisados. A pesquisa arqueológica não deverá ser incentivada quando efetuada por métodos escavatórios que destroem importantes registros do sítio, devendo ser dada preferência à moderna tecnologia que investiga o subsolo sem escavações;
25. A Lei nº 3924/61 que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, visa preservar e proteger especificamente os sambaquis e sítios de escavação, devendo ser complementada para a proteção integral e eficaz do patrimônio arqueológico;
26. Deverá ser concedida às paisagens arqueológicas expressivas a mesma atenção que se dispensa aos sítios arqueológicos;
27. Somente o Iphan pode autorizar e permitir a pesquisa e exploração em sítios e bens arqueológicos;
28. Como forma de evitar a saída de peças arqueológicas do país, o Iphan deverá elaborar um instrumento legal e um procedimento administrativo regulando a produção de réplicas, de forma a evidenciar, aos olhos de leigos, a diferença entre um objeto autêntico e a réplica;
29. Em todas as belas paisagens há evidências arqueológicas e a paisagem, onde o homem viveu, morou e erigiu sua cultura, por vezes, é a única forma e o único testemunho de transmissão da cultura, sobretudo em casos de culturas desaparecidas;

30. Há necessidade premente de novas foram de acautelamento para efetiva proteção da paleontologia e das paisagens culturais (patrimônio paisagístico e paleontológico);
31. O patrimônio paleontológico brasileiro - um dos mais ricos, cobiçados e dilapidados do mundo - não se confunde com o patrimônio arqueológico e carece de maior proteção legal e estatal, haja vista que a único instrumento legal e específico de proteção ao patrimônio paleontológico é o Decreto-Lei nº 4.146/42;
32. São perfeitamente aplicáveis à defesa do Patrimônio Cultural, os princípios norteadores do Direito Ambiental, em especial, os princípios da prevenção, da precaução, do desenvolvimento sustentável, da participação e do poluidor-pagador;
33. A responsabilidade por danos ao Patrimônio Cultural é objetiva;
34. É vinculada, e não discricionária, a atividade do poder público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, sob pena de responsabilização;
35. A Ação Civil Pública é um marco na história da defesa do Patrimônio Cultural brasileiro e sua utilização também deve visar à proteção dos interesses urbanísticos;
36. Segundo a Constituição Federal o que torna um bem dotado de valor cultural é o seu valor em si, é a natureza do próprio bem, e não o fato de estar protegido legal ou administrativamente. Dessa forma, é perfeitamente defensável a defesa do Patrimônio Cultural, ainda que não reconhecida pelo poder público, por via judicial;
37. O Poder Judiciário pode, numa Ação Civil Pública, reconhecer a necessidade de se preservar determinado patrimônio;
38. Os bens culturais, não por dominialidade estatal, mas em oposição ao regime puramente privado, são bens públicos pela destinação à fruição pública. É público por seu conteúdo finalístico, em sentido objetivo e no sentido em que o domínio é coletivo e não estatal;
39. O Ministério Público pode provocar a instauração do processo de registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio Cultural Brasileiro;
40. O Inquérito Civil, de uso privativo do Ministério Público, tem se revelado um importante instrumento de fomento de políticas públicas preservacionistas;
41. As igrejas têm obrigação de cuidar de seu acervo devendo, também, inventariar os bens móveis dotados de valor cultural e integrados às suas edificações;
42. A guarda, proteção e conservação dos bens móveis e integrados às edificações religiosas também são de responsabilidade da igreja e das comunidades e não só dos órgãos oficiais de preservação e proteção do Patrimônio Cultural;
43. Organizações religiosas como as dioceses, paróquias, irmandades, confrarias ou ordens terceiras devem observar o Código dos Direitos Canônicos e dotar de maior segurança as igrejas, capelas e monumentos de valor histórico, haja vista a fragilidade das técnicas e dos materiais empregados nessas construções;
44. Em nenhuma hipótese o estado de abandono ou a fragilidade dos edifícios justificam a guarda de peças dotadas de valor cultural por colecionadores ou em antiquários;
45. A compra ou aquisição sob qualquer forma de um objeto sacro sem o conhecimento de sua origem ou procedência é crime, devendo ser responsabilizado, também, aquele que detém sua posse em tais condições;
46. As vistorias e fiscalizações nos antiquários devem ser mais sistemáticas, principalmente para apurar a origem e o valor cultural dos bens, e a Lei nº 4.845/65 deve ser revista no sentido de se proibir, também, a saída, para o exterior, de obras e ofícios produzidos no país, a partir do final do século XIX;
47. Os órgãos de proteção e preservação do Patrimônio Cultural devem realizar um inventário sistemático dos bens tombados, principalmente aqueles móveis e integrados às edificações religiosas, de forma a viabilizar a preservação de seus respectivos acervos;
48. A ausência de regulamentação dos arts. 26, 27 e 28 do Decreto-Lei nº 25/37 - que descrevem a obrigação dos negociantes de antiguidades e de obras de arte de possuir registro especial no Iphan, ou de apresentar ao Instituto a relação das peças para serem autenticadas antes de negociadas - tem prejudicado a fiscalização do Iphan e impedido a proteção de importantes acervos;
49. O Ministério Público deve coibir o comércio clandestino de bens culturais e zelar para que se cumpra o art. 26 do Decreto Lei nº 25/37, - que determina que negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros são obrigados a um registro especial no Iphan, cumprindo-lhes, outrossim, apresentar semestralmente a esse instituto relações completas de coisas históricas e artísticas que possuírem;
50. Em se constatando o descumprimento de tal norma (art. 26 do Decreto Lei nº 25/37) o Ministério Público deverá promover a responsabilização do agente pela prática da contravenção penal de “exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte” (art. 48 da LCP), sem prejuízo da adoção das medidas cíveis

pertinentes;
51. O Ministério Público deve exigir compensação (indenização) pelo dano moral causado as comunidades lesadas e privadas de bens portadores de referência cultural, em razão do comércio ilícito de bens culturais;
52. Para coibir o tráfico de bens culturais, é fundamental uma efetiva parceria entre os Ministérios Públicos, órgãos de proteção e defesa do Patrimônio Cultural, Receita Federal e polícias, principalmente, a Polícia Federal/Interpol;
53. Novas ações devem ser implementadas para evitar que o patrimônio coletivo seja desviado para as mãos de particulares, como, por exemplo, campanha de divulgação, envolvimento e participação da sociedade, objetivando a devolução espontânea de peças sacras por partes de colecionadores ou incentivando denúncias de posse ilícita desses objetos;
54. Para o efetivo combate ao comércio ilícito de bens culturais faz-se necessário a criação de grupos de trabalho permanentes, integrados por representantes do Ministério Público (Federal e Estaduais), Iphan e Polícia Federal/Interpol;
55. O Ministério Público (Federal e Estaduais) devem fomentar a criação de grupos especiais permanentes de atuação na defesa do Patrimônio Cultural;
56. No âmbito do Ministério Público, as funções cíveis e criminais de preservação do meio ambiente, urbanismo e Patrimônio Cultural, que são indissociáveis, devem ser concentradas no mesmo órgão de execução;
57. O Decreto Federal nº 3.551 de 4 de agosto de 2000, que Institui o registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio Cultural Brasileiro, é legal e visa, precipuamente, a destinar apoio e incentivo às manifestações culturais;
58. O Licenciamento Ambiental, instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, também deve ser usado como instrumento na defesa preventiva do Patrimônio Cultural;
59. Os estudos ambientais, que necessariamente precedem o processo de licenciamento ambiental, devem contemplar a análise das interações e impactos face ao Patrimônio Cultural, inclusive aqueles ainda por descobrir;
60. Os órgãos culturais e ambientais devem desenvolver trabalhos conjuntos e integrados no âmbito do licenciamento ambiental;
61. Os órgãos ambientais devem ter em seus quadros técnicos capacitados para o trato e exame das questões relativas ao Patrimônio Cultural e firmar convênio com os órgãos de proteção e defesa do Patrimônio Cultural para treinamento e capacitação desses profissionais;
62. É imprescindível e urgente a criação de uma legislação que estabeleça a Política Nacional do Patrimônio Cultural e o respectivo Sistema Nacional do Patrimônio Cultural, visando à implantação efetiva dos deveres constitucionais de proteção e promoção do Patrimônio Cultural brasileiro;
63. O Ministério Público (Federal e Estaduais), quando da instalação de suas sedes pelo país, devem dar prioridade à utilização, adaptação e reciclagem de imóveis de valor histórico/cultural;
64. Deve ser fomentada e posta em prática a gestão compartilhada do patrimônio cultural, diante da diversidade de situações e contextos existentes nos diversos rincões do país, da assimetria da capacidade instalada dos diversos agentes governamentais e não-governamentais que atuam na preservação do patrimônio cultural e do desafio de promoção dessa preservação;
65. Deverão ser buscadas formas de articulação entre órgãos do Poder Público e a coletividade, visando à gestão compartilhada, no caso de bens e paisagens que não dispõem de leis ordinárias para sua preservação, como é o caso de paisagens culturais e do patrimônio paleontológico;
66. A promoção do desenvolvimento de Planos de Preservação de Sítios Históricos Urbanos, como instrumento de gestão compartilhada, voltada para a proteção, valorização e reabilitação urbana dessas áreas, deve ser fomentada e estimulada;
67. Deve ser apresentado Projeto de Lei, que complemente o Decreto-Lei nº 25/37, voltado para a gestão de sítios históricos urbanos à luz das experiências internacionais;
68. O Iphan pode atuar subsidiariamente em defesa de bens culturais tombados pelos Estados e Municípios, em caso de omissão e ineficiência técnica dos órgãos estaduais e municipais prioritariamente responsáveis pelos respectivos bens;
69. Ao Iphan e aos órgãos estaduais e municipais de defesa, proteção e promoção do Patrimônio Cultural, deve ser atribuída a função concernente à lavratura do auto de infração ao Patrimônio Cultural e instauração dos respectivos processos administrativos, permitindo, assim, a aplicação, por esses órgãos, de sanções administrativas às infrações ao Patrimônio Cultural;
É do anseio de todos que em breve seja realizado o 2º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

CARTA DE SANTOS
2° Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural

Sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA); do Ministério Público do Estado de São Paulo; da Prefeitura Municipal de Santos e da Universidade Católica de Santos, os representantes do Ministério Público, Federal e Estaduais, com sede funcional nos Estados do Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, reunidos no 2º Encontro Nacional: O Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de setembro de 2004, na cidade de Santos, reafirmando os princípios e conclusões da Carta de Goiânia, aprovam as seguintes conclusões e recomendações:
1 - O Poder Público e a coletividade devem atuar de forma a promover a averiguação, identificação, resgate, proteção, conservação, preservação e promoção dos bens e vestígios culturais enterrados nas cidades, através da Arqueologia Urbana.
2 - As notórias dificuldades na proteção e preservação dos bens integrantes do patrimônio cultural exigem que os poderes públicos nas esferas federal, estadual e municipal estabeleçam políticas culturais amplas e efetivas que resgatem, preservem e promovam a memória, a história e a cultura, inclusive mediante a formação de quadros técnicos de profissionais habilitados.
3 - Tendo em vista o potencial de ocorrência de danos irreversíveis aos bens protegidos pelo tombamento, em decorrência de transformações em sua vizinhança, o tombamento deve prever obrigatoriamente formas de proteção do entorno, mediante a delimitação, regulamentação e fiscalização do uso e ocupação do solo em tais espaços.
4 - Em obediência ao disposto no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, os Conselhos de Defesa do Patrimônio Cultural devem incluir em suas composições um maior número de representantes da sociedade civil, que não apenas representem categorias profissionais, mas movimentos sociais e associações afins e representativas das diversas regiões do município, do estado e do país.
5 - O patrimônio cultural subaquático deve ser pesquisado, gerido e protegido com base na legislação que rege o patrimônio cultural que não está submerso, pois o fato desse patrimônio estar submerso não muda a sua condição de herança cultural, mesmo porque a Constituição Federal não faz qualquer distinção entre bens culturais emersos, submersos ou enterrados.
6 - O pleno exercício dos direitos de cidadania relacionados à fruição do patrimônio cultural só se torna efetivo se as medidas adotadas para a identificação, pesquisa, registro, proteção, conservação e preservação dos bens e manifestações de valor cultural assegurem a ampla e pública divulgação das medidas adotadas e do valor cultural dos referidos bens e manifestações, bem como o acesso público, às presentes e futuras gerações.
7 - A preservação do patrimônio cultural é dissociado do conceito de monumentalidade e deve considerar os bens, materiais e imateriais, de caráter afetivo que referenciam as comunidades e os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.
8 - As Administrações Públicas federal, estaduais e municipais devem, obrigatoriamente, incluir a proteção do patrimônio cultural no âmbito dos seus planejamentos.
9 - A ação civil pública é instrumento hábil para a busca da proteção, conservação, preservação e promoção dos bens culturais, materiais ou imateriais, sejam eles públicos ou privados, independentemente da existência de ato administrativo declaratório de seu valor referencial.
10 - Restrições de cunho orçamentário não podem justificar a não-adoção de medidas efetivas para a defesa, proteção e preservação bens e valores culturais.
11 - É obrigatória a observância das normas legais e regulamentares de proteção ao patrimônio cultural, inclusive o arqueológico, por ocasião da elaboração dos estudos ambientais prévios e necessários ao licenciamento de qualquer tipo de obras ou atividades, a exemplo do disposto nas Portarias 230/02, do IPHAN e 34/03, da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.
12 - Os bens culturais não devem ser retirados do meio onde foram produzidos ou do local onde se encontram vinculados por razões naturais, históricas, artísticas ou sentimentais, salvo para evitar o seu perecimento ou degradação, devendo ser reintegrado ao seu espaço original tão logo superadas as adversidades.
13 - A descaracterização da paisagem dos sítios arqueológicos compromete a produção de conhecimentos sobre o sítio, razão pela qual o Poder Público deve garantir a proteção do entorno e de sua respectiva paisagem.
14 - Há necessidade urgente de adoção de medidas para a proteção do patrimônio arqueológico que vem sendo devastado por obras ou atividades não sujeitas ao licenciamento ambiental, inclusive de natureza agrária ou urbana.
15 - Para preservar a qualidade de vida nas cidades, a proteção do patrimônio cultural urbano deve incluir a

proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, em especial, a poluição sonora, a visual e a atmosférica, de modo que as atividades sejam exercidas com limitações.
16 - O Plano Diretor constitui um dos principais instrumentos de preservação do patrimônio cultural previsto no Estatuto da Cidade.
17 – Para a obtenção de licença para construir não basta o atendimento dos índices urbanísticos estabelecidos, posto que é vinculada, e não discricionária, a atividade do poder público na proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural. Portanto a concessão da referida licença para construir constitui ato meramente discricionário.
18 - A legislação urbanística brasileira, especialmente o Estatuto da Cidade, determina como diretriz, que a legislação e as ações de planejamento devem proteger o patrimônio cultural urbano (artigo 2º, inciso XII), oferecendo, como instrumento o Estudo de Impacto de Vizinhança (artigo 37, inciso VII).
19 - O Estatuto da Cidade determina, como diretriz, que a legislação e as ações de patrimônio devem observar a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (artigo 2º, inciso IX). Disto resulta ser obrigação do Poder Público não praticar liberalidade com os recursos públicos construtivos, através da outorga não onerosa do direito de construir, induzindo a enriquecimento sem causa de proprietários urbanos.
20 – Os valores depositados nos fundos federal, estaduais e municipais de reparação de interesses difusos lesados podem e devem ser revertidos para a conservação, restauro e promoção de bens e valores culturais.
21 – A preservação dos modos de fazer e viver que constituem o patrimônio cultural imaterial pressupõe a preservação e conservação dos espaços territoriais onde essas expressões se materializam.
22 – A ação civil pública é instrumento adequado para buscar que a administração pública realize a adequada gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem, assegurando a preservação das informações contidas na documentação pública, inclusive a eletrônica, nos termos do artigo 216, § 2º da Constituição Federal.

CARTA DE BRASÍLIA
3° Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural

Sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA); o Ministério Público (Federal, dos Estados e Distrito Federal), e representantes de órgãos e entidades de defesa do patrimônio cultural, reunidos no 3º Encontro Nacional: O Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, em Brasília - DF, reafirmando os princípios e conclusões da Carta de Goiânia e da Carta de Santos, aprovam as seguintes conclusões e recomendações:
1. O patrimônio cultural é uma das dimensões do meio ambiente, o qual não se resume a aspectos meramente naturalísticos. Assim, a tutela do patrimônio cultural deve ser efetivada dentro do sistema jurídico que informa o Direito Ambiental.
2. O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, engloba a dimensão cultural, porque não há falar em vida dotada de qualidade quando se arredam os valores associados à cultura.
3. A todo bem cultural há de ser dado um uso, que deve se harmonizar com a preservação de suas características essenciais.
4. Dentre os vários valores identificadores de bens culturais merecedores de proteção, ressaltam-se: o arquitetônico, o histórico, o evocativo, o ambiental, de recorrência regional, de raridade funcional e de antiguidade, podendo determinado bem ostentar simultaneamente mais de um desses valores.
5. São direitos culturais assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros: o direito de participar da vida cultural, o direito de acesso aos bens culturais e às fontes de cultura, o respeito à identidade, diversidade e liberdade cultural.
6. São direitos da população local em relação ao seu patrimônio cultural: direito de conhecer sua própria história e a de seu povo; direito a conservar suas manifestações culturais em contato com a continuidade das tradições; direito a ser informada e participar da tomada de decisões que afetem os bens culturais; direito de beneficiar-se, com prioridade, do desenvolvimento socioeconômico que a utilização do bem possa gerar; direito a que se considere, prioritariamente, a qualidade de vida do morador local e que esta não reste prejudicada pela atenção ao turismo ou a terceiros, garantindo à população a identificação de seus próprios valores sociais.
7. A proteção ao entorno do bem cultural é ampla, englobando aspectos tais como a visibilidade, perspectiva, harmonia, integração, altura, emolduração, iluminação, ou seja, a própria ambiência do bem.
8. A utilização de recomendações pelo Ministério Público objetivando a proteção do patrimônio cultural deve ser prestigiada, tendo em vista sua função instrumental de divulgar normas existentes no ordenamento jurídico,

evitando, por parte do destinatário, a alegação de desconhecimento de obrigações em relação aos bens culturais.
9. Embora não incluídos entre os bens patrimoniais da União, os sítios arqueológicos históricos estão sob a guarda e proteção do poder público, sendo aplicável, para sua proteção, o disposto na Lei Federal nº 3924/61 e Portaria nº 07/88 do IPHAN.
10. A proteção do patrimônio arqueológico decorre da Lei e não depende de qualquer outro ato declaratório do poder público.
11. São aplicáveis à proteção do patrimônio arqueológico os princípios fundamentais do Direito Ambiental, em especial os princípios da intervenção estatal obrigatória, da supremacia do interesse público, da precaução, da responsabilidade e da indisponibilidade.
12. O Ministério Público deve velar para que a gestão do patrimônio arqueológico integre as políticas públicas municipais de gestão do patrimônio cultural, especialmente no que se refere aos sítios arqueológicos históricos, incluindo a delimitação das áreas com potencial arqueológico situadas na zona urbana ou rural, com a exigência de que quaisquer intervenções em imóveis localizados em tais áreas sejam acompanhadas por arqueólogo.
13. A responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de crime contra o patrimônio cultural é plenamente viável, encontrando expressa previsão nos arts. 225, § 3º e 216, § 4º. Da CF/88, devidamente regulamentados pela Lei nº 9.605/98.
14. O objeto jurídico protegido pela norma do art. 65 da Lei nº 9.605/98 é o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, mesmo quando o objeto material recair em edificação urbana pertencente a particular.
15. A objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio cultural não é dominial, e sim difusa, sendo irrelevante o domínio circunstancial do bem objeto de proteção.
16. O turismo, exercido de forma organizada e sustentável, pode ser um instrumento de relevo para a proteção e promoção do patrimônio cultural.
17. A coletividade deve ser ressarcida por danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão a bens de valor cultural.
18. A responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente cultural, além de solidária, é objetiva, mesmo em casos de omissão lesiva.
19. Os estudos técnicos elaborados para a definição de categoria e criação de unidades de conservação deverão compreender levantamento de eventuais populações tradicionais e suas respectivas práticas e conhecimentos como forma de subsidiar, inclusive, a escolha da categoria de unidade de conservação.
20. Na hipótese dos estudos técnicos indicarem que o ecossistema suporta o impacto causado pelas atividades desenvolvidas pelas populações tradicionais residente, poderão ser criadas unidades de conservação de uso sustentável (Reserva Extrativista ou Reserva de Uso Sustentável).
21. As práticas culturais (modos de vida, fontes de subsistência, formas de moradia etc.) das populações tradicionais residentes deverão ser asseguradas na hipótese de eventual reassentamento, quanto da criação de unidades de conservação de proteção integral.

É do anseio de todos a realização do IV Encontro do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

11. Atuação especializada na ordem econômica e tributária

Autor/Organizador: Promotor de Justiça Renato Fróes Alves Ferreira [1)]

As considerações a seguir delineadas, longe de intentarem o esgotamento do debate que circunda a atuação ministerial na seara tributária, têm por fim auxiliar o Órgão de Execução detentor das respectivas atribuições, servindo de norte para o exercício da função especializada.

Visa-se, com isso, facultar aos Promotores de Justiça – mormente aqueles atuantes no interior do Estado, em Promotorias de Justiça com ampla e variada atuação – um instrumento de consulta rápido e eficiente, de modo a facilitar o exercício do mister através do direcionamento das ações comumente executadas.

Antes, porém, da explanação do roteiro prático de atuação, interessante a breve definição de alguns conceitos básicos que, ordinariamente, encontram-se presentes no dia a dia do labor especializado, inseridos em relatórios e documentação fiscal correlata.

- 11.1. Conceitos básicos
- 11.2. Alguns apontamentos
- 11.3. Ação penal pública nos crimes contra a ordem tributária
- 11.4. Práticas fraudulentas comumente verificadas

[1)] A primeira e segunda edições foram elaboradas pelo Procurador de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira.

11.1. Conceitos básicos

Auto de Infração (AI) e Processo Tributário Administrativo (PTA)

Em sentido estrito, a expressão processo tributário administrativo designa a espécie do processo destinado à apuração e à exigência do crédito tributário.

Finda a fiscalização de determinada empresa e constatada qualquer irregularidade, a autoridade fiscal emite um auto de infração, cobrando os tributos que julga serem devidos (normalmente, o número dado ao PTA coincidirá com o número do AI respectivo). O contribuinte autuado, caso queira, poderá contestar os termos da autuação, apresentando, a tempo e a hora, defesa escrita que será julgada, definitivamente, na esfera administrativa, pelo Conselho de Contribuintes.

Auto de Notícia-crime (ANC)

Cuidam os ANCs de expedientes encaminhados pela Receita Estadual ao Ministério Público (Promotorias de Justiça), sempre baseados no conteúdo dos processos tributários definitivamente julgados (Lei nº 9.430/96). Através de órgão próprio, intitulado Núcleo de Acompanhamento Criminal (NAC), a fiscalização fazendária seleciona os processos administrativos nos quais foram vislumbrados indícios de prática de crime contra a ordem tributária, remetendo-os posteriormente ao Promotor de Justiça competente para a análise do caso.

Crédito e débito de ICMS (Princípio da Não Cumulatividade)

Chama-se crédito de imposto o valor do ICMS destacado na nota fiscal de *compra* de mercadorias. Por outro lado, denomina-se débito o valor destacado na nota fiscal de *venda*. Deve-se observar que o montante do imposto a ser pago pelo contribuinte não coincide com o valor do débito, uma vez que, pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, o *quantum* dos créditos (compras realizadas) deve ser abatido do montante dos débitos apurados (vendas realizadas) no período (débito – crédito = imposto a pagar). Em determinada operação mercantil, salvo em situações especiais estabelecidas em lei (isenção, não incidência, diferimento, etc.), o débito de um dos contratantes será o crédito do outro.

Livro de apuração do ICMS

Livro fiscal destinado a apurar o imposto devido no período. Nele, são registrados todos os créditos de imposto escriturados no livro de Registro de Entradas e todos os débitos constantes do correspondente Livro de Saídas. O valor do imposto a pagar é o resultante da diferença entre débitos e créditos.

Saldo credor

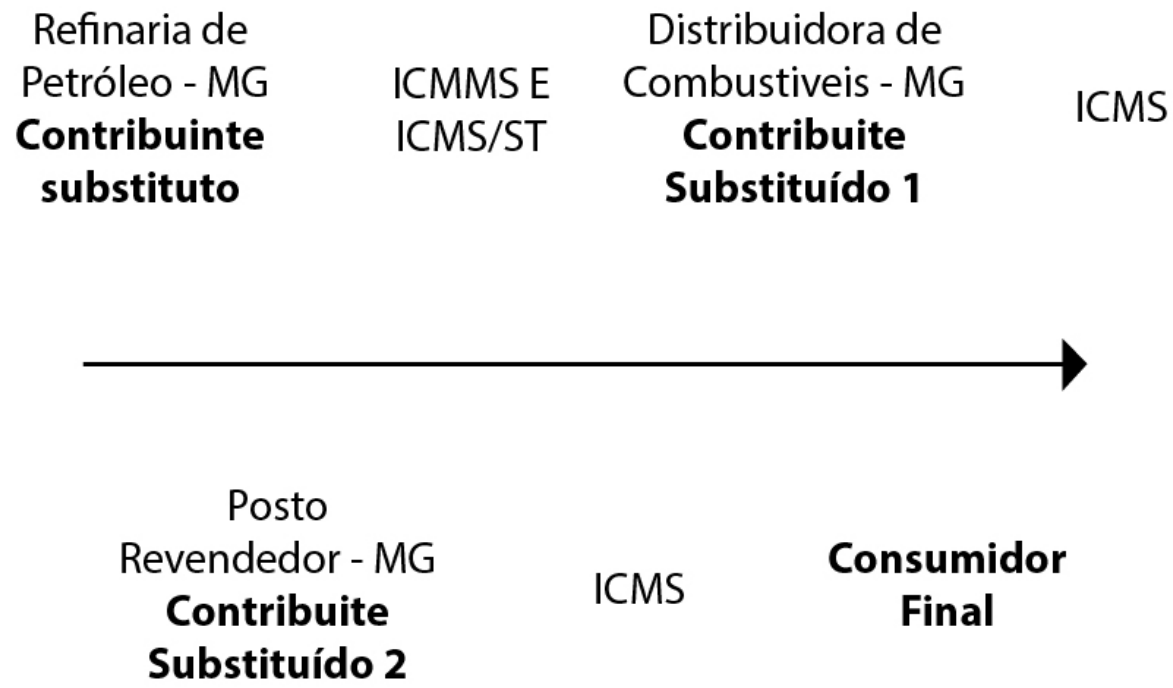
Se o valor dos créditos superar o dos débitos registrados no livro de apuração (*v.g.* contribuinte que, no período, comprou muita mercadoria e vendeu pouca), é evidente, não haverá imposto a pagar. Nesse caso, o contribuinte poderá aproveitar-se daquele saldo credor no período subsequente.

Substituição tributária

A substituição tributária é um instrumento de política tributária utilizado como forma de simplificar a arrecadação e a fiscalização de tributos, atribuindo-se a responsabilidade pelo adimplemento do débito a terceira pessoa. Através dela, o legislador obriga um terceiro – contribuinte de direito, envolvido na cadeia

produtiva – a reter e recolher o imposto devido por outrem – contribuinte de fato.

Operação interna com gasolina automotiva



Dito isso, passemos ao detalhamento da atuação ministerial diante do recebimento do auto de notícia-crime (nos casos em que envolvido o Fisco Municipal, lembre-se, a documentação encaminhada denomina-se, em regra, genericamente de processo tributário administrativo).

A) Como praxe, e também como forma de controle interno, quando do recebimento do ANC ou PTA, conveniente a instauração do competente procedimento investigatório criminal (PIC) – atualmente regulado por ato emanado do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 13/2006) e reproduzido internamente pela Resolução Conjunta PGJ-CGMP nº 02/2009 – lembrando-se, porém, que nada obsta – se devidamente instruído o procedimento fiscal – o imediato oferecimento da denúncia. Destaca-se, nesta plaga, a inoportunidade da requisição de instauração do inquérito policial, devendo a providência efetivar-se apenas em casos excepcionais, em que necessária a elucidação de fato indispensável para a formação da *opinio delicti*.

B) No caso de ANC oriundo da Secretaria Estadual da Fazenda (SEF), solicitar ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Econômica e Tributária (CAOET), ou à respectiva coordenadoria regional, a remessa de informações acerca do efetivo pagamento do débito tributário e demais encargos (multa e correção monetária), se tal informação não estiver disponível. No caso de PTA oriundo do Fisco Municipal, certificar a respeito junto à Secretaria Fazendária.

C) Oficiar à Junta Comercial do Estado, solicitando o envio de cópias autênticas do contrato social e todas as alterações subsequentes, ou da ata da assembleia geral, no caso de sociedade anônima. (JUCEMG – Endereço: Av. Santos Dumont, 380 - Centro – Belo Horizonte/MG – CEP 30111-040 – Telefone: 31-3235-2300).

D) Verificar se constam do ANC ou do PTA todas as notas fiscais relativas à autuação (originais ou cópias autenticadas), solicitando aos órgãos competentes (NAC ou Secretaria Municipal de Fazenda), se for o caso, a documentação faltante.

E) Verificar se constam do ANC as cópias dos Livros de Registro de Entrada de Mercadorias, de Registro de Saídas e de Apuração de ICMS, bem como, ao final, cópias dos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) de ICMS, relativas a cada período de apuração (mensal), ou arquivos magnéticos correspondentes.

F) Informar ao CAOET o oferecimento de denúncia (Recomendação CAOET de 03/10/2006, que pode ser

verificada no seguinte endereço eletrônico:
http://ws.mp.mg.gov.br/biblio/normajur/normas/RecConj_CAOET_03_10_2006_repub1.htm).

11.2. Alguns apontamentos

Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito

A qualquer tempo – mesmo após o recebimento da denúncia –, se o agente promover o pagamento do tributo, inclusive acessórios, extingue-se a punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, ex vi do art. 9º Lei nº 10.684/2003, sendo o caso de se promover arquivamento dos autos.

Parcelamento do débito fiscal

Em caso de parcelamento, desde que formalizado antes do recebimento da denúncia, fica suspensa a pretensão punitiva estatal. Nessa hipótese, enquanto não quitado integralmente o débito, através do pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade, podendo ser recebida a denúncia. Todavia, é preferível o sobrestamento do procedimento investigatório, aguardando-se o integral pagamento e a consequente extinção de punibilidade ou a frustração do pagamento, viabilizando-se, só então, o manejo da ação penal.

Agente do ilícito penal tributário

O art. 11 da Lei nº 8.137/90 repete a fórmula do art. 29 do Código Penal (CP). Portanto, o sócio-administrador que consta do contrato social da empresa à época da conduta (art. 4º do CP), praticada por intermédio daquela, é autor presumido do delito, ao menos na modalidade intelectual. Caso impute a conduta a terceiro (*v.g.* funcionário da empresa), haverá inversão do ônus probatório, exigindo-se daquele a comprovação do fato.

Crime de sonegação fiscal

Os crimes de sonegação fiscal, ou contra a Ordem Tributária, estão previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Os crimes previstos no art. 1º, incisos I a V, são materiais. Por seu turno, os crimes previstos no parágrafo único do art. 1º e no art. 2º são formais. Tais delitos, frise-se, exigem o dolo específico (salvo casos excepcionais), não bastando à sua configuração a mera falta de recolhimento do tributo.

11.3. Ação penal pública nos crimes contra a ordem tributária

Lei n° 8.137/90 - crimes de ação penal pública incondicionada

Encontra-se pacificado nos Tribunais o debate acerca da necessidade do esgotamento da esfera administrativa como forma de legitimar o oferecimento da denúncia – constituição definitiva do crédito tributário como condição de procedibilidade da ação penal.

Segundo a redação da Súmula Vinculante n° 24 do STF, quer seja considerado o lançamento definitivo condição objetiva de procedibilidade, quer seja elemento do tipo, a ação penal pela prática dos delitos previstos no art. 1°, incisos I a IV, da Lei n° 8.137/90, somente se justifica – justa causa – quando vivente decisão definitiva na esfera administrativa, ficando, até então, suspenso o curso do prazo prescricional do crime tributário.

Auto de Notícia-crime (ANC)

Os agentes fazendários, de modo geral, não estão preocupados em fazer a pormenorizada identificação da autoria do crime de sonegação, mas especialmente em pontuar o ilícito tributário de natureza extrapenal.

Por isso, não se mostra incomum verificar omissões no *relatório final* do ANC, no qual o Ministério Público encontra subsídios para o oferecimento da ação penal.

É trivial verificar, nesse relatório, a identificação das autorias como pertencentes, irrestritamente, a todos os sócios-gerentes, sem nenhum outro lastro documental que não seja o fato de estes exercerem, formalmente, tais atributos nos atos registrados na junta comercial.

Dessa forma, a cautela recomenda que o Promotor casuisticamente verifique a necessidade de complementação da instrução (por exemplo, com a oitiva, em sede ministerial, dos nominados *sócios-gerentes* para que *indiquem todos os responsáveis pela administração efetiva da sociedade*, prestando declarações sobre a dinâmica do funcionamento da empresa).

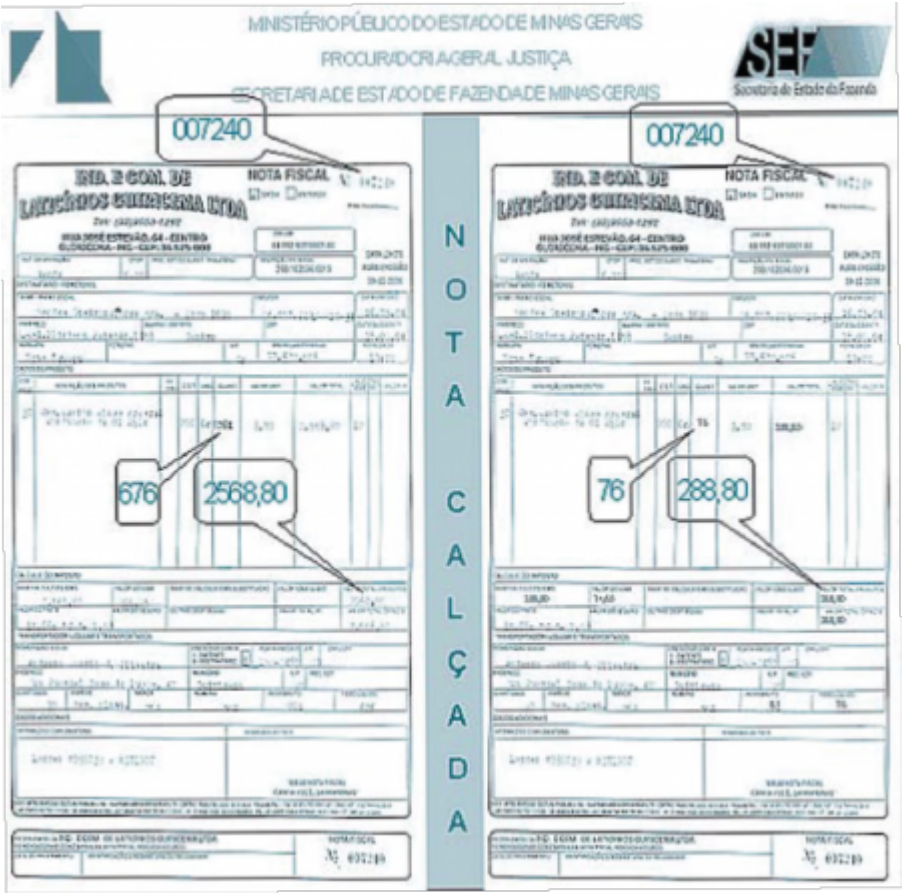
Em havendo habituais lacunas ou omissões nos relatórios do ANC, nada impede o órgão ministerial de sugerir aos servidores públicos fazendários, lotados nos municípios da comarca, a adequação da fiscalização fazendária, de modo a registrar ou indicar, no dia da inspeção, por exemplo, quem *efetivamente é o gestor da empresa autuada*, qual a atuação do contador da empresa e se há funcionário contratado que também perfaça algum ato gerencial, qualificando todos.

11.4. Práticas fraudulentas comumente verificadas

Nota calçada

Nesse tipo de fraude, o contribuinte insere na via do bloco de notas fiscais destinada ao fisco valor inferior àquele lançado na via do consumidor final – este corresponde ao valor real da operação. Reduz assim o montante do débito e, por conseguinte, o *quantum* do imposto a pagar.

Com a implantação da nota fiscal eletrônica, a partir do ano de 2007, tal prática restou materialmente prejudicada. No entanto, autos de notícia-crime anteriores a esse período e as correspondentes ações penais podem demandar o conhecimento e o debate acerca desse tipo de fraude.



Nota paralela ou clonada

Essa prática consiste na fabricação de blocos de notas fiscais com as mesmas numeração e série. Realizada a venda, o contribuinte preenche a nota paralela que não é contabilizada, inexistindo o registro da operação nos livros obrigatórios de saída de mercadorias e de apuração de ICMS.

Crédito frio

Por meio dessa fraude, o contribuinte, por si, ou valendo-se da participação de outras empresas, lança mão de notas fiscais inidôneas (falsas – ideológica ou materialmente), geralmente relativas a *empresas-fantasmas* ou já canceladas perante a Fazenda Pública Estadual. Tal manobra permite a fabricação de créditos inexistentes, posteriormente abatidos dos débitos de imposto gerado.

Subfaturamento

Nas vendas subfaturadas, o contribuinte lança na nota fiscal valor inferior ao do negócio realizado, reduzindo, reflexamente, o valor do débito do imposto devido na operação e posteriormente registrado nos livros fiscais.

Venda de mercadorias sem o fornecimento de nota fiscal – caixa 2

A não emissão do documento fiscal significa, contabilmente, a inexistência da operação de venda. Logo, ao deixar de considerar o débito do imposto incidente sobre a operação, o contribuinte diminui o valor do imposto a pagar.

Evasão fiscal: Imposto Sobre Serviços (ISS)

Em se tratando de ISS, imposto de competência municipal, fato ordinário é a instalação fictícia de empresas em municípios nos quais é menor a alíquota do imposto. A lei não impede que a empresa se estabeleça nessas cidades. Não obstante, é necessária a comprovação de que o contribuinte, concretamente, exista e exerça ali suas atividades. Caso a fiscalização municipal não tenha demonstrado a inexistência de fato da empresa, prudente que tal levantamento seja feito diretamente pela Promotoria ou através da autoridade policial.

Viés patrimonial da ação repressiva do "Parquet"

Em sendo o caso e em complementação à censura penal, deverá ser promovida a competente medida cautelar assecuratória, consistente no *sequestro* de bens do contribuinte, arrimado no Decreto-Lei nº 3240/41, ainda em vigor. Uma vez deferida a medida, com a consequente nomeação de depositário fiel dos bens móveis pela autoridade judiciária, deverá ser promovida a averbação do sequestro dos bens imóveis no Registro de Imóveis (art. 4º, § 1º, incisos I e II, do Decreto nº 3.240/41), formalizando a garantia em favor da Fazenda Pública. Além disso, vislumbrada a reciclagem de capitais provenientes da fraude fiscal, aplicados em negócios que lhe confiram aparência lícita, cogente o aproveitamento dos instrumentos legais disponibilizados na intitulada Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98).

Aprofundamento na Área

Informações complementares, questões controversas e casos excepcionais, dúvidas recorrentes, jurisprudência comentada, doutrina e legislação aplicadas ao tema e a áreas afins encontram-se disponíveis na seção “Ordem Econômica e Tributária” do sítio eletrônico do Ministério Público, acessível pela intranet.

12. Atuação especializada na recuperação de empresa e falência

Autor/Organizador:Promotor de Justiça César Augusto da Glória Campos
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno
Promotor de Justiça Marco Antônio Borges
Promotora de Justiça Sumaia Chamon Junqueira Morais

- 12.1. A questão da intervenção do Ministério Público sob a ótica da Lei nº 11.101/2005
- 12.2. As principais inovações introduzidas pela Lei nº 11.101/2005
- 12.3. Atuação do Ministério Público como "custos legis" na falência
- 12.4. Atuação do Ministério Público como autor no processo falimentar
- 12.5. Atuação do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial
- 12.6. Atuação do Ministério Público na área criminal, de acordo com a Lei nº11.101/2005
- 12.7. Atuação nos procedimentos decorrentes de intervenção ou liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária
- 12.8. Ementário de legislação pertinente
- 12.9. Jurisprudência

12.1. A questão da intervenção do Ministério Público sob a ótica da Lei nº 11.101/2005

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula os processos de falência e de recuperação judicial e extrajudicial, passou a ser sustentada, equivocadamente, uma nova tese de que a intervenção do Ministério Público nestes processos teria sido eliminada.

Como veremos adiante, da mesma forma exigida pela lei antiga, não se pode prescindir da participação do Ministério Público nos procedimentos de falência, recuperação judicial e extrajudicial, isso porque o interesse público que existia na ordem jurídica anterior permanece inalterado no contexto da Lei nº 11.101/2005.

O questionamento a respeito da intervenção do Ministério Público na seara falimentar só nasceu em função do veto presidencial ao art. 4º da nova lei, que reproduzia o art. 210 da lei revogada, e tornava expressamente obrigatória a intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial, de falência e naqueles feitos em que a massa falida fosse parte.

É de se lamentar o veto ao art. 4º, pois suas razões, a nosso humilde entender, não têm sustentabilidade jurídica, mas, sim, política, representando o anseio de parte minoritária da sociedade que se incomodava com a atuação do Ministério Público nos processos falimentares ao coibir manobras fraudulentas e lesivas ao interesse público.

A nossa experiência prática com a matéria, por outro lado, tem demonstrado que a atuação do Ministério Público no campo falimentar é mais do que necessária ao bom e correto andamento dos feitos, que, na maioria das vezes, só conseguem atingir os fins a que se pretendem graças à atividade fiscalizadora ministerial. Com o veto ao art. 4º, é preciso agora lidarmos com princípios constitucionais e com a lógica jurídica para encontrarmos a exata disciplina de intervenção do *Parquet*, buscando sempre uma aplicação sistemática das normas referentes à atuação do Ministério Público no processo civil.

É fundamental aplicarmos as normas gerais de intervenção do Ministério Público no processo civil, previstas nos arts. 81 a 85 do CPC, aos procedimentos regulados pela Lei nº 11.101/2005, uma vez que tal direcionamento é determinado pela própria Lei Falimentar em seu art. 189, quando prevê a aplicação subsidiária do Diploma Processual.

Ao atuar como *custos legis*, o Promotor de Justiça de Massas Falidas continuará tendo vista dos autos depois das partes, devendo ser intimado de todos os atos do processo, nos termos do art. 83, inciso I, do CPC, sendo-lhe facultada a juntada de documentos e certidões e podendo requerer prova em audiência e medidas necessárias ao descobrimento da verdade, amparado no inciso II do art. 83 do CPC.

Frise-se, ainda, que o órgão de execução Ministerial deverá ser intimado pessoalmente para intervir (art. 236, § 2º, do CPC), em todos os atos do processo, sob pena de nulidade (art. 84 do CPC).

De sobremaneira, o Promotor de Justiça de Massas Falidas deverá ser intimado pessoalmente após cada decisão judicial ou sentença, uma vez que possui legitimidade recursal expressamente prevista no art. 499, § 2º, do CPC, já tendo sido tal questão objeto do enunciado nº 99 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.[1)]

A orientação geral que podemos dar para a boa atuação do Promotor de Justiça no campo falimentar é de que ele não só intervenha nos processos de falência e de recuperação judicial, mas também em todos os processos a eles vinculados, como nas habilitações de crédito, nos pedidos de restituição, bem como em qualquer ação proposta pela massa falida ou contra ela, ainda que em trâmite em Juízo diverso do falimentar, eis que se vislumbra nesses processos a mesma razão determinante da sua intervenção, que é a tutela do interesse público.

Impende frisar que o interesse público que legitima a intervenção do Ministério Público nesses processos não se confunde com o interesse dos credores, mas deve ser compreendido amplamente como o interesse da própria coletividade na proteção da economia pública, da administração da justiça e na garantia de lisura do tratamento dos créditos submetidos ao concurso legal.

Por fim, para que o Promotor de Justiça consiga atingir seu *munus* no campo falimentar, sugerimos que, ao ser intimado inicialmente do processamento da recuperação judicial e da decretação da falência (previsão expressa

nos arts. 52 e 99, XIII), requeira ao Juiz lhe seja dada vista prévia a todo ato decisório para exercício de suas atribuições legais de *custos legis*; pois, tal pedido provocará a manifestação judicial sobre esse assunto, direcionando a partir daí sua forma de atuação e, se ainda for o caso, permitindo que a matéria seja levada ao 2º Grau mediante a interposição de Agravo de Instrumento.

Não recomendamos que o Promotor de Justiça deixe ao alvedrio do Juiz da Falência a constatação, ou não, da hipótese de intervenção do *Parquet*, pois, a participação do Ministério Público, *tanto como custos legis, tanto como autor*, nos processos previstos na Lei nº 11.101/2005 é exigida pela Constituição, não podendo ser eliminada em momento algum em razão do interesse público primário evidenciado, configurando-se, portanto, ato inconstitucional qualquer iniciativa judicial neste sentido.

[1)] Enunciado nº 99 da Súmula do STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte."

12.2. As principais inovações introduzidas pela Lei nº 11.101/2005

Como veremos a seguir, a Lei nº 11.101/2005 tem como principal fim a ser perseguido durante o processo falimentar a *Preservação da Empresa*, e, para isso, trouxe as seguintes inovações:

1 – Nos pedidos de falência com base em obrigações líquidas consubstanciadas em títulos ou títulos executivos protestados (judiciais e extrajudiciais), a soma do crédito deverá ultrapassar o valor de quarenta salários mínimos[1)] na data da distribuição da ação, criando, desta forma, uma limitação aos pedidos de falência que estavam sendo utilizados como forma de cobrança.

2 – A nova lei faculta ao devedor em pedidos de falência, dentro do prazo de contestação, pleitear sua recuperação judicial.

3 – Com a decretação da falência, os sócios deverão ser afastados e o administrador judicial deverá assumir a direção da empresa, e, visando a sua preservação, a nova lei deu como possibilidade ao administrador judicial (ouvidos o Ministério Público e os credores) a manutenção da empresa em funcionamento durante todo o processo falimentar, ou, como segunda possibilidade, que os bens arrecadados sejam destinados a uma fruição (como a locação, por exemplo). Com tais medidas, a empresa terá maiores chances de sobreviver, além de gerar lucros para a massa, repercutindo, ao final, em benefício direto dos seus credores (arts. 99, XI, e 114).

4 – Ainda com o objetivo de preservar a empresa, o procedimento de venda dos bens da falida se adiantou nesse novo diploma legal em relação ao da antiga lei. De acordo com a Lei nº 11.101/2005, a liquidação terá início imediatamente após a arrecadação (art. 140, *caput* e §2º), andando paralelamente à habilitação de credores da massa, isto para aumentar as chances da empresa se manter viva no mercado empresarial, bem como otimizar a utilização produtiva dos bens.

5 – Outra medida especialmente tomada para este fim é a nova forma de venda dos bens da massa falida, regidas pelo art. 140 da Lei nº 11.101/2005. Na venda ordinária, os órgãos da falência estão adstritos a determinadas balizas legais referentes a duas questões: a ordem de preferência e a forma de avaliação. A lei determina, em termos gerais, uma grade de alternativas para essas questões e os órgãos da falência devem escolher entre elas a que melhor atenda ao interesse da massa falida. Na venda ordinária dos bens, a lei privilegia a alienação da empresa com a transferência do estabelecimento em bloco. Essa solução é a primeira a ser considerada por ser a que presumivelmente mais recursos poderá gerar à massa. Em seguida, na ordem de preferência de venda, prevê a lei a alienação da empresa mediante a transferência de filiais ou unidades produtivas isoladas. Em terceiro lugar, a ordem de preferência menciona a alienação em blocos dos bens que integram cada um dos estabelecimentos da falida. E, por fim, a lei cuida da alienação parcelada ou individual dos bens da falida, alternativa tida como a última recomendável quando a empresa explorada encontrava-se em estado absoluto de atraso tecnológico ou não tinha, por si só, nenhum valor expressivo de mercado.

A lei ainda dá a possibilidade de utilização de mais de uma destas formas de venda em atendimento à conveniência e oportunidade. Porém, deve-se ter em mente que o intuito de se seguir essa ordem é sempre regido pelo princípio da preservação da empresa (art. 140, § 3º).

6 – A venda dos bens da massa poderá ser feita através de leilão, proposta, pregão *ou qualquer outra modalidade aprovada pela assembléia-geral de credores, e submetida ao parecer do Ministério Público e homologada pelo Juiz*, devendo o administrador escolher a que melhor atenda aos interesses da massa falida (arts. 142 e 145).

7 – Medida tomada pela lei para estimular a venda dos bens da falida está prevista no art. 141, inciso II, quando os isenta expressamente das obrigações decorrentes da sucessão trabalhista e tributária.

8 – Enquanto não chegar a fase de pagamento dos credores, os valores resultantes da realização do ativo ficarão depositados em instituição financeira, devendo ser aplicados pelo administrador judicial em algum tipo de investimento a fim de preservar o seu valor em face da inflação, bem como otimizar os créditos da massa falida. O administrador deverá juntar mensalmente aos autos da falência as movimentações dessa conta (arts. 147 e 148).

9 – A lei prevê três tipos de antecipações de pagamento. A primeira diz respeito às despesas indispensáveis à

administração da massa. A segunda, que é tratada como especificidade da primeira, diz respeito aos dispêndios derivados da continuação provisória das atividades do falido. A terceira é relacionada aos salários em atraso – art. 150. Em relação à terceira hipótese, o art. 151 prescreve que assim que houver disponibilidade em caixa, o administrador judicial pagará os saldos salariais em atraso vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador. A norma não se aplica aos créditos trabalhistas desprovidos da natureza de salário, tais como férias, décimo-terceiro salário, aviso prévio, multa sobre o FGTS ou adicionais de qualquer natureza.

10 – Nos termos do art. 21, a escolha do Administrador Judicial poderá recair sobre pessoa física ou jurídica especializada. Em caso de nomeação de pessoa jurídica, deverá ser declarado o nome do profissional responsável pela condução do processo de falência ou recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do Juiz.

11 – A Lei nº 11.101/2005 alterou significativamente o critério de classificação de créditos, conforme disposto no seu art. 83. A classificação obedece à seguinte ordem: créditos derivados da legislação do trabalho, no limite de cento e cinqüenta salários mínimos por credor e os decorrentes de acidente de trabalho; créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; créditos tributários[2)], independentemente de sua natureza e tempo de constituição (excetuadas as multas tributárias); créditos com privilégio especial; créditos com privilégio geral, créditos quirografários e, por fim, os créditos subordinados.

[1)] Ressalvam-se os pedidos de falência com base em crédito executado por qualquer quantia líquida, quando o devedor não paga, não deposita e não nomeia bens à penhora no prazo legal.

[2)] Os créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos após o decreto da quebra devem ser considerados extraconcursais e serão pagos previamente sobre os mencionados no art. 83, conforme inciso V do art. 84.

12.3. Atuação do Ministério Público como "custos legis" na falência

Fase pré-falimentar – Intervenção do Ministério Público – Aplicabilidade das normas do Código de Processo Civil

É cediço que as diretrizes de intervenção do Ministério Público orientam-se pela presença dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ex vi art. 127, *caput*, da Constituição da República. O próprio art. 82, III, do Código de Processo Civil orienta hipótese de intervenção ministerial nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Pois bem, desde a legislação falimentar revogada, qual seja, o Decreto-Lei nº 7.661/45, a presença do Ministério Público nas causas falimentares foi de rigor. E não por acaso.

As causas falimentares, mesmo na fase pré-falimentar, trazem ínsito o interesse público ou social, daí a razão precípua da intervenção ministerial em feitos de tais natureza.

Malgrado a legislação falimentar prever a intervenção do Ministério Público quando já decorrido o decreto de quebra, a fase pré-falimentar, por mera interpretação lógica do sistema jurídico em vigor, reclama, inexoravelmente, a intervenção ministerial.

Preceitua o art. 82 do Código de Processo Civil, *verbis*:

> Compete ao Ministério Público intervir:
> I-*(omissis)*;
> II-*(omissis)*;
> III- Nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou da qualidade da parte. (grifo nosso)

Sobre o tema, preleciona Nelson Nery Júnior:[1)]

> O CPC, art. 82, III, contém norma de encerramento, no sentido de deixar aberta a possibilidade de o MP intervir nas demais causas em que há interesse público. quando a lei expressamente determinar a intervenção, não se pode discutir ou questionar a necessidade de ela ocorrer. A norma ora comentada somente incide nas hipóteses concretas onde a participação do MP não se encontra expressamente prevista em lei. Caberá ao MP e ao juiz a avaliação da existência ou não do interesse público legitimador da intervenção do *Parquet*.

Vale notar que a própria Lei nº 11.101/2005 prevê expressamente caber a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos procedimentos regulados na nova lei falimentar[2)]. Daí a técnica utilizada pelo legislador não se preocupar em antever em todo e qualquer procedimento traçado pela lei falitária a hipótese de intervenção ministerial, uma vez que a necessidade decorre do próprio sistema jurídico vigente, à luz da Constituição da República e das normas infraconstitucionais.

Cremos subsistir indisfarçável presença de interesse público na fase pré-falimentar porquanto nítido que, neste momento processual cognitivo, decidir-se-á o destino de uma unidade produtora de riqueza da economia, muitas vezes impondo, inexoravelmente, sua retirada cogente do mercado, com graves conseqüências sociais, bem como o resguardo do crédito, móvel da circulação da riqueza, saneando a economia daquele devedor insolvente.

Sob outro prisma, ainda palpita interesse público no controle de legalidade até mesmo quando o pleito falitário se mostrar infundado, com suporte, por exemplo, em títulos nulos ou créditos lastreados em cláusulas abusivas, evitando-se, assim, proliferação de falências indevidas, preservando a devedora do impacto da quebra.

Cabe ao Ministério Público coibir os abusos, exercer fiscalização atenta sobre os requisitos legais que autorizam a deflagração da falência, reconhecidamente geradora de graves efeitos jurídicos e sociais.

Sobre a participação do Ministério Público na fase cognitiva da falência, ensina Arion Sayão Romita:[3)]

> Cumpre que ele seja ouvido antes de proferida a sentença. Deve emitir parecer no sentido da decretação, ou não, da falência. Há enorme interesse social na declaração de uma falência, a justificar a intervenção do Ministério Público, que deve observar se o requerimento de abertura da falência preenche os requisitos legais.

Preciosa também é lição de Antônio Cláudio da Costa Machado[4] ao ponderar que:

> Se a *intervenção do Ministério Público na falência decorrer, em termos gerais, da necessidade de se fazer valer o interesse público de eliminação do comerciante insolvente do âmbito do processo econômico, havemos de convir que em nenhum outro momento poderá ele realizar tal mister a não ser quando participe diretamente da atividade cognitiva que culminará com o decreto ou não da quebra. Posta a questão nesses termos, fica fácil compreender que, apesar da omissão da lei extravagante, é de rigor a intervenção do curador fiscal de massas falidas nessa fase de conhecimento do processo falencial. Mas sob qual fundamento legal? A resposta é simples: por força da regra genérica do inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente a quaisquer procedimentos especiais, ainda que a lei extravagante, prevendo em tantas passagens a intervenção do órgão do parquet, dê a entender que para as situações não previstas não seja necessária a participação ministerial.*

A jurisprudência já reconheceu a necessidade de intervenção do Ministério Público na fase primeva ao decidir:[5]

> DECRETACÃO DE FALENCIA DA REQUERIDA. NECESSIDADE DE INTERVENCAO DO MINISTERIO PUBLICO. (Apelação Cível Nº 197020332, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Antônio Carlos Madalena Carvalho, Julgado em 10/07/1997).

Como se nota, a intervenção do Ministério Público na fase pré-falimentar afigura-se de enorme importância social, com resguardo do interesse público, transcendendo a mera obrigação inadimplida, o direito individual ou disponível das partes, alcançando o controle de legalidade de uma medida judicial gravosa que gerará inafastável impacto social, com reflexos multifacetados.

Deixando o Ministério Público de intervir no feito mediante prévia intimação, a r. sentença, inexoravelmente, padece de nulidade absoluta, nos termos do art. 246 do Código de Processo Civil.[6]

Fase processual

Primeiramente, após decretada a falência, o Promotor de Justiça deverá estar atento à competência universal e absoluta do Juízo de falência, prevista no art. 76 da Lei nº 11.101/2005, que deve ser estendida a todas as ações intentadas contra a massa ou previstas na legislação falimentar, não prevalecendo para aquelas cuja massa falida seja autora ou litisconsorte ativa ou passiva.

Como já dissemos na introdução deste trabalho, a Lei nº 11.101/2005 tem como grave defeito a omissão sistemática quanto à intimação do Ministério Público para se manifestar nos diversos momentos processuais.

Tais omissões são inúmeras e, como a intervenção do *Parquet* se mostra obrigatória em quase todos os atos processuais, sob pena de nulidade, limitar-nos-emos, abaixo, a listar aquelas que, por sua importância, prejudicam o bom exercício da atividade fiscal do Ministério Público, na função de *custos legis*.

De tal forma, recomendamos que o órgão de execução do *Ministério Público intervenha nos seguintes momentos processuais* (sempre previamente ao ato decisório e posteriormente à manifestação de todos os interessados):

1. Quando da arrecadação de bens e livros e avaliação dos bens da falida, que, a partir da nova lei, são feitos em um único ato (arts. 108 e 22, III, alínea “f”).

Importante acrescentar que, nesta fase, o representante do Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar caso haja pedido de venda antecipada (sumária) de bens perecíveis e deterioráveis que tenham sido

arrecadados, nos termos do art. 113.

Poderá, ainda, o administrador optar por dar aos bens arrecadados uma fruição econômica útil aos objetivos da massa falida, devendo, da mesma forma, o representante do Ministério Público manifestar sobre a conveniência desta decisão (art. 114).

Lembramos que ficará a critério do Promotor de Justiça sua presença ao ato de arrecadação dos bens, uma vez que a Lei nº 11.101/2005 não a torna obrigatória. Em qualquer caso, o Promotor de Justiça deverá ser previamente comunicado do ato.

2. Por ocasião da apresentação do Relatório Inicial de Exposição Circunstanciada pelo administrador judicial (art. 22, § 4º). De acordo com a nova lei, a exposição circunstanciada deverá ser apresentada nos próprios autos de falência e não em autos apartados como previa a legislação anterior.

Com a juntada aos autos de falência da exposição circunstanciada, o representante do Ministério Público deverá verificar se existem indícios de crime falimentar e, se acaso esses indícios já forem suficientes à formação da *opinio delicti*, deverá extrair cópia do relatório e das peças essenciais com o fim de instruir a ação penal que será ajuizada perante o Juízo Criminal. (outra alteração da Lei nº 11.101/2005)

Nesta oportunidade, o Promotor de Justiça poderá ainda se valer da instauração de procedimento investigatório criminal buscando obter outros elementos de prova para o futuro oferecimento da ação penal, dispensando, assim, a instauração do inquérito policial, que, na maioria das vezes, se prolonga por prazo acima do recomendável. Mas, caso entenda necessário, o Promotor de Justiça poderá também requisitar a instauração do Inquérito Policial.*(a nova lei eliminou o chamado inquérito judicial)*

3. É obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as impugnações de crédito, devendo o Promotor de Justiça ser intimado para se manifestar após o devedor, o Comitê e o administrador judicial (art. 12, *caput* e parágrafo único), caso em que deverá examinar:

- a legitimação para impugnar, prevista no art. 8º;
- o prazo para apresentação da impugnação (10 dias seguintes à publicação do edital da relação apresentada pelo administrador judicial);
- a distribuição de acordo com o parágrafo único do art. 13, cuja autuação será em separado (se diversas impugnações versarem sobre o mesmo crédito, todas terão uma só autuação);
- a intimação do credor titular do crédito impugnado para contestar no prazo de cinco dias;
- se há parecer do administrador judicial, que é obrigatório (parágrafo único do art. 12);
- se o administrador judicial apresentou todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos sobre o crédito, consoante ou não da relação de credores, objeto da impugnação, declinando as razões pelas quais tiver incluído o crédito pelo valor e classificação constante da relação ou, ainda, porque deixou de fazê-lo;
- a lei de falências, em seu art. 16, dispõe que o Juiz deve determinar a reserva do valor do crédito impugnado para fins de rateio;
- na lei antiga, os requisitos da impugnação estavam previstos no art. 88 e seus parágrafos. A disciplina da nova lei é idêntica à da anterior.

O Promotor de Justiça deverá ficar atento à inclusão de crédito não justificado documentalmente pelo Administrador Judicial, devendo ser este impugnado pelo Ministério Público. Cita-se, como exemplo, a inclusão de créditos somente com base em certidões de protestos cujos créditos já poderiam ter sido baixados.

Devemos aqui fazer um parêntese para dizer que a nova lei alterou significativamente a tramitação das chamadas *Habilitações de Crédito*. A partir da sua vigência, a habilitação se processa perante o administrador judicial (não é mais necessariamente um incidente processual a exigir atividade jurisdicional). Assim, o credor poderá apresentar diretamente ao administrador judicial sua habilitação de crédito sem a necessária intervenção do advogado. Logicamente, nesta habilitação fora do Juízo Falimentar, não haverá intervenção do Ministério Público, uma vez que a intenção da lei foi dar celeridade e informalidade às habilitações de crédito,

retirando-as do crivo do Judiciário. Contudo, os credores que não habilitarem seus créditos no prazo do art. 7º, § 1º, poderão fazê-lo posteriormente. Nesses casos, as habilitações – *chamadas retardatárias* - serão processadas judicialmente, e, se apresentadas antes da homologação do quadro geral de credores, seu procedimento será idêntico ao das impugnações, e, se após, pelo procedimento ordinário do CPC. Em qualquer caso, as conseqüências da intempestividade da apresentação são: a) os rateios já realizados não serão revistos; b) ele perde o direito aos consectários; c) são devidas custas judiciais; d) o retardatário não tem direito de voto na Assembléia de Credores enquanto seu crédito não for incluído no QGC. O representante do Ministério Público deverá ter vista de todas as *habilitações retardatárias* que forem ajuizadas, quando então deverá observar se atendem aos mesmos requisitos previstos no art. 9º da Lei nº 11.101/2001.

4. Antes da homologação da relação de credores constante do edital do art. 7º, § 2º, pois isso possibilitará ao Promotor de Justiça um controle prévio do passivo da massa falida ou da sociedade em recuperação judicial (art. 14). Pode ainda, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito (art. 19), o que demonstra a necessidade de sua atividade fiscal desde o início do processo.

É importante a intimação do *Parquet* quando da comunicação de crédito feito pela Fazenda Pública. Nesses casos, deve atuar de forma a coibir a cobrança de multas administrativas indevidas ou atualizações excessivas das dívidas tributárias.

Além disso, é comum o pedido de inclusão de crédito tributário sem estar constituída a CDA, ou seja, com o processo administrativo de cobrança de dívida tributária ainda em andamento. Nesses casos, o acertado seria o pedido de reserva pela Fazenda e não a comunicação de crédito, ficando o deferimento a critério do Juiz.

5. Comparecimento obrigatório à audiência especial designada pelo Juízo Falimentar, quando for intimado a prestar declarações qualquer credor, o devedor ou seus administradores (art. 22, § 2º). É facultado ao Ministério Público o requerimento de oitiva em Juízo de quaisquer das pessoas elencadas no art. 22, I, “d”, para prestar informações de interesse da falência.

6. O representante do Ministério Público deverá ser intimado pessoalmente e previamente sobre qualquer modalidade de alienação de bens da massa falida, sob pena de nulidade, conforme dispõe o § 7º do art. 142. A necessidade desta previsão expressa na lei mostra-se evidente, pois a alienação de bens é o momento mais delicado e mais propício a fraudes e desvios no processo falimentar.*Logo, exige-se a presença do Promotor de Justiça em todos os atos de alienação, sob pena de nulidade.*

7. O membro do Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar sobre a prestação de contas do administrador judicial, podendo, a seu critério, embargá-las (art. 154 § 3º). Salienta-se que o CEAT possui técnicos em contabilidade os quais poderão auxiliar o Promotor na análise contábil das prestações de contas do administrador judicial.

8. Parecer após a apresentação do relatório final da falência apresentado pelo Administrador judicial para fins de encerramento (art. 155). Neste caso, deverá verificar se existem incoerências ou algumas pendências que impeçam a decisão de encerramento da falência, tais como: existências de ações em trâmite que envolvam a massa falida , se já houve prestação de contas do administrador judicial julgada pelo Juízo e se houve solução da exposição circunstanciada com o oferecimento ou não da ação penal pelo Promotor.

9. Deverá ser intimado do pedido de extinção das obrigações do falido, verificando, neste caso, se ele cumpriu os requisitos previstos no art. 158.

10. Intervenção obrigatória nos pedidos de Restituição: os bens que não integram o patrimônio do devedor, mas que estavam em sua posse no ato da decretação da falência, não podem ser liquidados para a satisfação dos credores, e o meio procedimental adequado de destacá-los da massa arrecadada é o pedido de restituição (art. 85, caput). O Promotor de Justiça deverá atentar para o que a lei determina em relação à restituição de mercadorias entregues à falida nos quinze dias anteriores ao requerimento de falência, se ainda não alienadas (art. 85, parágrafo único).

Se o bem a ser restituído não mais existir quando da restituição, porque foi roubado ou furtado após a arrecadação ou se perdeu, a restituição será feita em dinheiro. Trata-se de desembolso que a lei não considera

integrante da massa falida e, por isso, não componente da garantia dos credores. Assim, o administrador judicial deve atender aos titulares do direito de restituição em dinheiro antes de qualquer outro pagamento, mesmo em favor dos credores da massa falida ou a mais absoluta preferência (exceção apenas ao adiantamento dos salários em atraso, nos limites legais) – art. 86.

Restituição das contribuições do INSS: ocorre quando o falido deixa de recolher aos cofres da previdência social as contribuições descontadas dos salários de seus empregados. Tal pretensão tem respaldo também no art. 51, parágrafo único da Lei nº 8.212/91, bem como na Súmula nº 417 do Supremo Tribunal Federal. O prazo prescricional para a cobrança dos créditos tributários, no entendimento majoritário dos tribunais, obedece à regra de cinco anos transcorridos do fato gerador até o lançamento, somados a outros cinco anos que serão contados do lançamento da cobrança. Segundo o art. 85 da nova Lei de insolvência empresarial, a restituição é cabível para impedir que as contribuições não repassadas ao INSS ingressem no ativo da falida que se locupletou indevidamente, tanto que tal fato é passível de sanção na modalidade de apropriação indébita, correspondente ao art. 168 do Código Penal.

11. Intervenção obrigatória nas ações de Embargos de Terceiros: nestas ações, o representante do Ministério Público deverá ficar atento a manobras fraudulentas que têm por objeto a transferência de bens, realizadas em período suspeito, entre parentes ou pessoas que representam o interesse do próprio falido. Atenta-se que, na defesa da meação através deste instrumento, deverá ser examinado, consoante entendimento jurisprudencial[7], o proveito que o cônjuge obteve com a exploração comercial da falida.

12. Intervenção obrigatória nas ações Revocatórias (arts. 132 a 136): o representante do Ministério Público deve atuar como *custos legis* nas ações revocatórias ajuizadas, quando não for ele o autor. A ação revocatória é específica do processo falimentar, e a legitimidade para propô-la é concorrente entre o Ministério Público, administrador judicial e qualquer credor da massa. Por outro lado, têm legitimidade passiva todos os que figuraram no ato a ser revogado ou que, em decorrência deste, foram pagos, garantidos ou beneficiados, além dos terceiros contratantes, salvo em relação a estes, na hipótese de ineficácia subjetiva, se não tinham conhecimento da fraude. Os herdeiros e legatários dessas pessoas também têm legitimidade para a ação revocatória. Decai o direito à ação revocatória em três anos a contar da decretação de falência. O administrador judicial não responde perante a massa pelas conseqüências advindas da decadência do direito, em vista da legitimidade concorrente de qualquer credor e do Ministério Público. Da decisão que julgar a ação revocatória caberá o recurso de apelação.

Importante lembrar que não se confunde ineficácia de atos anteriores à sentença de decretação da falência com a nulidade dos praticados após a decisão de quebra. Em relação a estes últimos – atos que a sociedade empresarial não poderia mais praticar porque já se encontrava dissolvida em processo de liquidação falimentar – o Juiz pode desconstituir os seus efeitos de ofício, mediante simples despacho, independente, pois, de ação própria.

Salienta-se que nova lei inovou ao exigir nas ações revocatórias a necessidade de comprovação de prejuízo sofrido pela massa falida para propositura com fundamento no conluio fraudulento (art.130).

Direitos do contraente de boa-fé (art. 136): A declaração de ineficácia objetiva ou subjetiva pode implicar prejuízo a pessoas que não participaram do ato ineficaz e nem são herdeiros ou legatários delas. Em tais situações este terceiro poderá pedir a restituição à massa falida do valor que pagou pelo bem, devendo, contudo, ser incluído como credor quirografário, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário.

Declaração de ineficácia baseado em decisão judicial (art. 138): A declaração de ineficácia subjetiva ou objetiva não é obstada pela circunstância de ter sido o ato praticado em razão de decisão judicial. Ao contrário, a decisão proferida pelo Juízo falimentar acarreta a rescisão da sentença em que se embasara o ato ineficaz. Uma única ressalva é feita pelo art. 138, que trata de alguns atos praticados pelo falido durante o processo de recuperação judicial ou extrajudicial que não são objetivamente ineficazes, quando amparados no respectivo plano.

13. Intervenção obrigatória nas medidas cautelares de seqüestro de bens (art. 137): O seqüestro, quando justificável, é a medida apropriada para a preservação dos interesses da massa falida na ação revocatória, pois

o direito pleiteado objetiva aquele bem que foi fraudulentamente destacado do patrimônio da falida. Não se trata de buscar indenização por prejuízos – caso em que a lei deveria preferir a indisponibilidade de bens ao seqüestro –, mas de chamar de volta ao patrimônio do falido exatamente a coisa transferida com fraude. O Promotor de Justiça também terá legitimidade para propor a presente ação cautelar, assim como deverá intervir nas ações que não forem por ele ajuizadas.

14. Intervenção obrigatória como *custos legis* nas ações de responsabilidade civil reguladas pelos arts. 82 da Lei nº 11.101/2005 e 50 do Código Civil (quando o Ministério Público não for o autor): é cediço que a pessoa jurídica tem patrimônio distinto dos seus sócios. Vigora, assim, como regra, a distinção da personalidade entre pessoa jurídica e pessoa física que a administra ou gerencia. No entanto, o Código Civil preconiza em seus arts. 50, 990,1.009, 1.016, 1.017 e 1.091 a responsabilidade pessoal e solidária com as dívidas da sociedade em determinados casos, autorizando, assim, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e abarcando o patrimônio particular dos sócios e/ou de outras empresas quando existente confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade dos sócios até mesmo quando há dissolução irregular da sociedade.[8)]

Contudo, atenta-se para o fato de que a jurisprudência majoritária exige a comprovação da responsabilidade subjetiva dos sócios nas ações de responsabilidade civil.

[1)] **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed. São Paulo: RT. p. 461.

[2)] Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta lei.

[3)] A Atuação do Ministério Público no processo de falência e concordata, Justitia, 89;46/47.

[4)] **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 434.

[5)] No mesmo sentido: Jus. Bras. 52/225.

[6)] Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

[7)] RSTJ 59/354; STJ-3ª Turma, Resp 216.659-RJ, Relator Min. Ari Pargendler, J.29/03/01.

[8)] "O sócio-gerente, de acordo com o art. 135 do CTN, é responsável pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração da lei, considerando-se como tal a dissolução irregular da sociedade, sem o pagamento dos impostos devidos" (STJ, Resp. nº 7.745-SP, DJU de 29/04/91, p. 5.258). "Tratando-se de empresas com personalidade jurídica diferente, apesar da identidade de sócio, incabível é desprezar essa autonomia para constritar bens de terceiro estranho ao débito executado. Pertinente, em tal contexto, é a penhora no patrimônio do sócio, desde que a organização esteja desativada." (TJSC, AI nº 5.214, DJSC nº 7.987, de 09/04/90, p.16

12.4. Atuação do Ministério Público como autor no processo falimentar

O órgão de execução do Ministério Público, na seara falimentar, poderá agir como autor nas seguintes circunstâncias:

quando promover impugnações, que podem ser dirigidas: à relação de credores, a determinado crédito, à alienação de bens do acervo, à prestação de contas do administrador judicial, ao encerramento da falência ou ainda contra a decisão de extinção de obrigações do falido (arts. 8º, 19, 143, 154, 156 e 158); quando pedir a destituição do administrador ou de membros do comitê de credores (art. 30, § 2º); quando propuser ação revocatória e cautelar de seqüestro previstas no art. 132; quando propuser ação de responsabilidade civil regulada pelos arts. 82 da Lei nº 11.101/2005 e 50 do Código Civil. Importante observar a necessidade de instauração de procedimento autônomo, que deverá seguir o rito ordinário.

Recomendamos, nos casos elencados acima, que o Promotor de Justiça, ao invés de exercer suas impugnações através de simples manifestações no processo, peticione tais inconformidades mediante procedimento autônomo, incidental ou não, observando sempre os requisitos do art. 282 do CPC, o que permitirá à parte requerida o exercício pleno da ampla defesa, evitando-se, assim, possíveis argüições de nulidades e permitirá ao Ministério Público o manejo de instrumentos eficientes para a obtenção do provimento almejado.

É importante lembrar ainda que as impugnações possuem rito específico nos arts. 13 a 15, ao passo que a exclusão, retificação de créditos e as ações revocatórias e de responsabilidade devem seguir o rito ordinário.

Por isso, reforçamos a sugestão que quaisquer impugnações venham através de ação judicial, na forma dos já referidos arts. 13 a 15 ou 132, independentemente da atuação do Ministério Público como órgão interveniente.

12.5. Atuação do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial

Introduzindo este tema, importante lembrarmos que a Lei Falimentar atual (Lei nº 11.101/2005) acabou com o instituto da concordata e instituiu a chamada Recuperação Judicial da empresa.

A mudança mais significativa entre os dois institutos é o de que a concordata estendia seus efeitos tão-só aos credores quirografários, enquanto que a recuperação judicial alargou as categorias de crédito que se vinculam aos efeitos dela decorrentes, eliminando a restrição imposta em desfavor dos credores quirografários que a lei anterior consagrava.

Assim como a antiga concordata, a recuperação judicial tem por escopo a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando, destarte, a empresa e sua função social.

A legitimidade para propor o pedido de recuperação judicial é do devedor, nos termos do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, bem como do cônjuge sobrevivente deste, seus herdeiros, inventariante ou sócio remanescente de sociedade empresária (parágrafo único).

A lei ainda exige que, quando da propositura da ação, comprove o exercício de sua atividade há mais de dois anos, devendo ainda atender aos requisitos previstos no art. 48, os quais são idênticos aos da antiga concordata.

Hipóteses de intervenção do Ministério Público na recuperação judicial e extrajudicial

1. O órgão de execução deverá ter sua primeira *vista antes do despacho que defere o processamento da recuperação judicial*, quando então deverá examinar se encontram preenchidos todos os requisitos exigidos pelo art. 51 da Lei nº 11.101/2005.

É importante lembrar que a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu dois momentos distintos quanto à apreciação, pelo Juiz, do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor.

Estamos agora nos referindo ao primeiro momento, que corresponde ao ato que defere o processamento da recuperação judicial, com a nomeação, pelo Juiz, do administrador judicial e adoção das providências previstas no art. 52.

Recomendamos que o Promotor de Justiça tenha sempre vista e se manifeste fundamentadamente antes do primeiro despacho. Trata-se de uma etapa na qual o Promotor de Justiça deverá examinar os documentos apresentados pelo devedor, verificando a compatibilidade com o extenso rol exigido pela lei.

Embora deva ser intimado também da decisão que deferir o processamento (art. 52, V), a atividade ministerial não pode ser exercida apenas a *posteriori*, tendo em vista os efeitos graves advindos do processamento, especialmente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor (inciso III do art. 652), estando evidenciado o interesse público na manifestação prévia do órgão ministerial.

2. Em um segundo momento, o órgão de execução também deverá ter vista e se manifestar *antes da concessão da recuperação judicial* (art. 58), ocasião em que será verificado pelo Ministério Público o cumprimento dos requisitos legais, tal como disposto no art. 57 (apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor) e a efetiva inexistência de objeções de credores ao plano de recuperação (art. 55), sendo certo também que o *Parquet* é legitimado a recorrer da decisão de concessão (como de qualquer decisão neste processo), nos termos do art. 59, § 2º. É curial que se manifeste previamente, podendo exigir o cumprimento de qualquer requisito ou apresentação de documento faltante.

Trata-se, agora, de intervenção do *Parquet* previamente à segunda etapa decisória quanto ao pedido de recuperação judicial. Nesta, o Juiz efetivamente concederá a recuperação judicial, daí a importância da manifestação prévia do Ministério Público.

3. Manifestação prévia à decretação da falência, se acaso rejeitado o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, pela assembléia-geral de credores (art. 56, § 4º), ocasião em que o órgão de execução deverá, na

tutela dos interesses indisponíveis de que é guardião, verificar se a rejeição do plano obedeceu, em sua votação, às regras da Lei Falimentar, bem como se não foi abusiva ou arbitrária.

4. O Promotor de Justiça deverá ter vista antes da sentença que julgar encerrado o processo de recuperação judicial, para que verifique se foram cumpridas todas as obrigações do devedor previstas no plano (art. 63, *caput*).

5. Manifestação prévia à decisão de destituição do administrador prevista no art. 64, parágrafo único, uma vez que tal poderá se dar em razão da prática de ilícito falimentar, o que exige o pleno conhecimento pelo Ministério Público para a propositura de eventual ação penal.

6. O Promotor de Justiça deverá ter vista prévia à decisão que autorizar a alienação de bens ou direitos integrantes do ativo do devedor, após manifestação do Comitê (art. 66), uma vez que cabe ao Ministério Público zelar pela preservação do ativo e fiel cumprimento do plano de recuperação.

7. O órgão ministerial deverá ter vista e se manifestar fundamentadamente antes da decisão que concede a recuperação judicial a uma microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 72, *caput*), com base no plano especial de recuperação (art. 71), possibilitando que o *Parquet* verifique se a sociedade efetivamente se enquadra no conceito legal de microempresa e empresa de pequeno porte para se sujeitar à disciplina especial mais benéfica.

8. Manifestação prévia à decisão que convolar a recuperação judicial em falência, nas hipóteses do art. 73, devendo sempre verificar a legitimidade e a legalidade da decisão.

9. Assim como na falência, o Promotor de Justiça deverá ter vista dos pedidos de Restituição, após a oitiva do falido, do Comitê, dos credores e do administrador judicial (art. 87, § 1º), devendo manifestar-se de forma fundamentada no feito e até recorrendo da decisão se acaso necessário. Por razão de lógica, eventual embargos de terceiro demanda também intervenção do *parquet*.

10. O Promotor de Justiça deverá ser intimado para opinar sobre o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial bem como sobre eventual impugnação apresentada (art. 164, § 4º e § 5º). Frise-se que, por uma interpretação sistemática da lei, conclui-se que a intervenção do *parquet* deve ocorrer não só para que atue como *custos legis*, mas também devido à possibilidade de constatação da prática de crimes falimentares, uma vez que vários tipos penais descrevem condutas praticadas antes ou depois da homologação da recuperação extrajudicial, sendo indispensável a atuação para propiciar a colheita de elementos necessários à propositura da ação penal.

11. No que concerne à participação do membro do Ministério Público às assembléias-gerais de credores, não entendemos esta como conveniente, porquanto não detém o Promotor de Justiça nenhum poder específico reservado na lei; também não podemos ignorar o risco de que sua manifestação seja mal interpretada como defesa de algum credor, de forma a prejudicar sua intervenção no processo de falência ou recuperação por ocasião das deliberações da assembléia.

12. Assim como nos processos de falência, sugerimos ao Promotor de Justiça que requeira ao Juízo sua intimação para manifestar sobre qualquer questão incidente surgida no curso do processo de recuperação judicial ou extrajudicial, sempre opinando após os interessados e previamente à decisão judicial, não estando adstrita sua atuação àquelas situações mencionadas expressamente pela lei.

12.6. Atuação do Ministério Público na área criminal, de acordo com a Lei nº11.101/2005

É importante lembrar, primeiramente, que distinto do que se faz no Direito processual, *tempus regit actum*, no Direito penal vige o princípio da *lei penal mais benéfico*, ou seja, *ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime* (art. 2º do CP), tal como *a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado* (parágrafo único do art. 2º do CP), que só vieram a consagrar o disposto no art. 5º, XL, da CF/88:*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

Expressão abolida: crimes falimentares

A Lei nº 11.101/2005 aboliu a expressão *crimes falimentares*, preferindo a terminologia crimes em espécie.

Pela nova lei, as sentenças de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial são consideradas condições de punibilidade dos crimes previstos na lei. Desta forma, deduz-se que as três modalidades de sentença são condicionantes para a punição do suposto agente delituoso.

> Art. 180. A sentença que decreta a falência concede a recuperação judicial, ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

Ressalta-se que a expressão *crimes falimentares* continua sendo usada pela doutrina *porque delimita exatamente o tipo de delito sobre o qual se está falando, como também porque a lei ora sob exame continua a ser a lei de falências, sem embargo de ser também a lei de recuperação judicial e extrajudicial*, e não porque a condição para a sua existência seja a declaração de falência.

Penas

Na Lei Federal n° 11.101/2005, as penas constam mais rigorosas e severas que na Lei anterior. Todos os delitos, com exceção do art. 178, são apenados com reclusão de dois a seis anos. Na Lei anterior, havia dois crimes apenados com detenção, e os apenados com reclusão a pena variava de um a quatro anos.

Prescrição

No que diz respeito ao cálculo dos prazos prescricionais, a Nova Lei de Falências proporcionou um período maior para a prescrição do crime falimentar, determinado pelo Código Penal, distinto da Lei anterior que o estabelecia nas suas próprias disposições.

Conforme sintetiza Manoel Bezerra Filho:

> No sistema da lei anterior, criticava-se profundamente a exigüidade do prazo prescricional, cujo prazo de dois anos (art. 199 da lei anterior) contava-se a partir do prazo no qual a falência deveria estar encerrada (o art. 132 estabelecia o prazo de dois anos a partir da declaração da falência), tudo na forma da interpretação trazida pela Súmula nº 147 do STF, segundo a qual “a prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

Portanto, com as devidas ressalvas e como regra geral, na lei anterior a prescrição do crime falimentar ocorria no prazo de quatro anos a partir do momento em que era decretada a falência.

A Lei nº 11.101/2005 inova no sentido de determinar que a prescrição dos crimes falimentares deverá seguir o que se encontra no art. 109 e seguintes do CP que estabelece a prescrição a partir da pena máxima *in abstrato* cominada aos crimes. Assim, para todos os crimes falimentares previstos nos arts. 168 a 177, cujas penas máximas fixadas estão entre quatro a seis anos, a prescrição é de oito e doze anos, respectivamente, a partir do decreto de falência (incisos III e IV do art. 109 do CP). Para o crime falimentar do art. 178, cuja pena máxima é de dois anos, a prescrição é de quatro anos (inciso V do art. 109 do CP).

Efeitos da condenação

A condenação por crime falimentar, implica ao agente as seguintes restrições/efeitos, art. 181: (I) não pode exercer atividade empresarial; (II) não pode integrar a administração de nenhuma sociedade simples ou empresária, seja como diretor, seja como membro de conselho; (III) não pode gerir empresa na condição de mandatário ou de gestor de negócio, sendo estas duas últimas restrições acrescentadas pela Nova Lei. A aplicação de tais efeitos não é automática de sentenças declaratórias da falência, devendo ser motivadamente declarados na sentença penal, e publicados (art. 93, IX, da CF/88). Os efeitos da condenação perduram por até cinco anos após a extinção da punibilidade, salvo se o condenado obtiver a reabilitação penal antes disso. A reabilitação supramencionada poderá ser pleiteada na forma do art. 94 do Código Penal. Para que sejam plenamente efetivos os efeitos do art. 181, prevê-se que, após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, deverá ser notificada a Junta Comercial para que adote as providências no sentido de impedir qualquer novo registro que conflite com a inabilitação. Isto posto, sugerimos que conste ao fim do corpo da denúncia o requerimento expresso para os efeitos supracitados.

Inquérito policial e oferecimento da ação penal

Em relação à nova vertente processual penal, a Lei introduziu profunda mudança, extinguindo o inquérito judicial, correspondente aos arts. 103 a 113 da lei revogada, e, em seu lugar, prevendo a abertura de inquérito policial, art. 187, que não é de requisição obrigatória.

Pelo novo sistema, o Promotor de Justiça possui três oportunidades para apreciação das condutas ilícitas na falência: 1) por ocasião da intimação da quebra (art. 187,*caput*). 2) após o relatório do art. 22, III, alínea “e”; 3) em qualquer fase do processo, mediante notícia trazida pelo Juiz (art. 187, § 2º).

O maior problema que o Promotor de Justiça vai continuar enfrentando é a ausência de elementos prévios para o oferecimento da denúncia, pois, nos crimes de natureza formal (escriturária), não há necessidade de uma investigação mais acurada, somente de um apoio técnico (contador); porém, se o fato é complexo, como de regra, a investigação se mostrará necessária. O art. 187 da Lei nº 11.101/2005 prevê somente duas hipóteses para enfrentar tais casos: ou o Promotor de Justiça oferece denúncia imediatamente ao ato de intimação (se já possui elementos prévios suficientes) ou requisita a abertura de inquérito policial.

Tendo em consideração que, de regra, a autoridade policial não sabe lidar com crimes de natureza complexa e relacionados à matéria econômica e contábil (salvo as delegacias especializadas), sugerimos ao Promotor de Justiça que proceda à investigação criminal no próprio âmbito do Ministério Público, devendo, contudo, tomar medidas necessárias à formalização do expediente, conforme determina e regula a Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2 de outubro de 2006, e, no âmbito do Ministério Público mineiro a Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 02, de 14 de setembro de 2004.

Em qualquer caso, as duas resoluções prevêem que o expediente seja formalizado através de Portaria com delimitação do objeto de investigação, para que não dê margem à futura alegação de cerceamento de defesa pelo réu.

Em regra, a ação penal será pública incondicionada e, somente nos casos especialmente destacados na Lei, ela será de outra natureza. Há, pela nova lei, a possibilidade de ação penal subsidiária da pública, prevista no caput do art. 184, contudo, delimitada pelo parágrafo único, que cuidou de estabelecer a regra:

> Decorrido o prazo a que se refere o art.187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de seis meses.

Competência

Pela lei anterior, o juízo de admissibilidade era proferido pelo juiz da falência, que, após o exame de admissibilidade, remetia os autos ao juízo criminal competente para o prosseguimento da ação penal, com evidente fracionamento de jurisdição. Com a Nova Lei, a *persecutio criminis in juditio* foi movida integralmente para o juízo criminal.

Dispõe o art. 183:

> Art. 183. Compete ao Juiz Criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

Referindo-se ao *juiz criminal* da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, a lei afasta qualquer dúvida e retira do *juízo universal da falência*, que é de natureza extrapenal, a competência para o processo e julgamento dos delitos falimentares.

Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, de que trata o art. 89 da Lei Federal n° 9.099/95, prevê limite de aplicação somente para os delitos previstos nos arts. 176 e 178, pois são os únicos com pena mínima igual a um ano na parte de disposições penais da Nova Lei de Falência.

Rito processual-sumário

O rito processual do crime falimentar era especial, que foi revogado pelo art. 200 da Nova Lei, tendo sido admitido o rito sumário. Não obstante, os doutrinadores entendem que, na prática, o procedimento seguirá o rito ordinário por ampliar o direito de defesa do acusado.

Deve-se observar também que para o tipo penal descrito no art. 178, cuja pena cominada é de 1 a 2 anos de detenção e multa, o foro competente será o dos Juizados Especiais Criminais, por se tratar de um crime considerado de menor potencial ofensivo.

Quadro Comparativo - Dos Crimes e Processo Penal

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Art. 186, inc. I (gastos particulares pessoais ou de considerados excessivos)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, inc. II (despesas gerais injustificadas)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, inc. III (emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a quebra)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, inc. IV (abuso de responsabilidade mero favor)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, inc. V (prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, inc. VI (inexistência de livros e escrituração atrasada)	Arts. 178 (subsidiário) e 168, § 1º, inc. I (se houver fraude)	Pena agravada
Art. 186, inc. VII (falta de rubrica judicial)	*Abolitio criminis*	
Art. 186, paragráfo único (isenção de pena, para pequeno comerciante, sem instrução)	Art. 168, § 4º	A pena somente será reduzida
Art. 187 (atos fraudulentos)	Art.168	Pena agravada
Art. 188, inc. I (simulação de capital)	Art.168, § 1º, inc. IV	Pena agravada
Art. 188, inc. II (pagamento antecipado de credores)	Art.172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 188, inc. III (desvio de bens, antes da quebra)	Art. 17 (desvio, ocultação ou apropriação de bens)	Pena agravada
Art. 188, inc. IV (simulação de dívidas e perdas)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 188, inc. V (perda avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie)	*Abolitio criminis*	
Art. 188, inc. VI (falsificação de escrituração obrigatória)	Art. 168, incs. II, III e V	Pena agravada
Art. 188, inc. VII (omissão de escrituração)	Art. 168, inc. II (com fraude) Art. 178 (subsidiário)	Pena agravada
Art. 188, inc. VIII (destruição, inutilização e supressão de livros obrigatórios)	Art. 168, § 1º, inc. V (se houver fraude) Art. 178 (subsidiário)	Pena agravada
Art. 188, inc. IX (ser o falido leiloeiro ou corretor)	*Abolitio criminis*	
Art. 189, inc. I (desvio de bens, após a quebra)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 189, inc. II (declaração de crédito falsa)	Art. 175 (habilitação falsa de crédito)	Pena agravada
Art. 189, inc. III (reconhecimento de crédito falso pelo falido)	Art. 172 (favorecimento de credores)	Pena agravada
Art. 189, inc. IV (falsas informações prestadas pelo ˜síndico˜)	*Abolitio criminis*	

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Art. 190, (negociação dos bens da massa falida)	Art. 177	Pena agravada
Art. 191, (concurso de agentes)	Art. 168, § 3º, 179 c. c. art. 29, *caput*, CP	Pena agravada
	Art. 168, § 2º (contabilidade paralela, com fraude)	Pena agravada
	Art.169 (violação de sigilo empresarial	
	Art. 170 (divulgação de informações falsas do devedor em recuperação)	
	Art. 171 (indução a erro os profissionais)	
	Art. 172, parágrafo único – aquisição de bens	
	Art. 174 (aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens da massa faída)	
	Art. 176 (exercício ilegal da atividade)	

Disposições Comuns

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
	Art. 180 – sentença de quebra ou concessão de recuperação, como condição objetiva de punibilidade	
Art. 195 – inabilitação para o comércio	Art. 181 – efeitos da condenação Inabilitação Impedimento de gerência ou diretoria, etc.; Impedimento de gerência por mandato ou gestão	Efeito da conde-nação mais gravoso ao condenado
Arts. 132 a 199 – prescrição	Art. 182 – prescrição pelo Código Penal; Art. 182, parágrafo único: interrupção da prescrição.	Prescrição mais gravosa ao acusado

Procedimento Penal Nos Crimes Falências

Lei de Falências Decreto-Lei nº 7.661/45	Lei de Recuperação e Falência (LRF) Lei nº 11.101/05	Situação jurídica
Art. 503 a 512 do CPP	Art. 200 – derrogação expressa	Revogados
Art. 103 a 113	Art. 186. Nova definição. Inquéritos Civil/Policial	Revogados
	Art. 183. competência do juiz criminal da jurisdição.	
	Art. 184 ação penal pública	
	Art. 184, parágrafo único: ação penal privada subsidiária	
Arts. 394 a 405 e 498 a 502, CPP (rito de reclusão)	Art. 185 (rito de detenção: arts. 538 a 540, CPP)	Atinge os processos criminais em anda-mento
	Art. 187, *caput*, intimação do MP para eventual ação penal, na falência e recuperação.	
Art. 108 – prazo de cinco dias para denúncia	Art. 187, § 1º - prazo de 15 dias, com o réu solto ou afiançado e 5 dias com réu preso.	
	Art. 187, § 2º - qualquer fase do precesso para verificação de novas infrações penais	
	Art. 188 – aplicação subsidiária das normas do CPP	

12.7. Atuação nos procedimentos decorrentes de intervenção ou liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária

Entidades sujeitas ao regime de liquidação extrajudicial

O art. 1º da Lei nº 6.024/76 baliza a incidência do regime de liquidação extrajudicial abarcando as instituições financeiras privadas (bancos comerciais, sociedade de crédito, financiamento e investimento e as sociedade de crédito imobiliário) e as cooperativas de crédito.

Sociedades corretoras, sociedades distribuidoras e sociedade de investimento, integrantes do sistema de distribuição de títulos e valores imobiliários no mercado de capitais e corretoras de câmbio, igualmente, estão sujeitas ao regime diferenciado, pela norma de extensão do art. 52 da Lei nº 6.024/76. Outras entidades ou instituições encontram-se submetidas ao regime de liquidação extrajudicial por força de legislação específica, dentre as quais as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (Lei nº 9.656/98), Previdência Privada (Lei Complementar nº 109/2001) e Usinas de Açúcar (Decreto-Lei nº 3.855/41) e Cooperativas (Lei nº 5.764/71), Empresas Concessionárias de Serviços Aéreos (Lei nº 7.565/86).

Providências preliminares

Cientificado da instauração do regime de intervenção, liquidação ou administração especial temporária referente à empresa cuja sede e principal estabelecimento seja situado na comarca, deve-se oficiar ao Banco Central do Brasil, dando-lhe ciência de qual será o órgão do Ministério Público encarregado do ajuizamento das ações eventualmente cabíveis, solicitando receber informações a respeito por parte, conforme o caso, do interventor, liquidante ou administrador, bem como do presidente da comissão de inquérito extrajudicial respectivo.

Indisponibilidade de bens dos administradores

A intervenção e a liquidação extrajudicial da instituição financeira advém das dificuldades financeiras vivenciadas por esta, decretada por ato do Banco Central, órgão fiscalizador do sistema financeiro.

Após sucessivas alterações normativas referentes à responsabilidade civil dos administradores e membros do conselho fiscal, o legislador pátrio consolidou a legislação de regência culminando na edição da Lei nº 6.024/74, que dedicou capítulo integral sobre o tema.

Assim, decretada a intervenção ou liquidação extrajudicial, por efeito direto do ato e por imposição do disposto no art. 36 da Lei nº 6.024/76, todos os bens dos administradores tornam-se indisponíveis, atingindo o período de 12 meses anteriores ao ato de intervenção ou liquidação.

Os administradores que geriram a sociedade nos últimos 5 anos, malgrado não serem abarcados pela constrição legal imediata da indisponibilidade, sujeitam-se à medida judicial de seqüestro dos bens, caso haja apuração de prejuízos em suas gestões (arts. 43 e 45, cit. lei).

A indisponibilidade recai sobre todos os bens, excetuados os bens impenhoráveis ou inalienáveis pela legislação em vigor.

Na lição de Rubens Requião

> […] A indisponibilidade dos bens é absoluta, e nada pode impedir esse efeito da aplicação das normas legais com tal rigor. Os administradores são postos, pela lei, sob suspeita. Só a verificação negativa de sua responsabilidade é que causará a regularização de sua disposição patrimonial[…].[1)]

Como conseqüência do ato interventivo adotado, impõe a norma a instauração do procedimento investigatório administrativo pelo Banco Central denominado *Inquérito Extrajudicial*, presidido por comissão investigadora (art. 41 da citada lei), visando esclarecer as causas do insucesso financeiro da instituição, bem como para elucidar as responsabilidades dos dirigentes e dos conselheiros fiscais pelos ilícitos eventualmente praticados.

Concluída a apuração no bojo do Inquérito Extrajudicial, sem embargo da comunicação, via de regra procedida

pelo próprio Banco Central ao Ministério Público Federal para apuração de crimes contra o sistema financeiro, encaminhar-se-ão os autos ao Juízo Falimentar que, por seu turno, ordenará vista dos autos ao Ministério Público Estadual, com atribuições na seara falimentar, para a adoção das medidas judiciais pertinentes, dentre as quais a ação cautelar de arresto de bens e a ação principal de responsabilidade.

O inquérito extrajudicial será arquivado no próprio Banco Central se concluir pela inexistência de prejuízo (art. 44).

Medida cautelar prevista no art. 45 da Lei nº 6.024/74 –observância rigorosa do prazo

Prefacialmente, cumpre esclarecer o equívoco terminológico empregado pelo legislador ao prever o seqüestro dos bens e, logo em seguida, utilizar a expressão arresto (cf. § 1º e § 2º do art. 45, cit. lei). Correto, pois, o uso da expressão arresto, uma vez que, enquanto o seqüestro tem por objetivo a apreensão de bens até que se esclareçam direitos a ele referentes, o arresto, por meio da apreensão de bens indeterminados de certo devedor, assegura a execução de uma obrigação patrimonial posta em risco de ser inadimplida.

Ultimada a apuração do Inquérito Extrajudicial, com remessa à vara falimentar (onde houver) e posterior vista dos autos ao Ministério Público, caberá a adoção das providências judiciais tendentes à buscar a reparação do dano, caso a existência de prejuízos causados pelos administradores da instituição financeira seja conclusiva no inquérito.

Assim, recebidos os autos, a par da tiragem de cópias dos autos para fins de segurança de sua existência, observar, rigorosamente, o prazo legal de oito dias para requerer a medida cautelar prevista no art. 45 da Lei nº 6.024/74, inclusive em relação aos bens que não tenham sido real e efetivamente alcançados pela indisponibilidade legal, tais como obras de arte de alto valor econômico.

Vale destacar que, em determinadas ocasiões, poderá ser necessário o ajuizamento simultâneo da ação principal com a ação cautelar, sem necessidade de se aguardar o transcurso do prazo de 30 dias.

Providências quanto aos bens atingidos pela indisponibilidade

Adotar as providências necessárias à preservação dos bens atingidos pela indisponibilidade e/ou pela medida cautelar, inclusive mediante pesquisas, averbações e anotações junto aos seguintes órgãos:

a) registros gerais de imóveis do país (através das Corregedorias de Justiça de todas as unidades da federação);
b) Departamentos de Trânsito de todo o país (através das Secretarias de Estado respectivas);
c) empresas concessionárias de serviços de telecomunicações e telefonia de todo o país (através do Ministério das Telecomunicações);
d) Comissão Nacional da Bolsa de Valores, para que informe acerca de bens, papéis ou direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
e) Bolsa Mercantil e de Futuros operantes (BMF) em todo o país (através do Ministério da Economia) para que informem acerca de bens ou direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
f) Comandos Aéreos Regionais de todo o país (através do Ministério da Aeronáutica) para que informem, inclusive junto ao Departamento de Aviação Civil (DAC) e/ou Serviço Aéreo Regional de Aviação Civil (SERAC), acerca de bens e/ou autorizações em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
g) Comandos Navais de todo o país (através do Ministério da Aeronáutica) para que informem, inclusive junto aos Distritos Navais respectivos e/ou autorizações em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
h) Secretaria da Receita Federal para que remeta cópias das declarações de bens e direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
i) Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), para que informe acerca de todos os contratos de seguro, em vigor ou não, realizados pela instituição submetida ao regime e seus ex-administradores;
j) Banco Central do Brasil para que informe, relativamente a todas as instituições financeiras autorizadas a funcionar no território nacional, acerca de bens e direitos em nome da instituição submetida ao regime e seus ex-administradores, com requisição de remessa da documentação respectiva, devendo o juízo respectivo, na forma do art. 38 da Lei nº 4.595/64, determinar a quebra do sigilo bancário.

Ação de responsabilidade – legitimidade do Ministério Público

A par da ação cautelar disposta pelo art. 45 da Lei nº 6.024/76 que objetiva resguardar a responsabilização patrimonial dos gestores da instituição, caberá, inicialmente, ao Ministério Público o ajuizamento da ação principal de responsabilidade em face dos ex-administradores, conselheiros, procuradores-gestores e gerentes, além de terceiros que tenham concorrido com o prejuízo causado. Caberá ao órgão ministerial promovê-la no prazo de trinta dias a partir da efetivação do arresto, sob pena de responsabilidade. Esta, por interpretação lógica, haverá de ser apurada a luz do caso concreto, eis que o não-ajuizamento da ação ordinária no prazo legalmente previsto poderá ensejar, *prima facie*, descumprimento de dever funcional, com reflexo na seara disciplinar, sem prejuízo, desde que presentes as elementares do tipo, da incidência da norma penal incriminadora gizada no art. 319 do CP.

Malgrado haja decisões isoladas negando a legitimidade ativa do Ministério Público ao argumento de que a defesa dos interesses dos credores são distintos e individualizáveis, não se identificando com a tutela difusa ou coletiva [2] , tem o Colendo STJ afastado tal entendimento, admitindo a legitimidade do *Parquet* para propor e prosseguir na ação de responsabilidade de ex-administradores de instituição financeira, mesmo após o encerramento dos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.447/97 c.c. o art. 46 da Lei nº 6.024/76 [3], abarcando hipótese de defesa do crédito, do sistema financeiro, do poupador e do investidor frente a empresas que lidam com a captação de poupança popular, fiscalizadas pelo Banco Central. As normas citadas, portanto, encontram-se em perfeita sintonia com a Constituição da República que prevê, inclusive, hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico, e com o sistema de defesa do consumidor.

Em caso de omissão, decairá o órgão ministerial do direito de ação em favor de qualquer interessado, no prazo de quinze dias, sob pena de, se ninguém o fizer, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade dos bens.

Como se vê, descabe ao interventor ou liquidante intervir na ação quer como autor quer como assistente.

Sob outro enfoque, a responsabilidade dos administradores de instituição financeira vem regulada pelos arts. 39[4] e 40[5] da Lei nº 6.024/76.

Vigora ante o texto legal empregado acirradas discussões doutrinárias acerca da natureza da responsabilidade. A primeira corrente, adepta à teoria subjetiva da culpa, é subdivida em dois grupos: a) a dos que defendem ser puramente subjetiva a responsabilidade, ou seja, é necessária a prova de uma conduta comissiva ou omissa para autorizar a responsabilização; b) admite-se a inversão do ônus da prova em torno da culpa, ou seja, presume-se a culpa dos administradores, contudo, faculta-se-lhes comprovar a boa gestão.

A *teoria puramente subjetiva* foi sustentada por Vicente Ráo, Miranda Valverde, F.C. Bulhões Pedreira e outros (*apud* Waisberg, Ivo.**Responsabilidade Civil dos Administradores dos Bancos Comerciais**. São Paulo: RT, 2002. p. 102;103). A segunda corrente subjetivista mediante inversão do ônus da prova foi sufragada por Arnoldo Wald e Werter Faria (cf. Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. in **Responsabilidade Civil nas Instituições Financeiras e nos Consórcios em Liquidação Extrajudicial**. São Paulo: RT, 1933. p. 56 e ss).

Outra corrente doutrinária assevera que a responsabilidade dos administradores é de natureza objetiva. Dentre outros, defendem-na Mauro Brandão Lopes[6], Luiz Roldão de Freitas Gomes[7] e Nelson Abrão.

No plano jurisprudencial, entendeu o Colendo STJ que a responsabilidade dos administradores é de natureza dupla; pelo art. 39 da Lei nº 6.024/76 é subjetiva, enquanto o art. 40 do mesmo diploma consagra a responsabilidade objetiva pelas obrigações assumidas no período de sua gestão.[8]

Para nós, os administradores, conselheiros fiscais, diretores, gerentes, procuradores-gestores respondem pelos atos ilícitos que praticaram no exercício das atribuições ou poderes dos cargos e terão responsabilidade objetiva[9], solidária, direta, e não subsidiária. Justifica-se o critério legal adotado de molde a conferir maior segurança ao consumidor que entrega sua poupança à instituição financeira a qual irá gerir recursos de terceiros, além de resguardar a credibilidade do sistema financeiro nacional, haja vista a atividade fiscalizatória a que está sujeita pelo BACEN e às normas ditadas pela legislação especial.

Assim sendo, caberá ao promovente da ação de responsabilidade, cujo rito será o ordinário, demonstrar o prejuízo suportado pelos lesados e a identidade de quem o causou.

Responsabilização das auditorias contábeis independentes e instituições controladoras

O Inquérito Extrajudicial compreenderá a apuração de atos ou omissões relevantes incorridas pelas pessoas físicas ou jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente às instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

Atentar, por isso, para a possibilidade de responsabilização das auditorias contábeis independentes, bem como das instituições controladoras, tendo em vista o disposto na Lei nº 9.447/97, que responderão por dolo ou culpa frente aos prejuízos causados aos lesados.

Cessação da liquidação ou intervenção – autuação do Ministério Público como fiscal da lei

Sobrevindo a falência após a decretação do arresto e no curso da ação principal, competirá ao administrador judicial prossegui-la, devendo haver substituição processual do Ministério Público, passando o órgão ministerial a intervir como *custus legis*, nos termos do art. 82, III, CPC.

Ações relacionadas com os bens das pessoas jurídicas sujeitas ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial – intervenção do Ministério Público

Oficiar em todas as ações que digam respeito a bens de pessoas jurídicas sujeitas ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024/74 de molde a garantir a real fiscalização nos feitos em que envolvam a instituição sob intervenção ou liquidação.

---

[1] **Curso de Direito Falimentar**. v. 2. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 224.

[2] TJMG/3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0000.00.267956/000

[3] STJ – AgRg nos ERRp 590490-GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.11.2005; REsp. 592.069-SP, 3ª T., REl. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/02/2007; REsp 444.948-RO, 2ª Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11/12/2002; REsp nº 447.939-SP. 3ª T., Relª. Minª. Nancy Andrigui, j. 4/10/2007

[4] Art 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, qualquer tempo salvo prescrição extintiva, pelos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.

[5] Art 40. Os administradores de instituições financeiras responderão solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante e dos prejuízos causados.

[6] "Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituição Financeira, Revista das Sociedades por Ações, nº 11.

[7] "Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituição Financeira Privada em Regime de Intervenção ou Liquidação Extrajudicial, no Brasil", in Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 17, p. 23/31.

[8] REsp nº 21.245-9, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ. de 31/10/1994 e REsp nº 592069-SP – 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

[9] TJSP – Ap. Cível nº 116.726-4 – 6ª Câmara Dir. Privado – Rel. Des. Ernani de Paiva, v.u., j. 19/04/01; TJSP – Ap. Cível nº 25.781-4 – 5ª Câm. Direito Privado – Rel. Des. Silveira Netto, v.u., j. 8/04/99; TJSP – Ap. Cível nº 77.018-4 – 6ª Câm. Direito Privado – v.u – Rel. Des. Munhoz Soares- v.u – j. 15.04.99; TJSP – Ap. Cível nº 232.381-4/0-00 e 232.383-4/4, 5ª Câm. Direito Privado – v.u – Rel. Des. A.C. Mathias Coltro, j. 08/08/2007.

12.8. Ementário de legislação pertinente

Constituição Federal
Código de Processo Civil
Código de Processo Penal
Código Penal
Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Falências e Recuperação de empresas
Decreto-Lei nº 7.661/45(antiga Lei de Falências e Concordatas)
Lei Federal nº 6.024/73

12.9. Jurisprudência

PROCESSUAL CIVIL - FALÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA - NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE PROCESSUAL. 1- A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NAS CAUSAS DE FALÊNCIA, CONFORME ART. 82, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, IMPLICA A NULIDADE DO PROCESSO DESDE O MOMENTO EM QUE SE IMPUNHA TAL INTERVENÇÃO. 2- RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS A QUE SE DÁ PROVIMENTO, JULGANDO-SE PREJUDICADOS OS DEMAIS APELOS, DELES NÃO SE CONHECENDO.
(Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20050110632200APC DF; Registro do Acórdão Número: 314976; Data de Julgamento: 25/06/2008; Órgão Julgador: 3ª TURMA CÍVEL; Relator: VASQUEZ CRUXÊN; Publicação no DJU: 29/07/2008 Pág.: 25; Decisão: CONHECER; PROVER O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E JULGAR PREJUDICADOS OS OUTROS RECURSOS, TUDO À UNANIMIDADE.).
HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - LEI 11.101/2005 - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERVENÇÃO - INTERESSE PÚBLICO - ARTIGO 82, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NULIDADE DO PROCESSO - NÃO INTERVENÇÃO MINISTERIAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO 1 - EMBORA NÃO CONSTE DA LEI 11.101/2005, A INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA, NOS PROCESSOS DE FALÊNCIA, ESPECIFICAMENTE NA FASE PRÉ-FALIMENTAR, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, LEVANDO-SE EM CONTA O INTERESSE PÚBLICO QUE ENVOLVE ESTES PROCESSOS FALIMENTARES, MISTER VISTA AO PARQUET PARA QUE SE MANIFESTE NOS AUTOS. 2 - NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 84 DO CPC, NÃO SENDO PROMOVIDA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO A LEI CONSIDERA SUA INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA, DECRETAR-SE-Á A NULIDADE DO PROCESSO. 3 - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20070110093123APC DF; Registro do Acórdão Número: 294181; Data de Julgamento: 07/02/2008; Órgão Julgador: 5ª TURMA CÍVEL; Relator: LUCIANO VASCONCELLOS; Publicação no DJU: 12/02/2008 Pág.: 1885; Decisão: CONHECER. DAR PROVIMENTO. UNÂNIME).
FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE. A FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NAS CAUSAS EM QUE A LEI ASSIM DETERMINA, IMPLICA A NULIDADE DO PROCESSO DESDE O MOMENTO EM QUE SE IMPUNHA TAL INTERVENÇÃO.
(Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 20070110210075APC DF; Registro do Acórdão Número: 292468; Data de Julgamento: 19/12/2007; Órgão Julgador: 4ª TURMA CÍVEL; Relator: SÉRGIO BITTENCOURT; Publicação no DJU: 17/01/2008 Pág.: 867; Decisão: DAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.).
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO FALIMENTAR. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. INDISPENSABILIDADE. OMISSÃO DA LEI ESPECÍFICA (LEI Nº 11.101/05). IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL (CPC, ART. 82, III). FALÊNCIA. DECRETAÇÃO. SENTENÇA. NULIDADE INSANÁVEL. CASSAÇÃO. 1. A FALÊNCIA, REDUNDANDO NA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA QUEBRADA E NA LIQUIDAÇÃO DOS SEUS ATIVO E PASSIVO DE FORMA A SER PRESERVADO O EXERCITAMENTO DA LIVRE INICIATIVA DE CONFORMIDADE COM OS PRIMADOS QUE GOVERNAM O REGIME CAPITALISTA, PREVENINDO-SE QUE EMPREENDIMENTO DESPROVIDO DE VIABILIDADE CONTINUE OPERANDO EM DETRIMENTO DA ORDEM JURÍDICA E COM MENOSPREZO PARA COM O CRÉDITO E FÉ PÚBLICOS, REVESTE-SE DE EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO, IRRADIANDO ESSA NATUREZA AOS PROCESSOS FALIMENTARES. 2. CONQUANTO A NOVA LEI DE FALÊNCIAS - LEI Nº 11.101/05 - TENHA FICADO DESPROVIDA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA INDISPENSABILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO SER OUVIDO NAS AÇÕES QUE A TÊM COMO ESTOFO, O PARQUET, VALENDO-SE DA LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA QUE LHE É CONFERIDA - CPC, ART. 82, III - ANTE A NATUREZA DAS DISPOSIÇÕES QUE NELA ESTÃO IMPREGNADAS E DO INTERESSE PÚBLICO DE QUE SE REVESTEM AS AÇÕES DE INSOLVÊNCIA CIVIL E COMERCIAL, DEVE NECESSARIAMENTE DELAS PARTICIPAR, VELANDO PELA CORRETA APLICAÇÃO DO LEGALMENTE PRESCRITO, DO LEGALMENTE PRESCRITO, RESGUARDANDO O DIREITO DOS CREDORES E DO PRÓPRIO FALIDO E FISCALIZANDO A ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR NOMEADO À MASSA. 3. AFERIDO QUE O ITINERÁRIO PROCEDIMENTAL NÃO FORA PERCORRIDO DE CONFORMIDADE COM O LEGALMENTE DELINEADO ANTE A OMISSÃO HAVIDA QUANTO À NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO FALIMENTAR, O PROCESSO RESTA MACULADO POR VÍCIO INSANÁVEL, AFETANDO, POR CONSEGUINTE, A INTANGIBILIDADE DA SENTENÇA QUE AFIRMARA A QUEBRA, DETERMINANDO SUA ANULAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO PROCESSUAL, POIS DA SIMPLES OMISSÃO HAVIDA EMERGE A NULIDADE (CPC, ARTS. 84 E 246). 4. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME.
(Classe do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO 20070020033292AGI DF; Registro do Acórdão Número: 278533; Data de Julgamento: 27/06/2007; Órgão Julgador: SERVIÇO DE RECURSOS CONSTITUCIONAIS - SERECO; Relator: TEÓFILO CAETANO; Publicação no DJU: 23/08/2007 Pág.: 94; Decisão: CONHECER O RECURSO, DAR PROVIMENTO. UNÂNIME.).
AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO DE BEM MÓVEL EM AÇÃO DE FALÊNCIA. POSSÍVEL

OCORRÊNCIA DE CRIME FALIMENTAR ANTES DA SENTENÇA DE DECRETAÇÃO DA QUEBRA: INCIDÊNCIA DO ARTIGO 168 DA LEI N. 11.101/05. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER BUSCA E APREENSÃO DE EQUIPAMENTO, ANTE À EXISTÊNCIA DE INTERESSE QUE TRANSCENDE AOS LINDES DA RELAÇÃO PRIVADA OBJETO DO FEITO FALIMENTAR. LEGITIMIDADE, TAMBÉM, DO FIEL DEPOSITÁRIO EM PLEITEAR A EXTENSÃO DA MEDIDA AOS ACESSÓRIOS DO EQUIPAMENTO APREENDIDO (AFINAL, A SINA DO ACESSÓRIO É SEGUIR O PRINCIPAL). DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA. (Classe do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.059317-3; Palhoça; Quarta Câmara de Direito Comercial; Rel. Des. João Henrique Blasi; Publicação no DJSC: 09/05/2008 Pág.: 100.
FALÊNCIA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRREGULARIDADES QUE CONDUZEM À EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO. NOS PROCESSOS ENVOLVENDO O PEDIDO DE FALÊNCIA, É NECESSÁRIA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTES DA DECISÃO QUE DECLARE A FALÊNCIA ABERTA, VISTO QUE TAIS PROCESSOS SEMPRE PODEM ENVOLVER O INTERESSE PÚBLICO (ART. 82, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). (TJMG; AG 1.0074.07.034538-9/0011; Bom Despacho; Quinta Câmara Cível; Relª. Desª. Maria Elza; Julg. 06/12/2007).
FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. FISCAL DA LEI. LEGITIMIDADE RECURSAL CARACTERIZADA. COMPROVADA QUE A CONTROVÉRSIA A SER DIRIMIDA PELA INSTÂNCIA REVISORA SE REFERE À APLICAÇÃO OU NÃO DO ANTIGO DEC. LEI Nº 7.661/45, NO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO MANEJADO NO JUÍZO DE ORIGEM, RESTA CARACTERIZADA A LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA QUALIDADE D EFISCAL DA LEI. (TJMG; AG 1.0024.06.023747-6/001; Belo Horizonte; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Edílson Olímpio Fernandes; Julg. 10/07/2007; DJMG 24/07/2007).
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA IRREGULAR. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. IRREGULAR A PENHORA DE CRÉDITO INCERTO, SEM INDICAÇÃO DO DEVEDOR, PODENDO ATÉ MESMO INEXISTIR. 2. NECESSÁRIA A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM VISTA A FALÊNCIA SOBREVINDA À DEVEDORA. 3. EXECUÇÃO ANULADA DE OFÍCIO, DESDE A PENHORA, INCLUSIVE. (TJMG; AC 1.0672.05.159522-7/001; Sete Lagoas; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Jarbas de Carvalho Ladeira Filho; Julg. 06/02/2007; DJMG 16/02/2007).

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marcus Elidius Micheli de. **Nova Lei de falências e Recuperação de Empresas** – Confrontadas e Breves Anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA Filho, Manoel Justino,**Nova Lei de recuperação e Falências comentada/Lei nº 11.101/05:** comentário artigo por artigo. 3 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 365/394.

CAMPOS, Moacyr Lobato de Filho.**Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 321/327.

COELHO, Fábio Ulhoa.**Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas:** Lei n° 11.101/05. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 406/414-526/532.

GONTIJO, Vinícius José Marques.**Nova Lei de Falências**. Curso realizado em 2005. Ministério Púbico do Estado de Minas Gerais/CEAF. 3 DVDs.

13. Atuação especializada no combate ao crime organizado

Autor/Organizador:Procurador de Justiça André Estevão Ubaldino Pereira

Introdução

Qualquer exame que se pretenda fazer do assunto usualmente denominado *Crime Organizado* exige, antes de tudo, que se repita a advertência, já tantas vezes feita, de que não há fenômeno a que se possa chamar de crime organizado, mas, sim, *organizações criminosas*. Tal observação, à primeira vista despida de maior importância, traduz apenas um dos embaraços que se apresentam no estudo de tema em verdade pouco conhecido e de existência até bem pouco tempo negada por alguns.

O que é, de fato, o tão (impropriamente) citado *crime organizado*? Existe, verdadeiramente, tal *fenômeno*?

Compreendido como conduta humana voluntária que lesa ou expõe a risco de lesão bens juridicamente tutelados, o crime é, até mesmo conceitualmente, atividade que pode desenvolver-se individualmente, nada exigindo, para a sua configuração, ordinariamente, plurissubjetividade ativa. Talvez por isso, isto é, exatamente por bastar à existência do delito a ação de um único indivíduo, ter sido tardio o interesse do legislador pela capitulação, como criminosas, de condutas em que a tipicidade decorresse tão só associação destinada à prática de delitos.

Olvidou o legislador brasileiro, de fato, durante muitos anos, que uma tendência irrefreável do homem – a de associar-se – poderia levá-lo a criar (como o levara a criar o próprio Estado) outras sociedades, inclusive criminosas. Assim, não havendo entre nós, até a década de 40, tipo penal por meio do qual se incriminasse a associação para delinquir, o que vigorava, segundo anota Hungria, era – por inspiração do antigo Direito penal francês – uma cumplicidade que se presumia em decorrência do favorecimento prestado a bandos de assassinos e ladrões nos crimes por eles cometidos.

A esse tempo, porém, o próprio Direito penal francês, que antes nos servira de inspiração, já convertera em crime autônomo a associação para delinquir, definida nos arts. 262 a 266 do CPF como *association de malfaitures*. O mesmo também havia feito o Direito italiano, cujo Código Penal definira no art. 416 a *associazione per delinquere*, e o argentino, que no art. 210 definia o delito denominado *asociación ilícita*.

Por outro lado, embora à época ainda não fossem empregadas para designar essas associações as expressões, hoje correntes, *crime organizado e organização criminosa*, ações evidenciadoras de sua existência já se podiam fazer sentir em vários cantos do mundo.

Com efeito, ao mesmo tempo em que, com corrente emprego de corrupção e violência, criminosos reunidos violavam a lei seca americana, explorando o contrabando, a produção e a venda de bebidas alcoólicas, no oriente se destacavam a organizada produção, comércio e criminosa exportação, inclusive para o ocidente, do ópio e de seus derivados.

Enquanto isso, no Brasil, em que vigorara primeiro o Código Penal de 1890 e depois a Consolidação das Leis Penais de 1932, iniciavam-se os já preocupantes furtos de automóveis, perpetrados por grupos de criminosos, antes do que já mostrava o cangaço o fôlego que permitiu, entre outras coisas, ao seu mais destacado membro – Virgulino Ferreira da Silva – desfrutar da alcunha de *Governador do Nordeste*.

Manifestação das mais emblemáticas, o cangaço, embora não exibisse o caráter da transnacionalidade, hoje tão comum à delinquência organizada, fartava-se dos elementos que, modernamente, segundo o senso comum, permitem e impõem a constatação do fenômeno.

De fato, ali já se encontravam presentes, dentre outros, o alto poder de intimidação e de corrupção de autoridades públicas, o esforço pelo domínio territorial, a estrutura piramidal e a busca de vantagem econômica.

Além disso, valendo-se de artifício que não se apresentava inédito, mas que, utilizado com habilidade, granjeou-lhe grande e indispensável apoio popular, apresentava-se seu maior líder ante o povo dos sete Estados por cujo sertão livremente trafegou como o miserável injustiçado cuja coragem e desassombro aterrorizavam os poderosos coroneis de sua época.

Exterminado o cangaço com a eliminação física de muitos dos que o compunham e com o terror imposto aos demais – inclusive com a prática consistente de cortar e exibir as cabeças dos seus membros –, que assim debandaram, nem por isso pôs-se o País a forro do fenômeno que, tendo características próprias, estava a exigir medidas específicas.

De fato, à vista de que o que aparentemente permitira ao cangaço impor por mais de três décadas regime de terror às populações tinham sido a pluralidade de normas processuais penais e a impermeabilidade das fronteiras dos Estados, já a Constituição de 34, acompanhada pela de 37, determinava houvesse, no Brasil, um único Código de Processo Penal.

Embora tais comandos tivessem representado, em seu tempo, importantes inovações na prática repressiva brasileira, não passaram eles, vistos sob certa ótica, de simples correções de distorções, incapazes por isso de fazer face aos desafios de uma criminalidade de feições nitidamente empresariais.

De fato, em vários cantos do planeta eclodiam práticas ilícitas cujo cometimento pressupunha existência de estruturas organizacionais mais ou menos complexas, merecendo registro, entre outras igualmente lucrativas, o tráfico de mulheres com o fim de prostituição, o tráfico de entorpecentes e o contrabando.

Para contê-las, no entanto, encontrava-se dotado o Direito penal brasileiro, desde 1942, de instrumento que se concebera para atender à realidade nacional das décadas anteriores: o art. 288, do CPB, que, sob o *nomen júris* de bando ou quadrilha, impunha pena de reclusão de um a três anos aos que se associassem em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes.

A insuficiente capacidade intimidativa das normas até então empregadas fez-se, porém, logo evidente: numa das atividades mais frequentemente exploradas pelas organizações criminosas, o tráfico de entorpecentes, por exemplo, sucederam-se vários tratados e convenções internacionais, cada qual revelando o fracasso do que até então se experimentara e buscando instrumentos punitivos novos, mais adequados e uniformes, com vistas à inibição do fenômeno – desde há muito identificado – denominado *transferência de carteis*.

Destaque especial, nesse sentido, merece a Convenção contra o Tráfico Ilícito Entorpecentes e Substâncias Controladas, de 1988, em que, em seu preâmbulo, afirmava constituir o tráfico ilícito *uma grave ameaça à saúde e às bases econômicas, culturais e políticas da sociedade, um risco para a estabilidade, segurança e soberania dos Estados*, bem como um risco, em virtude de seu grande rendimento financeiro, para a administração pública e as atividades comerciais e financeiras lícitas.

Assim é que, constatada a criação, a consolidação e o fortalecimento das organizações criminosas (a um ponto tal que sua ousadia fez tornar conhecida não apenas sua existência, mas suas lideranças), propuseram-se medidas, inclusive econômicas, cuja adoção, todavia, ficava na dependência de iniciativas adotadas por cada qual dos convenentes.

No caso brasileiro, por exemplo, apesar das transformações sucessivas operadas nas leis de tóxicos, opôs-se tenaz resistência ao emprego de um dos mais eficazes tratamentos punitivos encontrados para deter o tráfico: o confisco de bens cuja proveniência ilícita não fosse cumpridamente demonstrada pelo condenado.

É que o Estado brasileiro pareceu satisfeito, por muito tempo, com a tão-só imposição de penas privativas de liberdade, que – verdade se diga –, em face do extenso catálogo de benefícios previstos no CPB e na Lei nº 7.210/84, revelam-se autêntica obra de ficção.

Além disso, embora desde há muito impusessem as leis penais a perda dos proventos obtidos com práticas criminosas, não se criaram mecanismos capazes de permitir a célere, como necessária, demonstração da proveniência ilícita de bens e valores. Sem falar, é claro, nos prazos processuais cuja exiguidade impõe que ou se solte o acusado por sua inobservância ou a ela se dê causa com o fim (muitas vezes frustrado) de demonstrar o patrimônio que possui e sua origem ilícita.

Demais disso, talvez por excessivo pudor, sempre se repudiou veementemente a cooperação para a repressão criminal daqueles que, por sua posição, melhor contribuição poderiam a ela dar: os criminosos arrependidos. Também às testemunhas, mesmo quando sujeitas à represália de criminosos, negou-se, durante muito tempo, qualquer forma de apoio. Mas não é só. Contribuíram também para que chegássemos ao ponto em que nos

encontramos a falta de estabelecimentos que efetivamente assegurassem o cumprimento de penas privativas de liberdade e a arcaica estrutura e modo de funcionamento de nossas instituições de controle.

Por tudo isso, o recrudescimento da criminalidade violenta entre nós, como subproduto das ações da criminalidade organizada, hoje dedicada não só ao tráfico, mas a diversificada área de atuação revela-se por meio de ações delituosas, a cada dia mais ousadas.

Em consequência, tem-se assistido a numerosos exemplos de ataques ao Estado, por vezes na pessoa dos que se acham investidos no exercício de funções públicas ligadas à repressão criminal e, é óbvio, aos titulares dos bens jurídicos protegidos por débeis normas penais incriminadoras.

Igual fenômeno ocorreu, anos atrás, em outros países, que a ele respondeu com legislação repressiva consideravelmente mais moderna e severa.

- 13.1. A resposta do Direito brasileiro às ações de organizações criminosas
- 13.2. Ementário de legislação pertinente

13.1. A resposta do Direito brasileiro às ações de organizações criminosas

No Brasil, onde a ousadia crescente das organizações criminosas tem sido bastante sentida, como explicitado, produziram-se, nessa ordem, a primeira lei do crime organizado (Lei nº 9.034/95, hoje revogada), de interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/96), de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807/99), introdutora do regime disciplinar diferenciado (Lei nº nº 10.792/2003), do "Juiz sem Rosto" (nº 12.694/2012), e, finalmente, a nova Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013).

Tal a situação em que se acha, atualmente, o conjunto das normas legais que servem de fundamento à repressão às ações perpetradas por organizações criminosas, vê-se que se pretendeu, com as leis mais recentes, superar a grande confusão e vácuo legislativo até bem pouco tempo existente sobre o tema.

É que, não mencionando a Lei 9034/95, que disciplinava os meios operacionais admitidos à repressão às organizações criminosas em que consistiriam tais organizações, restaria admitir, como absurdamente parecia propor seu art. 1º, que poderiam ser empregados na investigação e processo de crimes, quaisquer que fossem eles, praticados por bandos ou quadrilhas.

Nessas circunstâncias, importante avanço representou o advento das Leis nº 12.692 e nº 12.850, a primeira de 2012 e a segunda de 2013, que, desviando-se do modelo obsoleto inicialmente proposto, conceituaram organizações criminosas, ao mesmo tempo em que, modernizando a disciplina de institutos, tornaram viável seu emprego.

De fato, agora em observância, embora não integral, à Convenção de Palermo, prevê a Lei nº 12.850 sejam suas disposições aplicáveis às associações estruturadas de quatro ou mais pessoas, caracterizada pela divisão de tarefas, que tenham por objetivo obter qualquer vantagem através da prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que tenham caráter transnacional.

Melhor adaptada a legislação vigente, agora, à realidade e às práticas internacionais, permite ela o empregos dos institutos da colaboração premiada, da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, a infiltração policial e a cooperação entre instituições.

Não se constituindo em inovações, especialmente se considerado o plano internacional, representaram as normas postas em vigor, contudo, importante evolução no tratamento dado pelo Direito brasileiro à repressão a crimes da espécie.

Com efeito, no que respeita, por exemplo, à colaboração premiada, tímida e pobremente antes prevista pela Lei nº 9.034/95, a transformação foi profunda, pois viu-se ampliado o seu escopo, a par do que chega-se a permitir, ao colaborador, não apenas a substancial redução da sua pena, mas mesmo a sua substituição, se privativa de liberdade, por restritiva de direitos, e até o perdão judicial. Além disso, como importantes e até mesmo imprescindíveis estímulos à colaboração, antes inexistentes, estabeleceram-se a necessidade de homologação judicial do acordo de colaboração, a possibilidade de não ser sequer ofertada denúncia e, ainda, de não serem as provas autoincriminatórias utilizadas em prejuízo do colaborador, em caso de retratação do quanto acordado. Foi assim que, se a colaboração premiada, tal qual definida no passado, sob o nome de "colaboração espontânea", consistia em verdadeira garantia de condenação de quem se inclinasse a cooperar com o Estado, embora com redução da pena, hoje, ao contrário, transformou-se em poderoso estímulo à infringência, pelo integrante de organização criminosa, da *omertà*.

Observe-se, porém, que limites foram postos expressamente pela legislação à colaboração premiada, consoante exigem a gravidade e importância de sua utilização. Daí que, para sua concessão, devem ser consideradas a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato e a eficácia da colaboração. Igualmente importante se revela ainda, como estímulo à colaboração a garantia, prevista no parágrafo 15 do art. 4º, de ser o colaborador em todos os atos da negociação, confirmação e execução da colaboração, assistido por seu Defensor.

Noutro giro, pondo em destaque importante aspecto, que de outro modo poderia produzir graves controvérsias,

que ao fim e ao cabo poderiam resultar em desprestígio para tão eficaz meio de investigação, estabeleceu expressamente o parágrafo 16 do art. 4º a insuficiência das declarações isoladas do colaborador para a prolatação de sentença condenatória. Igualmente importante, seja para permitir o eficiente desenvolvimento das investigações, seja para dar ao colaborador a necessária tranquilidade de que depende sua disposição em cooperar, foi a previsão, contida e disciplinada no art. 7º, de revestir-se de sigilo, até o recebimento da denúncia, o acordo de colaboração premiada.

Também já permitida na lei revogada, referiu-se a nova lei, sem porém regulamentá-la, à possibilidade de utilização de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

Tal instrumento, valioso na investigação das ações perpetradas por organizações criminosas, merece, como os demais, algumas considerações. Inegável o valor de imagens e sons (estes, especialmente, quando determinada, por confissão ou perícia, a identidade de interlocutores) na formação do convencimento, é ele muito frequentemente elemento decisivo para a afirmação de fatos negados (encontros, condutas praticadas, relações com pessoas, permanência em locais, etc.). Sua captura, todavia, exige equipamento adequado (nem sempre disponível) e capacitação do operador, que deve, a um só tempo, cuidar de executar a atividade de coleta e ocultá-la dos que sejam seus *alvos*. Além disso, a escolha do equipamento deve merecer especial atenção. Outro ponto que merece destaque é que tais ações, realizadas de forma sempre sigilosa (afinal, o alvo não pode, em nenhuma hipótese, descobrir-se investigado), dependiam, na legislação anterior, de circunstanciada autorização judicial. E, conquanto não nos pareça exigível tal autorização em todos os casos, parece no mínimo de boa cautela sua prévia obtenção, especialmente ante a possibilidade de inutilidade de complexa investigação em consequência de eventual aplicação da teoria da nulidade da prova por derivação.

Outro mecanismo já presente na lei revogada e mantido na Lei nº 12.850 é a ação controlada, denominada na Convenção de Palermo *entrega vigiada*. É o que vinha sendo entre nós denominado *flagrante retardado*, que consiste em permitir que pessoas, coisas ou valores que devam ser arrestados ingressem, permaneçam, atravessem ou saiam de locais (ainda que seu arresto já tenha sido determinado), sempre com a finalidade de fazê-lo em momento que se revele mais conveniente (seja para identificar mais ou mais importantes componentes de organizações criminosas, produzir melhores provas ou causar, às organizações criminosas, danos mais significativos). É técnica bastante difundida e consolidada fora do país, já tendo sido, inclusive, objeto de referência feita pela Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988, atendendo às sugestões de Estados que com êxito já o vinham empregando. No que respeita aos crimes de tráfico de entorpecentes, por sua vez, foi a medida objeto de regramento, através da Lei nº 11.343/2006.

Merece registro, por outro lado, a circunstância de que, embora inspirado para utilização em crimes transnacionais, nada impede, em face dos termos da Lei, a utilização do instrumento nos casos de tráfico circunscrito ao território nacional.

Inserida na Lei nº 9.613/98, através da Lei nº 12.683/2012, a possibilidade de acesso, pela "autoridade policial e Ministério Público, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito", foi ela reproduzida na vigente lei de crime organizado, nos termos do inciso IV do art. 3º, que autoriza, além do "acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas", também "a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais". Não se trata, pois, de instrumento novo, mas de nova redação dada em nova lei, pelo que não se vê substancial alteração no seu alcance. De fato, o acesso a tais dados cadastrais, por não importarem, na visão do legislador, em levantamento da garantia constitucional do sigilo das comunicações nem tampouco da intimidade, já podia ser alcançado, sem ordem judicial, nos termos da lei de lavagem de dinheiro. A opção do legislador, portanto, de manter a inexigibilidade de ordem judicial prévia para o acesso a tais dados foi, a nosso sentir, providência que encontrou o justo equilíbrio entre a necessidade de maios rápida e eficaz repressão a infrações de reconhecida gravidade, a de proteção ao que se pode adequadamente denominar "direito à intimidade" (observe-se que o acesso é aos dados, apenas, não ao conteúdo das comunicações), bem como à circunstância de não se dever alimentar o anseio de "judicializar tudo", especialmente num país em que é notória a morosidade da prestação jurisdicional.

Relaciona em seguida a Lei 12.850/13, entre os meios de obtenção de prova, a interceptação telefônica.

Regulada em lei específica, é a interceptação telefônica um dos instrumentos de grande valia na apuração de infrações de imputáveis a organizações criminosas. Prova eloquente disso é seu largo emprego (que é estimulado, porém, também por um mito: o da sua eficiência ou satisfatividade) em investigações de variada espécie. De fato, multiplicando-se o seu emprego desde o advento da Lei nº 9.296/96, deu-se, igualmente, ampla difusão de que tal técnica vinha sendo utilizada. Isso se traduziu, evidentemente, na adoção de cautelas redobradas por parte de delinquentes, que, de modo geral, passaram a empregar (quando possível) outros meios de conversação e, mesmo ao telefone, a utilizar expressões de sentido somente compreensível para os interlocutores. Em consequência, a eficiência da interceptação de conversações telefônicas (que não se confunde, é claro, com a gravação de seus diálogos por um dos interlocutores) reduziu-se, exigindo a cada dia mais tenha o agente dela encarregado os mesmos e prévios conhecimentos dos fatos suspeitados e de seus autores que os possuídos por quem a requer e quem a determina. Não se pode olvidar, por outro lado, que a interceptação telefônica, por isso só, muito raramente produz prova bastante para a demonstração de ilícitos, especialmente os mais complexos, como os praticados por organizações criminosas. Bem por isso, a realização de interceptações telefônicas exige a correspondente realização de diligências destinadas a confirmar a identidade de pessoas, os lugares e os fatos que sejam objeto de conversação. Assim, a observação, a vigilância, a pé ou motorizada, o emprego de fotografia e filmagem são instrumentos comumente utilizados em complemento às interceptações. Forçoso concluir, portanto, que há, no curso das interceptações, inúmeros momentos em que o sigilo das investigações é posto em risco, com todas as graves consequências disso decorrentes. Por isso que, no emprego das interceptações telefônicas, algumas cautelas são rigorosamente indispensáveis. Nesse tema, como de resto em todos os instrumentos antes mencionados, vale a conhecida regra de proteção do conhecimento segundo a qual *sabe quem precisa saber*. Em outras palavras, ninguém, senão o *público* absolutamente indispensável, deve ter conhecimento da medida. Em decorrência disso, algumas cautelas, recomendadas pela experiência, devem ser adotadas. Consiste uma delas em submeter o requerimento de interceptação a despacho pessoal e reservado com o juiz competente, a quem se deve, igualmente, requerer permaneça o expediente sob segredo e sua guarda até o término da diligência. Pela mesma razão, deve-se requerer que a ordem judicial dirigida à concessionária seja exarada tão laconicamente quanto possível, isto é, dela constando, simplesmente, o número do telefone ou telefones que devam ser objeto de interceptação, com os respectivos códigos de áreas e o órgão responsável pela execução das operações técnicas (dela não deve constar, por exemplo, o nome do assinante). Além disso, para evitar desnecessária exposição de conhecimento sensível, deve ser exarada uma ordem para cada concessionária, nunca uma só para todas. Por fim, tratando-se de investigação que objetive apuração de atividades de organização criminosa, deve-se ser especialmente criterioso na observância do que dispõe o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, retardando-se ao máximo permitido a apensação do procedimento aos autos. Ainda que sejam adotadas tais cautelas, destinadas a preservar a eficiência e utilidade das interceptações, não é incomum a discussão, por parte dos acusados, acerca de sua legalidade. Algumas vezes, de fato, insurgem-se os acusados contra a circunstância de terem sido as operações técnicas conduzidas pela Policia Militar e não pela Civil, exigindo outros a realização de perícia de voz, sempre dispendiosa e demorada. A primeira das questões, porém, já se acha superada, conforme se pode ver no recentíssimo acórdão unânime proferido pelo TJMG nos autos da apelação criminal 1.0525.06.086290-7/001, em que destacou que não é ilícita a interceptação requerida e realizada pela Policia Militar se decorrente de decisão devidamente fundamentada, ciente o Ministério Público para seu acompanhamento. A segunda, por sua vez, encontra sua solução no princípio do livre convencimento motivado, não sendo defeso ao juiz, obviamente, emprestar à prova o valor que possa ter no cotejo com os demais meios de prova.

Admitido não somente na repressão às organizações criminosas, mas ao crime de um modo geral, figura o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais como medida das mais comumente empregadas. Necessário é, porém, para seu uso na investigação e instrução criminal, observar que não se vem admitindo a sua apropriação direta pelo Ministério Público, tratando-se de sigilo fiscal e bancário. Deve-se, com efeito, obter, para o acesso, a imprescindível autorização judicial. Por outro lado, deve-se salientar que o acesso a tais dados é de extrema utilidade, nas investigações que se voltam para organizações criminosas, o que se explica por dois distintos motivos. De fato, muito frequente é que seja a movimentação bancária e fiscal o único vestígio deixado por práticas criminosas. Mas há um outro aspecto em que se revela de fundamental importância o acesso aos dados bancários e fiscais: é no interesse da investigação financeira destinada a privá-la do que lhe dá vitalidade, isto é, seus recursos financeiros. Registre-se, finalmente, no tocante ao assunto, que a experiência recomenda que, cercada de completo sigilo, deva tal vertente investigatória preceder, o quanto seja possível, a decretação ou execução de qualquer medida constritiva

pessoal.

Outro interessante meio, introduzido na Lei 9.034/95 pela Lei 10.217/01, e mantido no ordenamento jurídico pela Lei 12.850/13, é a infiltração de agentes

Esbarra o emprego da infiltração de agentes contra obstáculos de variada espécie. Dentre eles, deve ser mencionado o elevado risco, por vezes inaceitável, a que se expõe o agente infiltrado, potencializado, no caso brasileiro, pela ausência de treinamento específico e pela falta da cultura, especialmente no Poder Judiciário e Ministério Público, da *compartimentação sigilosa*. Além disso, não estabelecendo a Lei 9.034/95 parâmetros quaisquer a serem observados por ocasião da infiltração, restava ainda incerteza completa acerca das consequências suportadas, pelo agente infiltrado, pelos atos praticados durante ela. Tais dificuldades, que vinham fazendo com que, ainda nos dias de hoje, optassem os órgãos encarregados da investigação pela cooptação de informantes, recrutados muitas vezes entre testemunhas do fato criminoso ou, talvez mais frequentemente, entre seus autores, possa porém mudar.

É que, a partir do advento da Lei nº 12.850/2013, passou a existir diferentemente o que sucedia com a Lei nº 9.034/95, um conjunto de parâmetros a que se subordina o emprego, sempre dependente de ordem judicial, da infiltração de agentes, agora subordinada, ainda, ao estabelecimento de um prazo máximo, à impossibilidade de produção de prova por outro meio, a elaboração de relatório periódico circunstanciado e à demonstração das tarefas de que encarregado o agente infiltrado. Ademais, mantido o imprescindível sigilo da infiltração (cuja violação passou a ser definida como crime), definiram-se os direitos do agente infiltrado, bem como a exigência de proporcionalidade em sua atuação e a não punibilidade de condutas típicas alcançada pela inexigibilidade de conduta diversa.

Tal conjunto de regras, postas em vigor desde há quase três anos, se não tornaram, ainda, o emprego da infiltração um fato comum, tendem todavia torná-la frequente, em futuro próximo.

Além dos instrumentos mencionados, previstos na Lei nº 12.850/2013, inseriu ainda a Lei 12.694/2012 disposição, inspirada em experiência internacional, por meio da qual se pretendeu despersonalizar a prestação jurisdicional em certos casos, reduzindo-se assim o risco pessoal a que sujeito o magistrado.

De fato, inspirada na experiência colombiana, em que numeroso magistrados foram eliminados em virtude de terem descontentado, com suas decisões, violentas organizações criminosas, permitiu a lei brasileira, nas hipóteses mencionadas nos incisos do seu art. 1º, a instauração, pelo Juiz, de órgão colegiado. Assim, instaurado tal órgão, com competência limitada ao ato para o qual tenha sido convocado, suas decisões, sempre fundamentadas e firmadas, serão publicadas sem referência a eventual voto divergente.

Além dos instrumentos examinados, especial importância na repressão a organizações criminosas tem a aplicação das disposições da Lei nº 9.613/98, que passou a incriminar prática ordinariamente cometida por organizações criminosas e que constitui, em realidade, condição imprescindível à sua subsistência.

Com efeito, perseguindo organizações criminosas proveito econômico, e sendo tradicionalmente prevista pelo ordenamento jurídico, como já mencionado, a perda dos proventos havidos com a infração, ocultá-los se transformou, em dado instante, numa prática corriqueira entre elas.

Foi tal a percepção que culminou, em 1988, com a elaboração, em 20 de dezembro de 1988, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena (aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14/07/91). Embora voltada para o tráfico de entorpecentes, como o indica seu título, a Convenção, já em seu preâmbulo, acusava a compreensão de que tráfico e organizações criminosas são questões entrelaças, afirmando necessário enfrentá-las com a supressão das vantagens econômicas delas decorrentes.

Por isso ter a Convenção sugerido (art. 7º) aos que a subscreveram até mesmo que considerassem

> […] a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confiscos, na medida em que isso seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Como se vê, pois, traduz a Lei nº 9.613/98, internamente, a adesão do Brasil à ideia de que a repressão às atividades criminosas organizadas deve buscar também a supressão das vantagens econômicas delas decorrentes. E, conquanto não tenha chegado ao ponto, reclamado por muitos, de inverter o ônus da prova no tocante à origem do patrimônio, submeteu-se o crime de lavagem de dinheiro a uma disciplina cujo rigor é compatível com sua gravidade.

Com efeito, como o proveito financeiro é o que move organizações criminosas no sentido da prática dos graves crimes que o precedem, ali se previu causa especial de aumento de pena (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98) em tais casos, prevendo-se, ainda, expressamente, nessas infrações, a inaplicabilidade do disposto no art. 366 do CPP. Desse modo, a ocorrência da revelia não é, em crimes da espécie, obstáculo à marcha do processo (art. 2º, § 2º), que independe, por outro lado, até mesmo da propositura da ação penal pelo crime antecedente. Permite-se, de fato, que a denúncia seja ofertada com indícios suficientes da existência do crime antecedente, ainda que desconhecido seu autor (art. 2º, § 1º). Outras importantes inovações introduzidas, por outro lado, foram a ampliação do prazo para a propositura da ação penal (quando se decretar, cautelarmente, no curso do inquérito, a apreensão ou o sequestro) para 120 dias e a exigência de comparecimento pessoal (art. 4º, § 3º) para conhecimento de pedido de restituição. Ali também se previu, sob inspiração de ordenamentos jurídicos estrangeiros que o haviam empregado com êxito, colaboração processual de maior extensão, pois passou-se a admitir até mesmo a concessão do perdão judicial ao que auxilie a apuração de infrações, a identificação de autores ou a localização de bens, direitos ou valores que sejam seu objeto.

Ainda no campo da colaboração processual, deve ser objeto de registro o advento, em 1999, da Lei nº 9.807/99, que veio a introduzir meios de proteção à testemunha e aos réus colaboradores.

No que se refere às vítimas e testemunhas, pode o pedido de sua inclusão no programa ser encaminhado (art. 5º) pelo interessado, pela autoridade policial, por órgãos públicos ou entidades com atribuições na defesa dos direitos humanos ou pelo Ministério Público. Ao Ministério Público é que toca, por outro lado, a atribuição de manifestar-se sobre a inclusão ou exclusão no programa, que deve levar

> […] em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova (art. 2º).

Como depende o ingresso no programa de anuência do interessado, é imperativo seja previamente cientificado das providências que isolada ou cumulativamente podem ser adotas (art. 7º), do prazo máximo de sua duração (art. 11) e da possibilidade de exclusão por conduta incompatível (art. 10).

No que concerne ao réu colaborador, por sua vez, permite a Lei até mesmo a concessão de perdão judicial (art. 13) em casos em que a colaboração permita a identificação de outros concorrentes do delito, a localização de vítima com integridade preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. Ademais, ainda que impossível, no caso concreto, em atenção ao disposto no art. 13, parágrafo único, a concessão do perdão judicial, prevê-se diminuição da pena (art. 14), em caso de condenação, bem como as medidas protetivas a que se refere o art. 15. Por fim, entre as normas legais que de algum modo favorecem o enfrentamento às organizações criminosas, figura a Lei nº 10.792/2003, que pôs termo a enorme controvérsia então existente acerca da possibilidade ou não de aplicação, por meio de resolução, do Regime Disciplinar Diferenciado. Por isso que, desde o seu advento, sujeitam-se às restrições previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 52 da Lei nº 7.210/84, entre outros, aqueles sobre os quais *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*.

Representou a inserção do preso no Regime Disciplinar Diferenciado entre as sanções disciplinares admitidas no direito brasileiro um importante avanço, que se encontra historicamente vinculado ao incremento das ações de organizações criminosas nascidas e abrigadas no interior de presídios brasileiros.

De fato, embora em alguns casos fossem bastante conhecidas suas lideranças, muito pouco se podia fazer contra organizações criminosas instaladas em estabelecimentos prisionais, tendo em vista que consideravelmente facilitadas se achavam suas comunicações com o mundo exterior. Esse, aliás, foi o maior ganho produzido pela adoção do RDD no direito brasileiro: tornar possível inibir a comunicação de líderes presos

de organizações criminosas com seus componentes livres, inibindo-se assim o pleno funcionamento de suas cadeias de comando. É, em consequência, instrumento que pode, em casos específicos, produzir excelentes resultados.

Finalmente, registre-se que ao fenômeno do avanço das ações de organizações criminosas deve dedicar-se grande atenção. Suas ações impulsionam numerosas outras práticas criminosas, comprometendo, assim, a eficiência e, por consequência, a própria credibilidade do Ministério Público e do Poder Judiciário, em especial, e do Estado, de um modo geral. Em decorrência disso, é provável que, em breve tempo, a matéria venha a ser objeto de novo regramento, convertendo-se em lei algum dos projetos que no Congresso Nacional presentemente têm curso.

13.2. Ementário de legislação pertinente

- Decreto Legislativo nº 162, de 1991 – Aprova o texto da Convenção contra o tráfico de entorpecentes e de substancias psicotrópicas, aprovada em Viena, em 20 de dezembro de 1988.
- Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 – Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.
- Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 – Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.
- Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências.
- Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 – Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.
- Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 – Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências.
- Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.
- Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012 - Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.
- Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Referências bibliográficas

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997. 373p.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 580 p.

KRAUTHAUSEN, Ciro; SARMIENTO, Luis Fernando. **Coca & Co.** Um Mercado Ilegal por Dentro. 1 ed. Bogotá: Tercer Mundo, 1991. 239 p.

MELLO, Frederico Pernambucano de. **Guerreiros do Sol**. Violência e Banditismo no Nordeste do Brasil. 4 ed. São Paulo: A Girafa, 2005. 458p.

PELEGRINI, ANGIOLO; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Criminalidade Organizada**. 1 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. 103 p.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Justiça Penal**. O Crime Organizado. 1 ed. São Paulo: RT, 1995. 262 p.

SAAVEDRA ROJAS. **La Convencción de Viena y El Narcotráfico**. 1 ed. Bogotá: Themis, 1991. 178p.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**. Procedimento Probatório. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 179 p.

14. Atuação especializada na área eleitoral

Autor/Organizador: Promotor de Justiça Edson de Resende Castro

As funções do Ministério Público Eleitoral são exercidas, por força da Lei Complementar nº 75/93, pelo Ministério Público Federal. Junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), sua atuação se dá por meio do Procurador-Geral Eleitoral, que é o Procurador-Geral da República. Nos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), atua o Procurador Regional Eleitoral, designado pelo Procurador-Geral do Estado (PGE) entre os Procuradores da República no respectivo Estado, para mandato de dois anos, admitida a recondução.

Nas Zonas Eleitorais, primeira instância da Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público Eleitoral são exercidas pelo Promotor Eleitoral, que é designado pelo Procurador Regional Eleitoral mediante indicação do Procurador-Geral de Justiça.

Percebe-se, então, que as funções eleitorais do Ministério Público são exercidas, na primeira instância, pelo Ministério Público Estadual (MPE), por força da delegação contida na mencionada Lei Complementar. Sempre que houver mais de um Promotor de Justiça na comarca sede da zona eleitoral, as funções serão exercidas pelo período de dois anos, mediante rodízio, na forma da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Como o objetivo desta obra é fornecer elementos para a atuação do Promotor de Justiça, este capítulo se aterá ao exercício das funções do Promotor Eleitoral, não alcançando, portanto, as atribuições dos Procuradores Geral e Regional.

- 14.1. Atuação no alistamento eleitoral
- 14.2. Atuação no controle das filiações partidárias
- 14.3. Atuação nas prestações de contas partidárias
- 14.4. Atuação na propaganda eleitoral extemporânea
- 14.5. Atuação no período de convenções partidárias
- 14.6. Atuação no registro das candidaturas
- 14.7. Atuação na propaganda eleitoral
- 14.8. Atuação no dia das eleições, na apuração e na totalização dos resultados
- 14.9. Atuação na diplomação dos eleitos
- 14.10. Atuação na pós-diplomação
- 14.11. Atuação no Direito Penal Eleitoral

14.1. Atuação no alistamento eleitoral

Independentemente da realização de eleições, mas já visando à sua preparação, o cadastro geral de eleitores, administrado pela Justiça Eleitoral, é alimentado pelo alistamento eleitoral, hoje integralmente disciplinado pela Resolução TSE nº 21.538/2003.

Compreende-se como alistamento eleitoral o procedimento de admissão do brasileiro – que preencher os requisitos da Lei – em um determinado corpo eleitoral, conferindo-lhe capacidade eleitoral ativa naquela circunscrição eleitoral, ou seja, o direito de votar.

Se o brasileiro ainda não é eleitor – ou se já o foi e teve a sua inscrição cancelada –, o alistamento se dá pela inscrição, a partir da qual passa a integrar não só o corpo de eleitores do município de seu domicílio como também o cadastro geral de eleitores, que forma o corpo eleitoral nacional. A inscrição exige o preenchimento de alguns requisitos, entre os quais se destacam o pleno gozo dos direitos políticos e o domicílio eleitoral.

Quanto aos direitos políticos, registre-se que todo brasileiro os possui, desde que não esteja incluído em alguma das hipóteses de perda ou suspensão previstas no art. 15 da Constituição Federal.

O domicílio eleitoral é o lugar de residência ou de vínculos laborais, patrimoniais, familiares, sociais ou políticos do alistando e está previsto no art. 42 do Código Eleitoral. É diferente, portanto, do domicílio civil, que exige a residência com ânimo definitivo.

De outro lado, se o brasileiro já é eleitor e altera seu lugar de residência para município diverso, o procedimento a ser verificado é o da transferência de domicílio eleitoral, que pressupõe, portanto, que o requerente já integre o cadastro geral de eleitores. Para que esse eleitor seja admitido na nova circunscrição, será necessária a demonstração da residência mínima de três meses e de já haver transcorrido pelo menos um ano da inscrição ou da última transferência, requisitos dispensáveis quando se tratar de eleitor servidor público ou de membro da sua família que houver sido removido ou transferido pela administração (art. 55 do Código Eleitoral e art. 18 da Resolução TSE nº 21.538/2003).

Sobressai, pela sua importância na atuação do Ministério Público Eleitoral, o requisito domicílio eleitoral ou residência. De fato, o requerente de inscrição ou transferência terá que informar à Justiça Eleitoral um endereço na circunscrição em que pretende exercer sua capacidade eleitoral ativa e passiva, o que é feito no ato do alistamento, através do Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE). Não raro, há falsidade dessa afirmação. E, se essa irregularidade não for detectada, o alistando terá seu alistamento deferido e exercerá irregularmente o direito de voto no município. E mais: também poderá candidatar-se a cargos públicos eletivos na circunscrição, visto que a respectiva condição de elegibilidade – domicílio eleitoral –prova-se pelo alistamento.

Não obstante seja administrativo o procedimento do alistamento eleitoral, é imprescindível o acompanhamento atento do Promotor Eleitoral, requerendo diligência de verificação da veracidade do domicílio ou da residência eleitoral, opinando contrariamente ao deferimento do pedido ou recorrendo da decisão, ou mesmo propondo a ação de exclusão prevista no art. 77 do Código Eleitoral, quando o alistamento já se houver operado e a falsidade for descoberta posteriormente. Para todos esses pronunciamentos ministeriais, há peças de sugestão no portal eleitoral (www.mpmg.mp.br/cael).

Esse trabalho de acompanhamento permite a detecção de declaração falsa de endereço à Justiça Eleitoral, evitando-se o alistamento irregular ou deflagrando-se a ação penal correspondente (arts. 289 e 350 do Código Eleitoral).

14.2. Atuação no controle das filiações partidárias

O brasileiro que estiver em pleno gozo dos seus direitos políticos e regularmente alistado como eleitor, portanto com capacidade eleitoral ativa, poderá exercer atividade político-partidária, mediante filiação a agremiação de sua preferência.

Os partidos políticos têm sua criação, seu funcionamento e sua extinção regulados pela respectiva lei orgânica – Lei nº 9.096/95 –, cuja matriz constitucional assenta-se no art. 17 da CF/88, nela destacando-se a autonomia para o estabelecimento de suas próprias regras e rotinas.

A filiação partidária, dentro desse contexto de autonomia partidária, é relação que se passa entre o eleitor e o partido político, pressupondo requerimento daquele e preenchimento das condições estatutárias deste. Esse requerimento normalmente é instrumentalizado com o preenchimento da ficha de filiação, segundo modelo adotado pelo partido, que passa a compor os arquivos da agremiação.

Não obstante a dita autonomia partidária e sua desvinculação da estrutura estatal, interessa à Justiça Eleitoral o arquivamento de informações relativas aos filiados dos diversos partidos, seja para comprovação oportuna da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, da Constituição Federal – filiação partidária desde pelo menos um ano antes da eleição – seja para evitar que um mesmo brasileiro exerça essa atividade partidária em mais de um partido político simultaneamente.

Assim, a Lei nº 9.096/95 impõe aos partidos a obrigação de entregar à Justiça Eleitoral, em abril e em outubro, a lista atualizada de seus filiados. Alimentado com todas as listas, o sistema informatizado de controle das filiações faz o cruzamento dessas informações, apontando eventuais duplicidades, ou seja, o aparecimento de um mesmo eleitor em mais de uma lista de filiados. Com essa constatação, torna-se necessária a instauração de procedimento de apuração do ilícito.

De fato, diz o art. 22 da mencionada Lei nº 9.096/95 que o filiado que pretender migrar para outro partido poderá providenciar sua nova filiação, bastando que comunique esse ato – nova filiação – ao partido anterior e à Justiça Eleitoral no dia imediatamente seguinte. Assim procedendo, ele passará a integrar a lista de filiados no seu novo partido e, naturalmente, será retirado da lista do partido abandonado, não aparecendo em duas listas quando do mencionado cruzamento de dados. Mas se a dupla comunicação – ao partido anterior e à Justiça Eleitoral, repita-se – não é feita até o dia seguinte ao ato, ambas as filiações são tidas consideradas nulas.

O procedimento que se instaura na zona eleitoral da última filiação visa exatamente apurar as circunstâncias dessa duplicidade e declarar a nulidade de ambas as filiações. Com a Resolução nº 23.117/2009, consagrou-se a necessidade de notificação ao filiado e aos partidos envolvidos na duplicidade, para garantia do direito constitucional à ampla defesa. Quando o Juiz Eleitoral se apressa à declaração de nulidade, sem estabelecer o contraditório, sua decisão torna-se nula.

> Da Duplicidade de Filiação Partidária
> Art. 12. Detectada duplicidade de filiação, serão expedidas, pelo Tribunal Superior Eleitoral, notificações ao filiado e aos partidos envolvidos;
>
> [...]
>
> 2° A competência para processo e julgamento da duplicidade identificada será do juízo eleitoral em cuja circunscrição tiver ocorrido a filiação mais recente, considerando-se a data de ingresso no partido indicada na respectiva relação.
>
> 3° As partes envolvidas terão o prazo de 20 (vinte) dias para apresentar resposta, contados da realização do processamento das informações.
>
> 4° Expirado o prazo de que trata o 9 3° deste artigo, nos 10 (dez) dias subsequentes, o juiz eleitoral declarará a nulidade de ambas as filiações, caso não haja comprovação da inexistência da filiação ou de regular desfiliação.

Quase sempre as defesas se fundam na alegação do eleitor de que, quando da sua segunda filiação, nem mesmo se lembrava da primeira, daí a ausência das comunicações, o que não afasta a incidência da nulidade. Deve ser objeto de especial atenção a alegação do eleitor de que não se filiou a um dos partidos envolvidos, o que se resolve com a requisição, pela Justiça Eleitoral, das fichas de filiação, porque nelas deve estar aposta a assinatura do filiado.

A jurisprudência do TSE tem admitido que, se a dupla comunicação (ao partido e à Justiça Eleitoral) não for feita no dia imediato, porém antes do envio da lista semestral (abril ou outubro), a negligência do filiado poderá ser relevada, afastando-se a nulidade e mantendo-se a última filiação.

Embora também procedimento administrativo, indispensável a participação do Promotor Eleitoral desde o seu deflagrar, cuidando da regularidade processual e emitindo parecer final. Essa peça também encontra sugestão no portal eleitoral, no endereço www.mpmg.mp.br/cael.

14.3. Atuação nas prestações de contas partidárias

Anualmente, mais exatamente até o dia 30 de abril, os partidos políticos devem apresentar à Justiça Eleitoral sua prestação de contas, registrando suas receitas e despesas ao longo do ano anterior.

Dessa prestação de contas tem vista o Promotor Eleitoral, que deve atentar-se para a não rara ocorrência de falsidade pela omissão principalmente de receitas, do que resulta a omissão das despesas por elas sustentadas. Quando a prestação de contas diz respeito a ano ímpar, em que não há eleições, é comum o diretório municipal declarar a ausência de movimentação, apresentando prestação de contas zero, o que dificilmente corresponde à realidade, porque o partido não se livra de despesas inevitáveis, como o aluguel de sua sede, as contas de fornecimento de água, energia elétrica e telefone e, principalmente, a remuneração do profissional incumbido da sua contabilidade. Para satisfação dessas despesas, o partido terá recebido doações, ainda que dos seus próprios dirigentes, as quais não estão dispensadas dos registros contábeis. Mesmo quando, por exemplo, o imóvel é cedido gratuitamente ao partido e o profissional nada cobra pelos seus serviços, a contabilidade deve registrar esses movimentos a título de doação em bens ou serviços estimáveis em dinheiro.

Disso decorre que, a rigor, não há movimentação zero e a prestação de contas deve espelhar a realidade, registrando as doações recebidas e as despesas liquidadas.

Havendo movimentação de dinheiro, indispensável o seu trânsito pela conta-corrente do partido, até porque a prestação de contas deve ser instruída, entre outros documentos, do extrato bancário.

No exame da prestação de contas, o Promotor Eleitoral deve verificar se há indícios de falsidade ou omissão de informações e desvio de recursos do partido. Algumas diligências podem ser requeridas no próprio procedimento da prestação de contas, como a juntada do contrato de locação ou comodato do imóvel sede do partido, o contrato de prestação de serviço com o contador, entre outras. Havendo suspeita de prática de crime (ex.: falsidade ideológica eleitoral e apropriação indevida de recursos), deve ser requisitada a instauração de inquérito à Polícia Federal – que é a polícia judiciária eleitoral – ou à Polícia Civil – se aquela não estiver presente na localidade.

Bom lembrar que a rejeição das contas do partido deve ser comunicada pelo Juiz Eleitoral ao TRE, para efeito de suspensão do repasse das cotas do fundo partidário, consequência administrativa que atinge apenas a unidade partidária responsável pela irregularidade, no caso, o diretório municipal.

14.4. Atuação na propaganda eleitoral extemporânea

Sabe-se que a propaganda eleitoral só pode ter início após 5 de julho do ano da eleição, conforme dispõe o art. 36 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97). Antes disso, qualquer mensagem dirigida ao eleitor com a finalidade de convencê-lo ao voto constitui ilícito eleitoral de natureza cível, punido com a multa prevista no § 3º do mencionado artigo.

Desde o momento em que se iniciam na localidade as cogitações de candidaturas, é possível falar-se em propaganda eleitoral extemporânea. Como a legislação eleitoral não impõe termo inicial para a incidência do tipo infracional referido (art. 36, § 3º), pode-se questionar na Justiça Eleitoral a conduta daquele que leva ao eleitor a mensagem da candidatura, própria ou de terceiro, com pedido expresso ou disfarçado de voto, mesmo quando praticada no ano anterior ao da eleição. É certo que, quanto mais distante da data do pleito, mais difícil se torna a caracterização da propaganda eleitoral, quando subliminar, porque essa espécie de propaganda – a subliminar – revela-se pela potencialidade de a mensagem ser percebida e apreendida pelo eleitor como processo de convencimento ao voto. O que é importante, portanto, é a detecção de apelo eleitoral na mensagem, esteja ele implícita ou explicitamente manifestado.

Principalmente no ano de eleição, o Promotor Eleitoral deve estar atento à movimentação política na zona eleitoral da sua atuação, para perceber o quanto antes a veiculação de propaganda eleitoral.

O ideal é a atuação preventiva, convocando-se os dirigentes partidários nos municípios que integram a zona para reuniões periódicas, abordando os assuntos de interesse do momento e orientando sobre limites e proibições legais. A recomendação ministerial, instrumento previsto na Lei Orgânica do Ministério Público, deve ser prestigiada, e sua entrega pode ser feita ao final da reunião, depois de comentada ela própria e esclarecidas as dúvidas dos destinatários. E nunca é demais lembrar que a recomendação do Ministério Público (MP) tem caráter de orientação genérica e, portanto, destina-se a contribuir para o aprimoramento do processo. Nesse contexto, sua expedição pelo Promotor Eleitoral é de interesse dos próprios partidos e candidatos, pois pode levá-los a não praticar o ilícito, evitando-se a imposição de sanções.

No caso de haver notícia do cometimento da infração aqui tratada – propaganda eleitoral extemporânea – o Promotor Eleitoral deverá reunir os elementos probatórios necessários para a propositura da Representação a que se refere o art. 96 da Lei nº 9.504/97. Como essa ação eleitoral obedece ao rito ali traçado, sumaríssimo, a inicial deve ser instruída com a prova necessária ao julgamento, porque não haverá dilação probatória. Assim, o fato deve ser documentado com fotografias, certidão de constatação do Oficial do MP ou do Oficial de Justiça, entre outras providências. Se o ilícito tiver sido gravado, a inicial deverá acompanhar-se da respectiva fita, do CD ou do DVD e seu conteúdo transcrito em duas vias, o que pode ser feito por certidão do Oficial do MP, sem necessidade de perícia. No portal eleitoral, há modelos de recomendação e representação.

Atenção especial deve ser dada nas hipóteses em que a propaganda antecipada foi feita por um terceiro, não pelo próprio candidato. Neste caso, a representação deve ser oferecida em face do responsável pela veiculação da propaganda e, se houver elementos para concluir que o candidato tem conhecimento do fato, também em face deste. Se as circunstâncias do caso concreto não autorizarem concluir pelo prévio conhecimento do candidato, ele poderá ser constituído em mora, mediante notificação ou recomendação do próprio MPE para que cesse ou retire a propaganda.

14.5. Atuação no período de convenções partidárias

Os partidos políticos, para definição das candidaturas e coligações, realizam suas convenções, que são uma espécie de assembleia geral da agremiação, para a qual são convocados seus filiados com direito a voto, chamados *convencionais*. A Lei nº 9.504/97 fixa o período de 10 a 30 de junho do ano da eleição para a realização das convenções oficiais, ou seja, as que se destinam à escolha de candidatos e à decisão sobre coligações. Não obstante possam os partidos fazer convenções em outras épocas, as que são levadas em conta para o registro de candidatura devem realizar-se no período aqui mencionado.

Nessa fase do processo eleitoral, a atenção do Promotor Eleitoral deve voltar-se para a prática de propaganda eleitoral em meio à propaganda intrapartidária autorizada pelo art. 36 da Lei das Eleições. Como propaganda intrapartidária entende-se a mensagem do pré-candidato, dirigida aos convencionais do partido, com o objetivo de convencê-los à indicação do seu nome. Se a mensagem transborda esse objetivo e alcança os eleitores, com sugestão do nome ao voto nas eleições, a conduta deve ser objeto de representação por propaganda eleitoral extemporânea.

14.6. Atuação no registro das candidaturas

Após realizadas as convenções, os partidos e coligações levam à Justiça Eleitoral seus pedidos de registro de candidatura. Aqui, salienta-se que a legitimidade para o pedido de registro é do partido – quando disputando as eleições isoladamente – ou da coligação. Nesse caso, representa a coligação aquele que assim for indicado pelos diversos partidos que a compõem ou pelos presidentes dos partidos coligados, assinando conjuntamente o pedido. De qualquer forma, os partidos coligados não podem se dirigir isoladamente à Justiça Eleitoral, para o que quer que seja, pois a legitimidade passa a ser da coligação.

Fixa a Lei nº 9.504/97 a data de 5 de julho do ano da eleição como termo final para o requerimento de registro de candidaturas formulado pelo partido/coligação. Aquele candidato regularmente escolhido na convenção que teve o seu nome omitido no pedido de registro do partido/coligação poderá dirigir-se diretamente ao Juiz Eleitoral, com requerimento de sua inclusão na lista, desde que o faça nas 48 horas seguintes à publicação da lista dos candidatos pela Justiça Eleitoral.

Passada essa data, a lista de candidaturas só sofrerá alterações para a substituição de candidatos inelegíveis, ou que tiverem seu registro indeferido, ou que morrerem ou renunciarem. Essa substituição deve ser requerida pelo partido/coligação no prazo de dez dias, contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição. Se a vaga surgir na chapa que disputa a eleição majoritária (prefeito e vice, governador e vice, presidente e vice e senador e suplentes), a substituição poderá ser feita, observados os dez dias, até a antevéspera da eleição. Mas a substituição de candidatos às eleições proporcionais (vereadores e deputados estaduais e federais) ainda deve observar, além dos mencionados dez dias, outra condicionante: não se dar nos sessenta dias anteriores à eleição. É que a Lei nº 9.504/97 não admite a inclusão de novos nomes de candidatos às eleições proporcionais nesse período. Nomes de candidatos às eleições proporcionais podem também ser acrescentados à lista quando a convenção partidária não tiver sufragado o número máximo permitido: 150% do número de cadeiras a preencher no parlamento – para o partido isoladamente – ou 200% desse número – para a coligação. São as chamadas candidaturas remanescentes, que também se submetem ao termo final dos sessenta dias já mencionados. Na formação dessa lista, o partido/coligação deve observar as cotas de gênero: mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, que se tornaram obrigatórias a partir da Lei nº 12.034/2009.

Com os pedidos de registro, a Justiça Eleitoral publica os editais de candidatura, divulgando a lista dos candidatos por partido, a partir de quando corre o prazo de cinco dias para a impugnação, inclusive para o Ministério Público.

Como o Ministério Público Eleitoral é um dos legitimados ativos, conforme o art. 3º da Lei Complementar nº 64/90, cabe ao Promotor Eleitoral examinar a situação de cada um dos candidatos às eleições municipais, para propor a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) em relação àqueles que não reunirem as condições de elegibilidade ou que incorrerem em causas de inelegibilidade.

Necessário, então, conhecer as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade dispostas no ordenamento jurídico eleitoral, basicamente nos arts. 14 e 15 da CF/88 e na Lei Complementar nº 64/90, devendo-se recorrer à doutrina especializada e à jurisprudência dos tribunais eleitorais.

14.7. Atuação na propaganda eleitoral

Estabelece o art. 36 da Lei nº 9.504/97 que a propaganda eleitoral é permitida após 5 de julho do ano da eleição, portanto, candidatos, partidos e coligações só podem fazê-la de 6 de julho em diante. Antes disso, a propaganda eleitoral é ilícita, por extemporânea, caracterizando a infração já examinada.

A propaganda eleitoral é orientada pelo princípio da liberdade, daí ser permitida toda e qualquer mensagem aos eleitores, desde que não haja vedação legal. Ou seja, é permitido, na propaganda eleitoral, aquilo que não está proibido pelo ordenamento jurídico.

De qualquer forma, a propaganda eleitoral é feita sob a responsabilidade dos candidatos, partidos ou coligações, que inclusive respondem – os partidos solidariamente e os candidatos quando tiverem conhecimento dela – pelos excessos praticados por adeptos da sua campanha: cabos eleitorais, etc., conforme art. 241 do Código Eleitoral e art. 40-B, da Lei nº 9.504/97. E deve, sempre, fazer expressa menção ao partido (ou coligação) pelo qual o candidato disputa a eleição. Se não satisfeita essa exigência, pode ser apreendida pelo Juiz Eleitoral, no exercício do seu poder de polícia eleitoral, de ofício ou por provocação do Promotor Eleitoral.

A distribuição de impressos em geral, folhetos e volantes é reconhecida no art. 38 da Lei das Eleições como livre e independente de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral. Aquele que a promover deve atentar-se, tão somente, para a necessidade de preservar pessoas e instituições das afirmações inverídicas, caluniosas, injuriosas e difamantes, pois tais condutas são tipificadas no Código Eleitoral como crime (arts. 323, 324, 325 e 326). A panfletagem, porém, não pode ocorrer no interior dos bens pertencentes ao poder público (prédios e veículos) nem nos bens particulares de uso comum, visto que em tais locais é vedada a veiculação de qualquer propaganda eleitoral (art. 37 da Lei nº 9.504/97). Quando a propaganda ultrapassa tais limites, a Promotoria Eleitoral deve representar à Justiça Eleitoral (art. 96 da mesma Lei) para a imediata cessação da conduta, com a apreensão do material, e requisitar, quando a conduta também caracterizar crime, a instauração de inquérito policial.

Também não depende de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral a fixação, em propriedades particulares, de faixas, placas, cartazes e banners, bem como pintura e inscrições em muros e fachadas, desde que se obtenha autorização do proprietário, que deve ser gratuita (art. 37, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Já para as eleições de 2008, o TSE passou a entender que a propaganda feita em muros e fachadas dos imóveis particulares se submete ao limite de 4m2, o que agora foi consagrado na Lei nº 12.034/2009. Assim, essa propaganda eleitoral, para comportar-se como lícita, deve limitar-se àquela medida. Se superior, será equiparada, conforme consolidou a jurisprudência do TSE, a outdoor e estará caracterizada a infração eleitoral do art. 39, § 8º, devendo ser oferecida a representação para retirada da propaganda e aplicação da multa. Deve-se observar, ainda, que a partir da Lei nº 12.034/2009 não mais importam as vedações constantes da legislação municipal sobre quaisquer espécies de propaganda, pois agora a legislação eleitoral se sobrepõe às posturas municipais.

A propaganda com utilização de aparelhagem de som e alto-falantes pode realizar-se em veículos ou nas sedes dos partidos e comitês de campanha, desde que respeitado o limite de horário, que é das 8 às 22 horas para os alto-falantes instalados em veículos e das 8 às 24 horas para os alto-falantes fixos. Essa propaganda também não pode ser feita a menos de duzentos metros de alguns locais especialmente protegidos pela lei eleitoral (art. 39, § 3º: as sedes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis militares, os hospitais, as escolas, as bibliotecas, os teatros e as igrejas). E deve, ainda, observar o direito ao sossego da população em geral, não abusando desses instrumentos sonoros. Como não há previsão de multa para a inobservância dessas regras, a providência limita-se ao poder de polícia, inclusive com apreensão da aparelhagem de som utilizada na propaganda, remetendo-se à Justiça Criminal Comum a notícia de perturbação do sossego.

Na imprensa escrita – jornais e revistas – também é permitida a propaganda eleitoral, paga por candidatos, partidos e coligações, limitada a 1/8 de página de jornal e 1/4 de página de revista, por edição, e a dez anúncios por veículo de comunicação, em datas diversas, ao pé do qual deverá ser informado o valor pago pela inserção. A inobservância desses limites sujeita os responsáveis – candidato, partido, coligação e empresa jornalística – à multa do art. 43, § 2º. Para aplicação dessa multa, o Promotor Eleitoral deve oferecer a Representação prevista no art. 96. E para apurar eventual abuso de poder, se o exagero nas publicações tiver gravidade, considerada a normalidade e legitimidade das eleições, deve ser proposta a investigação judicial eleitoral prevista no art. 22

da LC nº 64/90.

No rádio e na TV, a propaganda eleitoral limita-se ao horário eleitoral gratuito, de duas espécies: a em rede, em que todas as emissoras veiculam a mesma propaganda, com uma única geradora; e as inserções, que são mídias de quinze, trinta ou sessenta segundos veiculadas em meio à programação normal. De qualquer forma, essa propaganda se limita aos espaços distribuídos pela Justiça Eleitoral aos partidos e coligações, segundo a representatividade daqueles na Câmara Federal. É vedada a propaganda paga e, inclusive, o tratamento privilegiado da emissora a candidatos, partidos e coligações em meio à sua programação normal e noticiários. A infração a essas proibições também é apurada mediante a mencionada Representação do art. 96, levando à aplicação de multa e à suspensão das atividades da emissora.

Permitida, por último, a propaganda eleitoral na Internet, conforme previsto nos arts. 57-A a 57-I, da Lei nº 9.504/97, onde é livre a manifestação do pensamento. Veda-se, entretanto, a propaganda paga, como também a sua veiculação em sites de pessoa jurídica e nos hospedados por órgãos ou entidades da administração pública.

De outro lado, é proibida a propaganda eleitoral em bens que pertencem à administração pública (móveis e imóveis) e naqueles cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público (ônibus, táxis, etc.). E, ainda, nos chamados bens particulares de uso comum: centros comerciais, estádios, igrejas, teatros, cinemas, etc. Depois da Lei nº 11.300/2006, até a fixação de faixas, cartazes e banners em postes de iluminação, pontes, passarelas e viadutos passou a ser proibida, em face da nova redação imposta ao art. 37 da Lei nº 9.504/97. A inobservância dessa vedação deve ser apurada mediante a Representação prevista no art. 96, buscando-se a reparação patrimonial do bem atingido e a aplicação da multa. Diante da nova redação do art. 37, § 1º, ditada pela Lei nº 11.300/2006, que sugere a aplicação de multa apenas quando o agente não repara o bem lesado, recomenda-se consulta à doutrina especializada, que vê no dispositivo a possibilidade de cumulação da reparação com a multa.

Restou vedada pela Lei nº 11.300/2006, também, a propaganda eleitoral mediante outdoor, artifício publicitário normalmente explorado por empresas do ramo. E o TSE, já nas eleições de 2006, conceituou o outdoor como painel de propaganda com mais de 4m2, independentemente da sua veiculação em locais reservados às empresas de publicidade e mesmo da sua exploração comercial. Esse entendimento acabou sendo acolhido pela Lei nº 12.034/2009, que fixou o tamanho máximo (4m2) para a propaganda mediante faixas, placas, cartazes e pinturas ou inscrições em bens particulares (art. 37, § 2º), sujeitando-se o infrator às sanções do art. 39, § 8º, o que desperta a necessidade de oferecimento da representação.

> É proibida a veiculação de propaganda eleitoral mediante afixação de placas justapostas, com dimensão total superior a 4m2, contendo apelo visual de outdoor, cuja utilização é vedada pela legislação eleitoral e pela jurisprudência deste Tribunal (art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/97). Precedentes [...]. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 8.824/RS. Relator: Min. José Gerardo Rossi. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2007. Brasília, DF, DJ, 18 dez. 2007, p. 11. Disponível em: < http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 21 jan. 2014.).

Os comícios também receberam novo tratamento, na medida em que agora não mais é possível a apresentação, remunerada ou não, de artistas ou animadores, transformando o evento em *showmício*. Como não há sanção pecuniária específica, deve o Promotor Eleitoral provocar o Juiz Eleitoral ao pronto exercício do poder de polícia, para fazer cessar imediatamente a irregularidade, inclusive diante de inobservância do horário fixado na lei: das 8 às 24 horas. Mas o fato é que a apresentação de artistas nos comícios pode levar à conclusão de inobservância das normas de arrecadação e gastos de campanha, hoje tipificada como infração cível eleitoral punida com a cassação do diploma pelo art. 30-A. O Promotor Eleitoral, por conseguinte, deve ficar atento aos movimentos de campanha e recolher as informações necessárias ao ajuizamento oportuno da representação, pelo rito do art. 22 da LC nº 64/90.

O dar, oferecer, prometer e entregar bens e vantagens de qualquer natureza ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, é conduta tipificada na legislação eleitoral como infração cível (art. 41-A da Lei nº 9.504/97) e como crime (art. 299 do Código Eleitoral). E as sanções são a multa e cassação, no primeiro caso, e reclusão, no segundo. A partir da Lei nº 11.300/2006 – que proibiu a distribuição de brindes de campanha –, a doação de

camisas, bonés, canetas, etc., ainda que contendo a propaganda de candidato ou partido político, caracteriza também a captação ilícita do sufrágio aqui comentada, exatamente porque esses brindes agora não estão entre os gastos lícitos do art. 26. Uma vez noticiada ao MPE essa prática, diligências preparatórias devem ser adotadas, se for o caso, com a instauração de procedimento preparatório ou inquérito civil, a fim de reunir elementos para a propositura da representação, que obedecerá ao procedimento previsto no art. 22 da LC nº 64/90. Segundo expressa disposição legal, o prazo final para essa representação é a diplomação dos eleitos. Se até essa data não for possível ajuizá-la, a matéria ainda poderá ser tratada no *Recurso contra a Diplomação* – art. 262 do Código Eleitoral, cujo prazo é de três dias após a diplomação – e na *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* (AIME) – art. 14, § 10, da CF/88, nos quinze dias posteriores também à diplomação. Em decisão de setembro/2013, o TSE considerou inconstitucional o art. 262, IV, do CE, não admitindo a veiculação de captação ilícita de sufrágio no *Recurso Contra Expedição de Diploma* (RCED). Em face disso – e se o Tribunal insistir no entendimento –, melhor se utilizar da AIME.

O uso da máquina administrativa nas eleições, violando o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos, tem tipificação nos art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/97. Ganha especial atenção a sanção de cassação do registro ou do diploma, prevista no art. 73, § 5º, dirigida agora a todas as condutas enumeradas no *caput* e no § 10, e nos arts. 74, 75 e 77. A par da cassação, há previsão de multa, aplicável a todas as hipóteses. As ditas condutas vedadas aos agentes públicos devem ser objeto de Representação, observado o procedimento do art. 22, da LC nº 64/90, que agora é expressamente recomendado pelo § 12, do art. 73, que também fixa o termo final para a propositura da ação: a data da diplomação dos eleitos.

14.8. Atuação no dia das eleições, na apuração e na totalização dos resultados

Durante todo o dia da eleição, o Promotor Eleitoral deve ficar atento à movimentação de candidatos, partidos e coligações, para tomar todas as providências que forem necessárias à preservação da liberdade de escolha e à manifestação do voto dos eleitores.

Ocorre com alguma frequência o delito denominado *boca de urna*, previsto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, que consiste no aliciamento de eleitores no dia da eleição. Qualquer abordagem ao eleitor, pedindo ou sugerindo o voto, ainda que seja pela silenciosa e aparentemente ingênua distribuição de impressos, volantes e santinhos, caracteriza o mencionado crime eleitoral, sujeitando-se o infrator à condução pela autoridade policial, para a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) correspondente – por se tratar de crime de menor potencial ofensivo – e sua oportuna apresentação ao Juiz Eleitoral.

Também vedados na Lei nº 6.091/74 o transporte e a alimentação de eleitores no dia da eleição, na véspera e no dia seguinte. Somente a Justiça Eleitoral pode prover tais necessidades dos eleitores da zona rural, para tanto podendo requisitar veículos e motoristas da administração pública e organizar quadro de itinerários. O particular, candidato ou não, que fornecer transporte e alimentação a eleitores nesse período comete o crime do art. 11 da dita Lei, sujeitando-se à prisão em flagrante, já que a pena é de quatro a seis anos de reclusão.

Além desse acompanhamento, o Promotor Eleitoral deve visitar pessoalmente as seções eleitorais, tanto mais quanto possível, para levar seu apoio à atividade dos mesários e tomar contato com a realidade dos acontecimentos e, com isso, tendo condições de pensar nas providências eficazes à manutenção da boa ordem eleitoral. Ao final do dia, quando encerrada a votação, deve estar presente no local designado pelo Juiz Eleitoral para o recebimento dos disquetes contendo os boletins de urna (BUs) e lá permanecer até a divulgação dos resultados.

Quando a votação é feita com utilização da urna eletrônica, o trabalho da Junta Eleitoral se resume ao recebimento dos disquetes, sua inserção no sistema e divulgação dos resultados fornecidos pela totalização informatizada do TSE. O Promotor Eleitoral deve acompanhar todo esse movimento, cuidando inclusive para que não haja desvio desse material, o que prejudicaria a finalização da apuração.

Nos casos em que for feita votação em cédulas de papel, a Junta Eleitoral deverá reunir-se logo que fechadas as urnas para a apuração pelo sistema denominado voto cantado, que consiste na leitura do voto e sua digitação em uma urna eletrônica. Esse é o momento de surgimento de impugnações a essa apuração, porque pode ser que o interessado (candidato, partido ou coligação) divirja da interpretação dada pelo escrutinador na leitura do voto. Nesse caso, a Junta Eleitoral terá que decidir esse incidente, colhendo o parecer, oral e imediato, do Promotor Eleitoral.

14.9. Atuação na diplomação dos eleitos

Em eleições municipais, compete à Junta Eleitoral, sob a presidência do Juiz Eleitoral, diplomar os eleitos. Normalmente, designa-se uma data para a entrega solene dos diplomas, ato ao qual deve comparecer o Promotor Eleitoral. Como se trata de mera solenidade, os candidatos eleitos não têm o dever de comparecer e a falta não acarreta prejuízo à diplomação.

Da expedição do diploma, cuja data coincide com a dita solenidade de entrega, correm os prazos para o Recurso contra a Expedição do Diploma (RCED) – 3 (três) dias –, para a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) – 15 (quinze) dias –, para a Representação do art. 30-A – 15 (quinze) dias – e para a Representação por excesso de doação – 180 (cento e oitenta) dias.

14.10. Atuação na pós-diplomação

Realizada a diplomação, iniciam-se, como dito, os prazos para o recurso, a ação de impugnação e as representações.

Se ocorrerem as hipóteses do art. 262 do Código Eleitoral (CE), mormente as inelegibilidades constitucional e superveniente, o Promotor Eleitoral poderá oferecer o RCED no prazo de três dias, instruindo-o com o material probatório de que dispuser. Depois da nova redação dada ao art. 22, XIV, da LC nº 64/90, prevendo que a sentença de procedência da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) cassa também o diploma dos eleitos (não apenas o registro), não mais se justifica o oferecimento deste RCED, se em curso uma Investigação Judicial com a mesma causa de pedir. Ainda mais porque, como dito, o TSE vem pronunciando a inconstitucionalidade do art. 262, IV, do CE.

De outro lado, será possível impugnar o mandato eletivo, através da AIME, a qual deverá ser proposta nos quinze dias contados também da diplomação. Embora seja decadencial esse prazo, a jurisprudência eleitoral entende que o seu termo final prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte, sempre que cair em sábado, domingo ou feriado. Nessa ação, discutem-se abuso do poder econômico (que poderá já ter sido tratado em AIJE e no RCED), corrupção eleitoral (art. 41-A da Lei nº 9.504/97 ou art. 299 do Código Eleitoral, que podem ter sido objeto de representação e ação penal) e fraude na eleição.

Ainda em quinze dias, poderá ser proposta a Representação do art. 30-A, quando revelada a movimentação ilícita de recursos de campanha, ou seja, o recebimento de recursos ilícitos ou de fontes não identificadas e a realização de despesas com fins vedados pela lei, como para a distribuição de brindes, contratação de artistas e animadores de comícios, etc.

Como o Ministério Público é um dos legitimados ativos para essas ações, o Promotor Eleitoral poderá atuar ativamente nesta fase ou, então, acompanhar o seu andamento como *custos legis*.

É preciso lembrar que essas ações, quando intentadas contra diplomados nas eleições majoritárias (prefeito e vice), levam à desconstituição do diploma ou do mandato, daí ser necessária a formação do litisconsórcio passivo entre os que compuseram a chapa vencedora, que é una e indivisível, pois a decisão de procedência afetará ambos, daí surgindo a oportunidade de diplomação e posse da chapa que ficou em segundo lugar ou convocação de novas eleições, tudo a depender da votação conferida à chapa cassada (art. 224, do CE).

E, em 180 dias, pode ser proposta a Representação em face dos doadores de campanha que tenham excedido os limites fixados nos arts. 23 e 81, da Lei nº 9.504/97. Para isso, o TSE envia à Receita Federal a relação de doadores de campanha e recebe de volta uma lista com os que doaram em excesso, legitimando a propositura da ação, com pedido de levantamento do sigilo fiscal, para chegar-se ao valor do excesso e, daí, à multa.

No portal eleitoral há modelo do RCED, da AIME e das Representações.

14.11. Atuação no Direito Penal Eleitoral

Durante todo o processo eleitoral, desde o alistamento, deve o Promotor Eleitoral permanecer atento às práticas delitivas de eleitores e candidatos, lamentavelmente ainda comuns.

Na inscrição ou na transferência, ocorre a afirmação falsa de domicílio eleitoral ou residência, conduta que caracteriza, em tese, os tipos penais dos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral. Também pode tipificar a falsidade ideológica eleitoral (art. 350) a inserção de informação falsa ou a omissão relevante no procedimento do registro de candidatura, quando candidatos e partidos declaram dados pessoais e partidários relevantes à apreciação da viabilidade das candidaturas e da participação nas eleições.

Durante a campanha eleitoral, as ofensas praticadas por candidatos, uns contra os outros, podem caracterizar os crimes eleitorais de injúria, calúnia e difamação, cuja ação penal é pública incondicionada, cabendo a iniciativa, portanto, privativamente ao Ministério Público Eleitoral.

No dia da eleição, como dito, há significativa incidência da boca de urna, crime previsto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, e do transporte e da alimentação de eleitores, este tipificado na Lei nº 6.091/74. Prévia reunião com as Polícias Civil e Militar – sugestão de roteiro no endereço eletrônico da Coordenação Eleitoral –, para ajustar a estratégia de atuação nas vésperas e no dia da votação, é bastante produtivo sempre.

A atuação do Promotor Eleitoral, diante de notícia de crimes eleitorais, que são, repita-se, todos de ação penal pública incondicionada, deve dirigir-se à apuração do ilícito, mediante requisição de inquérito policial à Polícia Federal (polícia judiciária eleitoral) ou à Polícia Civil local, quando houver dificuldade daquela principalmente pela inexistência de Delegacia Federal na comarca. Com os elementos de convicção disponíveis, as opções são as da lei processual penal: arquivamento ou denúncia.

No portal eleitoral também há modelos de denúncia em algumas hipóteses típicas.

15. Atuação especializada no direito à educação

Autora/Organizadora:
Promotora de Justiça Maria Elmira Evangelina do Aramal Dick

- Necessária compreensão do tema
- Ementário de legislação pertinente
- Jurisprudência
- Referências bibliográficas

Necessária compreensão do tema
Fundamento legal

A Constituição Federal de 1988 consagrou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (art. 1º, II e III). Nesse contexto, a educação recebeu tratamento de destaque, como instrumento indispensável para a formação plena da pessoa humana. Incluída entre os direitos sociais – Capítulo II do Título II –, a educação aparece como "[...] direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205, *caput*).

Idosos

Os dispositivos legais dedicados ao direito à educação dos idosos são: "[...] igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I), "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (art. 208, I). A necessidade de se assegurar educação para todos, inclusive jovens e adultos, no mundo inteiro, é reafirmada na Conferência Mundial sobre Educação para Todos, ocorrida em Jomtien, na Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. O documento produzido naquela oportunidade – Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem – aponta que cada pessoa (criança, jovem ou adulto) deve estar em condições de aproveitar as oportunidades educacionais voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem. Essas necessidades compreendem tanto os instrumentos essenciais para a aprendizagem, quanto os seus conteúdos básicos.

A Lei Federal nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases Da Educação Nacional – LDB) destacou, no Título V (Dos Níveis e Das Modalidades de Educação e Ensino), no Capítulo II (Da Educação Básica), na Seção V, a forma de organização da Educação de Jovens e Adultos (EJA) no país. Especificamente em relação aos idosos, a Lei Federal nº 10.741/03 dispõe que a educação deve respeitar sua peculiar condição de idade (artigo 20). Nesse sentido, o Poder Público criará oportunidades de acesso dos idosos à educação, com a adequação do currículo, de metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados. Os cursos especiais para idosos deverão incluir conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna (artigo 21).

Aspectos práticos e pedagógicos

O que é Educação de Jovens e Adultos (EJA)

De acordo com a LDB, a educação de jovens e adultos é a modalidade de ensino destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria (artigo 37).

Onde e como deve ser oferecida a EJA

Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente a jovens e adultos as oportunidades educacionais apropriadas e devem ser consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames. Cabe ao Poder Público viabilizar e estimular o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si. Além disso, os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular. Os exames supramencionados realizar-se-ão no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos (art. 38, § 1º, I, da LDB), e no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos (art. 38, § 1º, II, da LDB).

Pessoas com deficiência

Os dispositivos legais dedicados à inclusão escolar das pessoas com deficiência são: "a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I), "o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino" (art. 208, III), "a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (art. 208, V), "a responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento ou a oferta irregular do ensino obrigatório" (art. 208, § 2º).

O crescente movimento de inclusão das pessoas com deficiência ganhou força com a Lei Federal nº 7.853/89, que trata da política nacional de apoio à pessoa com deficiência, amparando, entre outros, o direito à educação. Regulamentando aquele diploma, sobreveio o Decreto Federal nº 3.298/99, que caracterizou a educação especial como um processo flexível, dinâmico e individualizado, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios.

A Conferência de Jomtien (1990) também afirmou a necessidade da adoção de medidas que garantam a igualdade de acesso à educação às pessoas com todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educacional. Outro importante instrumento cujos postulados foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, a Declaração de Salamanca, produzida durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas, realizada na Espanha, de 7 a 10 de junho de 1994, vê nas escolas regulares de orientação inclusiva o meio mais eficaz de "[...] combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos" (item 2). A LDB traçou, no Capítulo V, os contornos da educação especial (artigo 58 e seguintes).

Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência (aprovada pelo Conselho Permanente na sessão realizada em 28 de maio de 1999, na Guatemala), documento que enfatiza a primazia da educação inclusiva em detrimento da educação segregada ao objetivar a prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, propiciando a sua plena integração à sociedade.

Os preceitos ali formulados estão inseridos no ordenamento pátrio, uma vez que o Brasil é seu signatário, por meio da aprovação do Decreto Legislativo nº 198/01 e promulgação do Decreto Federal nº 3.956/01, da Presidência da República. Em 2001, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei Federal nº 10.172/2001, trouxe entre os objetivos e metas para a Educação Especial a generalização, no prazo de dez anos, do atendimento dos alunos com necessidades especiais na educação infantil e no ensino fundamental, inclusive mediante consórcios entre municípios, quando necessário, provendo, nestes casos, o transporte escolar. Além disso, prevê a oferta, dentro de cinco anos, de livros didáticos falados, em braile e em caracteres ampliados, para todos os alunos cegos e de baixa visão do ensino fundamental.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao Estado o dever de assegurar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 54, inciso III). O Decreto Federal nº 5.296/2004, regulamentando as Leis nº 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, determina que:

> [...] os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários (artigo 24).

O Conselho Nacional de Educação (CNE), integrante da estrutura da administração direta do Ministério da Educação e Cultura (MEC), expediu a Resolução Federal nº 02/2001, que institui diretrizes nacionais para a educação especial na Educação Básica.

Mais recentemente, adveio o Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Esse diploma trata do apoio técnico e financeiro prestado pela União aos sistemas públicos de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação matriculados na rede pública de ensino regular (artigo 1º).

Outro importante documento é a resolução anexa ao Parecer CNE/CEB nº 13/2009, que institui diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica, modalidade educação especial.[1)] No âmbito estadual, a Constituição Mineira assegura o

> [...] atendimento educacional especializado ao portador de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, com garantia de recursos humanos capacitados e material e equipamento públicos adequados, e de vaga em escola próxima à sua residência (art. 198, III).

A Resolução nº 451/2003 do Conselho Estadual de Educação fixa normas para atendimento das necessidades educacionais especiais em Minas: traça os objetivos, enuncia os princípios e estabelece os procedimentos a serem adotados pelas instituições das redes pública e privada de ensino.

Aspectos práticos e pedagógicos

O que é educação especial

Entende-se por educação especial a modalidade oferecida aos alunos com necessidades educacionais especiais, permanentes ou transitórias, para garantir-lhes o desenvolvimento de suas potencialidades, devendo ser ofertada em todos os níveis (educação básica – infantil, ensino fundamental, ensino médio – e educação superior) e demais modalidades da educação escolar (educação de jovens e adultos, educação profissional e educação indígena).

A quem se destina a educação especial

As necessidades educacionais especiais podem ser múltiplas, diferenciadas ou relacionadas com vários fatores e causas. São assim destinatários da educação especial os educandos que apresentam:
a) diferenças significativas no processo de aprendizagem, exigindo adaptações e apoio específicos;
b) deficiência física, motora, sensorial, mental ou múltipla;
c) condutas típicas – manifestações de comportamento típicas de síndromes e quadros psicológicos complexos, neurológicos ou psiquiátricos persistentes que ocasionam prejuízo no desenvolvimento e no relacionamento social;
d) talentos ou altas habilidades.

Onde e como deve ser oferecida a educação especial

O atendimento educacional especializado deve ser oferecido preferencialmente na rede regular de ensino. A educação especial deve ocorrer em todas as instituições escolares, públicas ou privadas, abrangendo os níveis, etapas e modalidades da educação escolar previstas na LDB. É incumbência da escola prover os recursos humanos e materiais necessários à educação inclusiva, não se concebendo a negativa de matrícula ao argumento de carência de estrutura para o ingresso do educando com necessidades especiais no estabelecimento de ensino. Qualquer escola, para entrar em funcionamento, precisa se munir de aparato que garanta a oferta de ensino de qualidade.

Assim é que, para a implementação do Decreto nº 6.571/2008, os sistemas de ensino devem matricular os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centros de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos (art. 1º da proposta de Resolução anexa ao Parecer CNE/CEB 13/2009).

De acordo com o art. 2º do mesmo documento, o AEE tem como função complementar ou suplementar a formação do aluno por meio da disponibilização de serviços, recursos de acessibilidade e estratégias que eliminem as barreiras para sua plena participação na sociedade e desenvolvimento de sua aprendizagem. Entre as formas de atendimento especializado, há aquelas oferecidas no mesmo turno da escolarização e as realizadas no turno inverso. O AEE deve ser realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, ou ainda em centro de atendimento educacional especializado da rede pública ou de instituições comunitárias confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com a Secretaria de Educação ou órgão equivalente dos estados, Distrito Federal ou dos municípios. Cumpre ressaltar que não há possibilidade de o AEE substituir as classes comuns, apresentando caráter complementar e transversalidade em todas as etapas, níveis e modalidades.

O AEE oferecido nas classes multifuncionais consiste em apoio efetivado por meio de serviço de:
a) itinerância – visitas periódicas feitas por professor de escola especial à escola comum. Presta-se a orientar o professor quanto aos procedimentos relativos à dinâmica da sala de aula e da rotina escolar;
b) intérprete de LIBRAS – alocação de profissional com a formação de intérprete, na sala de aula da escola comum, que atende alunos com deficiência auditiva, para possibilitar o processo de comunicação pela Língua Brasileira de Sinais;
c) instrutor de LIBRAS – compreende o ensino de LIBRAS, por profissional surdo para alunos surdos, professores e alunos não surdos;
d) instrutor de códigos aplicáveis – ensino do Sistema Braile Integral, do Código Matemático Unificado e de Códigos para a Comunicação Alternativa;
e) orientação e mobilidade – destinado a aluno cego, com baixa visão e surdocego;
f) guia-intérprete – suporte na comunicação, orientação e mobilidade e na organização de materiais didático-pedagógicos, na sala de aula, para atender o aluno surdo-cego;
g) professor de apoio – para alunos com deficiência múltipla ou condutas típicas que tornem inviável sua inserção na sala de aula em todo o período escolar.

O atendimento educacional especializado de caráter complementar, realizado no turno inverso da escolarização, tem por objetivo o desenvolvimento de competências e habilidades do aluno; não substitui o conteúdo oferecido no turno de escolarização e consiste em:
a) sala de recursos – onde é oferecida complementação ou suplementação curricular;
b) oficinas pedagógicas de formação e capacitação profissional.

Não é demasiado lembrar que é necessário assegurar o acesso de pessoas com deficiência física às dependências da escola, com a eliminação de barreiras arquitetônicas, providência imprescindível mesmo que ainda não haja aluno com deficiência ou mobilidade reduzida matriculado na instituição de ensino.

Ressalte-se que o processo de inclusão do aluno com deficiência ou transtornos globais do desenvolvimento reclama especial atenção aos aspectos relativos à construção do projeto pedagógico, elaboração do currículo e formas de avaliação.

Nesse passo, convém lembrar que a LDB estabelece as regras comuns para organização da educação básica, as diretrizes dos conteúdos curriculares e os critérios para verificação do rendimento escolar, parâmetros que se aplicam também à educação especial.

Nos moldes do que preconiza o art. 26 desse estatuto, os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

A avaliação do desempenho do aluno deve ser contínua e cumulativa, com aproveitamento de estudos concluídos com êxito e obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos (art. 24, V, Lei nº 9.394/96).

Relevante destacar, por igual, a necessidade de flexibilização da permanência em cada etapa escolar, para que o aluno com deficiência mental ou graves deficiências múltiplas possa concluir em tempo maior o currículo previsto. Mas, na forma do que dispõe o art. 9º da Resolução nº 451 do Conselho Estadual de Educação, "[...] a duração das etapas da educação especial não deverá ultrapassar de 50% o tempo escolar previsto para o ensino regular".

Para o ensino fundamental, se o educando não alcançar os resultados previstos no art. 32, da LDB, a escola deve fornecer-lhe um certificado de conclusão de escolaridade, denominado terminalidade específica. Essa certificação, fundamentada em avaliação pedagógica, deve conter as habilidades e competências atingidas pelo aluno.

Com base no desenvolvimento verificado, devem ser buscadas novas alternativas educacionais, como encaminhamento para cursos de educação de jovens e adultos e de educação profissional.

Informações úteis

a) Os sistemas estaduais de ensino compreendem: as instituições de ensino mantidas pelo poder público estadual, as instituições de educação superior mantidas pelo poder público municipal, as instituições de ensino fundamental e ensino médio criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos estaduais de educação.

b) Os sistemas municipais de ensino compreendem: as instituições do ensino fundamental, ensino médio e de educação infantil mantidas pelo poder público municipal; as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, e os órgãos municipais de educação (LDB, arts. 17 e 18).

Idosos

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD), do Ministério da Educação, presta assistência financeira na área de Educação de Jovens e Adultos (EJA), por meio de recursos oriundos do FUNDEB, a estados e municípios, além de instituições públicas de ensino superior e entidades sem fins lucrativos, instituições da rede federal de educação profissional e científica que ofertam educação superior.

Pessoas com Deficiência

a) Em todos os sistemas de ensino – federal, estadual e municipal – deve haver um setor responsável pela educação especial (cf. Plano Nacional de Educação, parecer CNE/CEB nº 24 e Resolução CNE/CEB n° 2, art. 3º, parágrafo único).

b) O MEC, pela Secretaria de Educação Especial, presta assistência financeira a estados, municípios e instituições não governamentais na área de educação especial, para formação de professores, adaptação de escolas, aquisição de material didático e equipamentos, por meio de Plano Anual de Trabalho.
c) O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), arrimado em dispositivos da Lei nº 10.098/2000, da Lei nº 10.436/2002, do Decreto nº 5.626/2005 e outras normas, formulou a Recomendação nº 01, de 06/10/06, dirigida a todas as instituições particulares de ensino fundamental, médio, superior e profissionalizantes do país, ressaltando a necessidade de serem disponibilizados, entre outros apoios assistivos, intérpretes de LIBRAS, para os alunos surdos.

d) Na forma do que dispõe o art. 8º, I, da Lei Federal nº 7.853/89, constitui crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa, "[…] recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta".

Roteiro para atuação

Idosos

a) Assegurar a acessibilidade nas instituições onde é oferecida a EJA.
b) Levantar informações acerca da qualificação do(a) professor(a), da pertinência do material didático fornecido.
c) Elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas.

Pessoas com Deficiência

a) Assegurar a acessibilidade nas escolas das redes pública e privada, com remoção de barreiras arquitetônicas, haja ou não aluno com deficiência física ou mobilidade reduzida matriculado no estabelecimento.

b) Garantir a oferta dos serviços educacionais especiais, consoante necessidade dos alunos matriculados. Para tanto, é recomendável que seja buscada a organização de setor responsável pela educação especial no sistema municipal de ensino. Convém formular recomendação às escolas públicas e privadas, para que não haja recusa de matrícula do aluno com necessidades especiais e para que providenciem a oferta do adequado atendimento educacional.

c) Identificar pessoa com deficiência fora da escola e investigar motivos da falta de acesso ao ensino:
c.1.) sugere-se formar parcerias com órgãos que se dedicam ao atendimento de pessoas com deficiência (por

exemplo, secretarias municipais de saúde), para identificação de pessoa com deficiência fora da escola e motivos determinantes da falta de acesso ao ensino;

c.2.) elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas (por exemplo: falta de transporte escolar, desinformação, existência de barreiras arquitetônicas na escola etc).
Peças práticas relativas à estratégia sugerida podem ser obtidas no Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência na rede regular de ensino, inserido no sítio de internet do CAOPPDI.

Texto veiculado no Boletim Informativo Eletrônico Mensal do CAOPPDI, ano 3, número 40, setembro 2009

Educação Inclusiva: Escola para Todos

Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAOPPDI

Em palestra intitulada “Educação Inclusiva”, proferida em evento organizado pela Federação das APAEs, em 14 de setembro de 2009, destacamos que condutas que impeçam ou dificultem a escolarização a uma pessoa com deficiência configuram violação ao direito fundamental do homem à educação, previsto nos artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição Federal, e também na Convenção da Guatemala. Essa Convenção refere-se à eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, da qual o Brasil é signatário, tendo sido aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001 e promulgada pelo Decreto nº 3956/2001 da Presidência da República. Há ainda a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada pela ONU/2006, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

Deste modo, há de se garantir ao aluno com deficiência o acesso e a frequência ao ensino fundamental obrigatório, segundo o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, bem como à educação básica, como um todo, e à superior. De acordo com a necessidade que se apresente, deve-se ofertar o atendimento educacional especializado para apoiar o desenvolvimento dos alunos, garantindo meios de acesso a essa educação, nos termos do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, preferencialmente na rede regular de ensino.

Esse atendimento é tido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucionalmente, conforme § 1º, do artigo 1º, do Decreto nº 6.571/2008, em caráter complementar ou suplementar à formação dos alunos no ensino regular, e não substitutivo do ensino comum, que integrará a proposta pedagógica da escola com participação familiar e em articulação com as demais políticas públicas, como dispõe o § 2º do mesmo artigo.

Logo, deve existir harmonia e compatibilidade com a freqüência do aluno em ensino regular, oferecendo-se o atendimento educacional especializado em turno inverso ao da escolarização, em um contexto somatório, na própria escola ou no centro especializado público ou privado.
Os objetivos desse atendimento educacional especializado estão elencados no artigo 2º do Decreto nº 6.571/2008:

> I - prover condições de acesso, participação e aprendizagem no ensino regular aos alunos referidos no art. 1º;
> II - garantir a transversalidade das ações da educação especial no ensino regular;
> III - fomentar o desenvolvimento de recursos didáticos e pedagógicos que eliminem as barreiras no processo de ensino e aprendizagem; e
> IV - assegurar condições para a continuidade de estudos nos demais níveis de ensino.

Com efeito, a partir de 1º de janeiro de 2010, os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação serão contabilizados em dobro no âmbito do FUNDEB, quando matriculados em classes comuns do ensino regular e no atendimento educacional especializado, para que os recursos possam subsidiar as duas modalidades (artigo 6º do Decreto 6.571/2008 e artigo 9º-A do Decreto nº 6.253/2007).

A inclusão escolar ocorrerá nesta seara quando efetivamente o aluno com deficiência frequentar o mesmo

ambiente escolar de ensino regular que os demais alunos sem deficiência, e sem separação; permitindo-se a convivência e a interação, sem distinção e com respeito às suas condições especiais, em um espaço solidário. A convivência deve também ser estabelecida entre pais e professores.

Assim, a absorção da diversidade social no meio escolar é modo de aprimoramento do aluno para a vida em uma sociedade plural, sendo esta uma das funções sociais da escola: promover a inclusão socioescolar de todos.

Neste cenário, está o ensino especializado, de fundamental importância e relevância, como complemento indispensável para o acesso ao ensino comum, preparando e permitindo a referida inclusão.

Cabe ao Ministério Público tutelar o direito indisponível das pessoas com deficiência ao exercício pleno da educação em seu tríplice aspecto: acesso, permanência e prosseguimento da escolaridade, em ambiente regular de ensino. Concomitantemente, verifica-se o direito de toda a sociedade, que é múltipla, em contar com um sistema educacional inclusivo que reflita os valores, os benefícios e as dificuldades que aguardam o alunado no convívio social.

A escola inclusiva, com capacitação dos envolvidos, possibilita oportunidade de uma completa convivência e de uma comunhão no tempo do outro.

O CAOPPDI encontra-se à disposição para um debate em virtude da importância do tema, pois todos nós somos parceiros na concretização deste desafio, comprometidos com o desenvolvimento de novos valores relacionados a melhorias no processo educacional, para a construção da verdadeira cidadania e da verdadeira Escola para todos!

Fontes: 1) *Manual de Inclusão Escolar do Aluno com Deficiência* – MPMG, 2007;
2) FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das Pessoas com Deficiência*. Rio de Janeiro: WVA, 2004;
3) Moção de Apoio à Homologação do Parecer nº 13/CNE (AMPID).

[1)] Art. 4º Para fins destas Diretrizes, considera-se público-alvo do AEE:
I- Alunos com deficiência: aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial.
II- Alunos com transtornos globais do desenvolvimento: aqueles que apresentam um quadro de alterações no desenvolvimento neuropsicomotor, comprometimento nas relações sociais, na comunicação ou esteriotipias motoras. Incluem-se nessa definição alunos com autismo clássico, síndrome de Asperger, síndrome de Rett, transtorno desintegrativo da infância (psicoses) e transtornos invasivos sem outra especificação.
III- Alunos com altas habilidades/superdotação: aqueles que apresentam um potencial elevado e grande envolvimento com as áreas do conhecimento humano, isoladas ou combinadas: intelectual, liderança, psicomotora, artes e criatividade.

Ementário de legislação pertinente

Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 – Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Lei Federal nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 – Política Nacional do Idoso.

Lei Federal nº 8.899, de 29 de junho de 1994 – Concede Passe Livre às Pessoas Portadoras de Deficiência no Sistema Coletivo Interestadual.

Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 – Regulamenta a Lei nº 7.853/89.

Lei Federal nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 – Prioridade de atendimento.

Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

Decreto Federal nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000 – Regulamenta a Lei nº 8.899/94.

Portaria Interministerial nº 03, de 10 de abril de 2001 – Disciplina a concessão do Passe Livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário e revoga a Portaria/MT nº 01, de 9 de janeiro de 2001.

Decreto Federal nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 – Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002 – Língua Brasileira de Sinais.

Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso.

Lei Estadual nº 15.083, de 27 de abril de 2004 – Assentos preferenciais para pessoas com dificuldade de locomoção nos veículos de transporte coletivo intermunicipal.

Decreto Federal nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000.

Lei Federal nº 11.126, de 27 de junho de 2005 – Direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia.

Decreto Estadual nº 44.008, de 13 de abril de 2005 – Regulamenta a Lei nº 15.083/2004.

Resolução ANVISA nº 283, de 26 de setembro de 2005 – Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos.

Decreto Federal nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005 – Regulamenta a Lei nº 10.436/2002.

Decreto Federal nº 5.934, de 18 de outubro de 2006 – Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Decreto Federal nº 6.571, de 17 de setembro de 2008 – Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007.

Resolução ANTT nº 1.692, de 24 de outubro de 2006 – Procedimentos a serem observados na aplicação do Estatuto do Idoso no âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

Jurisprudência

STF – RE 410.715 – Agr/SP

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

STJ – Resp 811.608/RS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14/12/2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01/02/2007. 2. A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "[...]O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *in verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet, ao debruçar-se sobre os direitos

fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: 'Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos diretos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF:

> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além disso, poderia referir-se mais uma vez à íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.' (in: A eficácia dos direitos fundamentais, 3 ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata no mínimo existencial. [...] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que 'a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).' (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In: Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível.' Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos

públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro Celso de Mello discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. New York: Norton,1999.), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo poder público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." […] 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09/05/2005. 4. *In casu*, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração – nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei nº 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

Referências bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: RT, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. *Pessoa deficiente*: Direitos e Garantias. São Paulo. 1992.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA , 2004. 342p.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga; PANTOJA, Luisa de Marillac P.; MANTOAN, Maria Tereza Eglér. *O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular*. Brasília: Ministério da Educação, 2004. p. 59.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

Minas Gerais. Ministério Público. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos. Inclusão escolar do aluno com deficiência na rede regular de ensino*. Belo Horizonte: CEAF; CAOPPDI, 2007. p. 94.

OLIVEIRA, Carlos Nazareno Pereira de. *Os idosos não podem esperar*. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1210&categoria=Difusos. Acesso em: 12 de mar. 2008.

PINHEIRO, Naide Maria (Org.). *Estatuto do Idoso Comentado*. Campinas: LNZ. 2006.
RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). *Os direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. São Luís, 2002.

ROBERT, Cinthia (Org.). *O direito do deficiente*. Rio de Janeiro. 1999.

SOUSA, A. M. V.. *O idoso na legislação brasileira*. In: NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira; NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves (Org.). O Direito e a Ética na Sociedade Contemporânea. Campinas: Alínea, 2005.

TEPERINO, Maria Paula (Coord.). *Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. Rio de Janeiro, 2001.

Autores

ELABORAÇÃO DOS TEXTOS – COLABORADORES

EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ESTRUTURA DA SUA LEI ORGÂNICA
Procurador de Justiça aposentado Joaquim Cabral Netto
Promotor de Justiça Glauber Tatagiba
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves

PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DEVERES E ATRIBUIÇÕES
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida
Promotora de Justiça Célia Beatriz Gomes dos Santos
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador-Geral de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA JURÍDICA
Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

COORDENADORIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise
Procurador de Justiça João Batista da Silva
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA ADMINISTRATIVA
Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado

CENTRAL DE APOIO TÉCNICO
Promotor de Justiça Edson de Resende Castro

CENTRAL DE ATENDIMENTO ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

ASSESSORIA ESPECIAL ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

DIRETORIA-GERAL

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA INSTITUCIONAL
Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

CHEFIA DE GABINETE
Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt
Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

SECRETARIA-GERAL
Promotora de Justiça Elida de Freitas Resende

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

COORDENADORIA DE INCLUSÃO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL
Promotor de Justiça Paulo César Vicente de Lima

COMISSÃO DE CONCURSO
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins
Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

COORDENADORIA DE PLANEJAMENTO INSTITUCIONAL

Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento

ATUAÇÃO FUNCIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Sandra Helena Barbosa de Andrade

ESTAGIÁRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Ricardo Naves Silva e Melo

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade
Promotor de Justiça Luciano França da Silveira Júnior

ÓRGÃOS COLEGIADOS
Procurador de Justiça João Batista da Silva

OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Procuradora de Justiça Ruth Lies Scholte Carvalho

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA

PROCURADORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL
Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE COMBATE AOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS
Procurador de Justiça Elias Paulo Cordeiro

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS
Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha
Procurador de Justiça Luiz Carlos Teles de Castro
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques
Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa

PROCURADORIA DE JUSTIÇA CÍVEL
Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS CRIMINAIS
Procurador de Justiça José Alberto Sartório de Souza

PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE "HABEAS CORPUS"

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO PENAL
Promotor de Justiça Joaquim José Miranda Júnior
Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza
Promotor de Justiça Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva
Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Promotor de Justiça Marcelo Mattar Diniz
Promotor de Justiça Marco Antônio Picone Soares
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS
Promotor de Justiça Jorge Tobias de Souza

ATUAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E NA TURMA RECURSAL
Promotora de Justiça Eliana Martins Parise Chadi

COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS
Promotor de Justiça Mário Konichi Higuchi Junior

AUDITORIA MILITAR
Promotor de Justiça Fernando Ferreira Abreu

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO CÍVEL

JUÍZO DE FAMÍLIA
Promotor de Justiça Renato Augusto de Mendonça

DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE
Promotora de Justiça Sandra Maria Silva Rassi

JUÍZO DA SUCESSÃO E AUSÊNCIA
Promotora de Justiça Denise Pinheiro Armond de Oliveira
Promotora de Justiça Hebe Regina de Guerra e Leite

JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS
Promotor de Justiça Luis Eduardo Telles Benzi

JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E EXECUÇÕES FISCAIS
Procuradora de Justiça Nadja Kelly Pereira de Souza Miller

ATUAÇÃO RESIDUAL NO CÍVEL
Promotora de Justiça Elida de Freitas Resende

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO ESPECIALIZADA

DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E APOIO COMUNITÁRIO
Promotor de Justiça Rodrigo Filgueira de Oliveira
Fabiana Mattoso Lemos
Franciane Mary de Souza
Aline Maria dos Santos

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
Promotora de Justiça Laís Maria Costa Silveira
Franciane Mary de Souza

CONFLITOS AGRÁRIOS/FUNDIÁRIOS
Procurador de Justiça Afonso Henrique de Miranda Teixeira
Procurador de Justiça Luís Carlos Martins Costa
Patrícia Guimarães Botelho
Raquel Dias de Souza

DIREITOS DO CONSUMIDOR
Promotora de Justiça Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Promotora de Justiça Andréa Mismotto Carelli

DIREITOS DO IDOSO E DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
Procuradora de Justiça Maria Odete Souto Pereira

DIREITO AMBIENTAL - DEFESA DO MEIO AMBIENTE
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini
Promotor de Justiça Alex Fernandes Santiago
Promotora de Justiça Marta Alves Larcher
Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula
Luciano José Alvarenga

FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

Promotora de Justiça Valma Leite da Cunha

SAÚDE PÚBLICA
Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandes Neto
Promotor de Justiça Gilmar de Assis

DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
Promotor de Justiça Geraldo Ferreira da Silva

DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL E TURÍSTICO
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA
Promotor de Justiça Renato Fróes Alves Ferreira

RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA
Promotora de Justiça Sumaia Chamon Junqueira Morais
Promotor de Justiça César Augusto da Glória Campos
Promotor de Justiça José Renato Rodrigues Bueno
Promotor de Justiça Marco Antônio Borges

COMBATE AO CRIME ORGANIZADO
Procurador de Justiça André Estêvão Ubaldino Pereira

ELEITORAL
Promotor de Justiça Edson de Resende Castro

EDUCAÇÃO
Promotora de Justiça Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick

Expediente

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Procurador de Justiça Luiz Antonio Sasdelli Prudente

OUVIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Procuradora de Justiça Ruth Lies Scholte Carvalho

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO JURÍDICO
Procurador de Justiça Waldemar Antônio de Arimatéia

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO ADMINISTRATIVO
Procurador de Justiça Mauro Flávio Ferreira Brandão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO INSTITUCIONAL
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

CHEFE DE GABINETE
Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

SECRETÁRIA-GERAL
Promotora de Justiça Elida de Freitas Rezende

DIRETORA-GERAL
Simone Maria Lima dos Santos

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)
Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

CONSELHO EDITORIAL
Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas
Procurador de Justiça Rogério Greco
Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves
Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda
Promotor de Justiça Wagner Marteleto

SUPERINTENDÊNCIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

SUPERINTENDENTE DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
Daniel Silva Carnevalli

DIRETOR DE REDES E BANCOS DE DADOS
Marco Aurélio Belchior

Equipe Técnica

DESENVOLVIMENTO E PROGRAMAÇÃO
Lílian Noronha Nassif

EDITORAÇÃO E NORMALIZAÇÃO TÉCNICA
Alessandra de Souza Santos
Helena Carvalho Moysés
Vairson Cassio dos Santos (estágio supervisionado)

REVISÃO
Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano
Arthur de Almeida Passos (estágio supervisionado)
Marilda Mendes da Silva (estágio supervisionado)
Vairson Cassio dos Santos (estágio supervisionado)

EDIÇÃO DO CONTEÚDO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Ana Beatriz Dantas Menezes (estágio supervisionado)
Vairson Cassio dos Santos (estágio supervisionado)